XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Irineu Francisco Barreto Junior; Sébastien Kiwonghi Bizawu. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-730-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na cidade de Porto Alegre - Rio Grande do Sul, nos dias 14 a 16 de novembro, elegeu como tema "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", e propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho 53 foi coordenado por Prof. Dr Sébastien Kiwonghi Bizawu, Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior.

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Os mandamentos consagrados na Constituição Federal de 1988 e insculpidos nos pactos e acordos internacionais, dos quais o país é signatário, norteiam a abordagem temática dos artigos defendidos no congresso. As pesquisa perpassam temáticas clássicas que abordam desde o direito à morte digna, questões alusivas à cidadania e direitos políticos, politicas públicas focalizadas em idosos, crianças e adolescentes; acesso judicial à medicamentos, exames e tratamentos em saúde, assim como enfoques emergentes que miram a interface entre o fenômeno jurídico e as novas tecnologias de comunicação e informação.

Teóricos modernos e contemporâneos oferecerem o embasamento hermenêutico dos estudos apresentados, dentre os quais destacam-se Hanna Arendt, Robert Alexy e François Ost, entre outros de igual relevo e alcance analítico.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolve o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos. Essa mirada, simultaneamente, expande o escopo dos direitos fundamentais e provoca uma série de desafios à sociedade brasileira, especialmente de que forma oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e esgarçamento político e social.

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite. Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu. Escola Superior Dom Helder Câmara.

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO CIVIL E PENAL

THE RIGHT TO LIFE AND ITS CIVIL AND PENAL PROTECTION

João Carlos Fazano Sciarini
Luma Gomes Gândara

Resumo

O presente trabalho estuda, a partir das noções básicas sobre os direitos da personalidade, o principal direito existente no ordenamento jurídico brasileiro, que é o direito à vida, do qual decorrem todos os demais direitos. O texto busca esclarecer a partir de quando se dá a proteção jurídica da vida, apresentando as teorias sobre o início da personalidade – teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista –, bem como os direitos do nascituro para, ao final, analisar reflexiva e criticamente acerca da responsabilização da vida no âmbito civil e abordar questões polêmicas sobre a vida no âmbito penal.

Palavras-chave: Personalidade, Vida, Nascituro, Aborto, Suicídio, Pena de morte

Abstract/Resumen/Résumé

The present study studies, based on the basic notions about personality rights, the main right existing in the Brazilian legal system, which is the right to life, from which all other rights flow. The text seeks to clarify when the legal protection of life is given, presenting theories about the beginning of personality - natal theory, conditional personality theory and conceptionist theory - as well as the rights of the unborn child to, in the end, analyze reflective and critically about the accountability of life in the civil sphere and address controversial issues about life in the criminal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality, Life, I am born, Abortion, Suicide, Death penalty

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são frutos do período pós 2ª Guerra Mundial, em que houve uma maior valorização e preocupação com a vida humana, com o reconhecimento e positivação pelas constituições modernas dos valores mais significativos do indivíduo.

A compreensão dos direitos da personalidade como definição, natureza, classificação, caracteres essenciais reconhecidos e da dignidade da pessoa humana são necessárias para o melhor entendimento do principal direito dentre os de ordem física, que é o direito à vida.

Assim, o presente texto irá analisar os direitos da personalidade, que são assim chamados no âmbito do direito civil, nas relações entre pessoas, bem como explicar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Após, o estudo seguirá explanando quando ocorre o início e término dos direitos a personalidade e sua aplicação às pessoas físicas e jurídicas.

No segundo capítulo será tratado especificamente do direito à vida e dos direitos do nascituro, apresentando três teorias acerca da natureza jurídica do nascituro, quais sejam, a teoria natalista, que considera que a personalidade jurídica se inicia apenas com o nascimento com vida; a teoria da personalidade condicional, que afirma que a personalidade está sob condição suspensiva do nascimento do ser com vida e, por fim, a teoria concepcionista, que afirma que o nascituro já é pessoa com direitos desde o ventre materno.

Por meio do método dedutivo – ligando-se as premissas com conclusões –, este artigo tratará acerca da responsabilização civil pela vida e mostrará jurisprudências com exemplos de situações rotineiras pertinentes ao tema e, finalmente, o último capítulo refletirá questões polêmicas envolvendo o direito à vida em matéria penal, como suicídio, pena de morte e aborto.

O estudo será realizado por meio de pesquisa bibliográfica em livros, artigos de revistas (periódicos), monografias, legislação e jurisprudência, objetivando a completude de ideias e reflexão acerca dos temas tratados.

1 NOÇÕES BASILARES ACERCA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Segunda Guerra Mundial foi um evento marcado por diversas atrocidades praticadas pelo nazismo contra a pessoa humana e a humanidade como um todo, de modo que, após esse período negro da história, houve um anseio de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana.

Desse modo, pode-se dizer que os direitos da personalidade são fruto, principalmente, desse período pós-guerra.

Os direitos da personalidade podem ser definidos como "aqueles reconhecidos à pessoa humana, previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos" (BITTAR, 2015, p. 29).

Para a professora Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são "os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência" (2013, p. 134).

Ainda que em termos diferentes, ambos querem ensinar que os direitos da personalidade são direitos da existência humana, do homem propriamente dito, que pode defendê-los, já que são direitos que lhe são próprios e inerentes a si.

Com um contorno de base constitucional, pode-se afirmar que:

> Os direitos da personalidade derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante as pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 177).

Existe uma relação intrínseca entre os direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, vez que aqueles emanam desta, pois a tutela dos direitos da personalidade serve para proteger a pessoa e o Estado brasileiro tem como fundamento expresso na Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana[1].

Nesse ponto, é importante se fazer uma distinção entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Quando os direitos da personalidade são enfocados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo no campo do Direito Constitucional, recebem o nome de "direitos fundamentais".

No campo do Direito Internacional, costuma-se tratar destes direitos com o nome de "direitos humanos". Os direitos humanos são, então, os direitos fundamentais assim reconhecidos no plano internacional.

Por fim, quando apreciados sob o prisma das relações privadas, no campo do Direito Civil, esses direitos se chamam "direitos da personalidade".

---

[1] CRFB/88, 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.

Quanto à natureza, a tese que prevalece considera que os direitos da personalidade são direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los, pois esses direitos existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, sendo "ínsitos na pessoa em função de sua própria estruturação física, mental e moral" (BITTAR, 2015, p. 35).

Esses direitos podem ser classificados como de: integridade física (direito à vida, direito ao corpo, direito à saúde ou a inteireza corporal, direito ao cadáver...), integridade intelectual (direito à autoria científica ou literária, à liberdade religiosa e de expressão, dentre outras manifestações do intelecto) e integridade moral ou psíquica (direito à privacidade, ao nome, à imagem etc.) (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 213).

Com relação aos caracteres essenciais reconhecidos, pode-se dizer que são: absolutos, por serem oponíveis erga omnes; extrapatrimoniais, por serem insuscetíveis de aferição econômica; intransmissíveis, visto que não podem ser transferidos à esfera de outrem; irrenunciáveis, já que não podem ultrapassar a esfera de seu titular; impenhoráveis e imprescritíveis, pois não se extinguem nem pelo uso, nem pela inércia e são impenhoráveis; inexpropriáveis: porque não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver; vitalícios, porque duram a vida toda; ilimitados, ante a impossibilidade de se imagina um número fechado de direitos da personalidade e indisponíveis, porque deles não se pode dispor (DINIZ, 2013, p. 135-136)

Dispõe o Código Civil/2002 em seu art. 11 que "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

A característica da indisponibilidade é relativizada, inclusive o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil assim leciona: "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

Por assim dizer:

> Em casos específicos (não são todos!), limitados pela afirmação da própria *dignidade humana* e pela impossibilidade de disposição em caráter total ou permanente, é permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de *alguns* dos direitos da personalidade. É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedido, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 180).

Assim, o mandamento da indisponibilidade é relativizado, exatamente para permitir a melhor fruição do direito por parte de seu titular, podendo este dispor de seu direito dentro do que a legislação permite, sem, no entanto, afetarem-se os caracteres intrínsecos do direito. Outros exemplos podem ser citados como passíveis de disposição: direitos autorais, direitos ao

corpo ou ao órgão, que podem ser cedidos, por exemplo, em transplantes e outras operações de cunho humanístico.

Em regra geral, os direitos da personalidade terminam com a morte do titular, porém, tal preceito não ocorre com alguns direitos como os direitos ao corpo, ou a parte do corpo, à imagem e o direito moral do autor, em que subsistem efeitos *post mortem*.

Com relação aos nascituros e as pessoas jurídicas, a compreensão que se tem é que os direitos da personalidade lhes são assegurados. Dispõe o Código Civil, em seu art. 2º[2] que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro e no art. 52[3] que se aplica, no que couber, às pessoas jurídicas, a proteção dos direitos da personalidade.

Portanto, esses direitos são plenamente compatíveis com as pessoas jurídicas no que dizem respeito, por exemplo, aos direitos ao nome, à marca[4], a símbolos e à honra.

A conclusão a que se chega é a de que os direitos da personalidade devem ser compreendidos como os próprios da pessoa humana em si, existentes por natureza e referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

2 O DIREITO À VIDA E OS DIREITOS DO NASCITURO

---

[2] CC/02, Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

[3] CC/02, Art. 52: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

[4] RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA DE EMPRESA. SEMELHANÇA DE FORMA. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. AFERIÇÃO. IN RE IPSA. DECORRENTE DO PRÓPRIO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO. 1. A marca é qualquer sinal distintivo (tais como palavra, letra, numeral, figura), ou combinação de sinais, capaz de identificar bens ou serviços de um fornecedor, distinguindo-os de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa. Trata-se de bem imaterial, muitas vezes o ativo mais valioso da empresa, cuja proteção consiste em garantir a seu titular o privilégio de uso ou exploração, sendo regido, entre outros, pelos princípios constitucionais de defesa do consumidor e de repressão à concorrência desleal. 2. Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário. 3. A lei e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a existência de dano material no caso de uso indevido da marca, uma vez que a própria violação do direito revela-se capaz de gerar lesão à atividade empresarial do titular, como, por exemplo, no desvio de clientela e na confusão entre as empresas, acarretando inexorável prejuízo que deverá ter o seu *quantum debeatur*, no presente caso, apurado em liquidação por artigos. 4. Por sua natureza de bem imaterial, é ínsito que haja prejuízo moral à pessoa jurídica quando se constata o uso indevido da marca. A reputação, a credibilidade e a imagem da empresa acabam atingidas perante todo o mercado (clientes, fornecedores, sócios, acionistas e comunidade em geral), além de haver o comprometimento do prestígio e da qualidade dos produtos ou serviços ofertados, caracterizando evidente menoscabo de seus direitos, bens e interesses extrapatrimoniais. 5. O dano moral por uso indevido da marca é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo moral. 6. Utilizando-se do critério bifásico adotado pelas Turmas integrantes da Segunda Seção do STJ, considerado o interesse jurídico lesado e a gravidade do fato em si, o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais, mostra-se razoável no presente caso. 7. Recurso especial provido. (REsp nº 1.327.773/MG; Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; Data de Julgamento: 27.11.2017).

Dentre os direitos de ordem física, a vida é o mais importante, por ser o bem maior da sociedade, tanto na esfera natural, quanto na esfera jurídica, porque em seu torno e como consequência da sua existência, todos os demais direitos gravitam.

Inicia-se, portanto, como direito ligado à pessoa, manifestando-se desde a concepção, quando o nascituro, que também dispõe desse direito, ao ser liberado do ventre materno, passa a respirar por si. Tal direito, então, permanece integrado à pessoa até a morte.

A natureza jurídica do nascituro é tema de grande discussão doutrinária.

De acordo com o artigo 2º, do Código Civil de 2002 a personalidade civil da pessoa se inicia com o nascimento com vida e a lei põe a salvo, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro.

Há uma colisão mantida por referido artigo no que diz respeito às teorias natalista e concepcionista, isto pela contradição expressa, onde se tem que na primeira parte do referido artigo, data vênia, deixa implícito o entendimento de que nascituro não é pessoa e, logo após, em sua segunda parte, remete a entendimento completamente contrário, trazendo o nascituro com natureza jurídica de pessoa (TARTUCE, 2016, p. 75).

O nascituro é assim considerado a partir do momento em que há o embrião já fecundado, conforme explica Rubens Limongi França (apud CRISTIANO e ROSENVALD, 2016, p. 307) afirma ser "o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno", então já é um ser a caminho da vida.

A teoria natalista parte da interpretação literal e simplificada da lei, assentando que a personalidade jurídica começa do nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, portanto, antes do nascimento com vida não há direitos[5].

A grande crítica que se pode fazer dessa interpretação do art. 2º do Código Civil é que a teoria natalista se firmou apenas na primeira parte do artigo, esquecendo-se do restante, da ressalva de que os direitos do nascituro são protegidos pela lei.

Ora, se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa, "o nascituro seria uma coisa?" (TARTUCE, 2016, p. 76).

Os nascituros tanto são protegidos que o aborto é considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro:

> Ora, o nascituro não detém apenas expectativas de direitos, mas direitos efetivos, titularizados pelo ente por nascer, mesmo que venha a falecer. Exemplo claro é a vida: antes mesmo do nascimento é vedado a interrupção voluntária da gravidez. Não seria o caso de titularização do direito fundamental à vida? Parece que sim (OLIVEIRA, 2016, p. 251).

[5] Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Silvio de Salvo Venosa (TARTUCE, 2016, p. 76)

A teoria da personalidade condicional afirma que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, portanto, sujeitos à condição, termo ou encargo. Nessa teoria "o nascituro é pessoa condicional, a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida" (MONTEIRO, 2003, p. 66).

> É possível que se entenda que a personalidade civil é reconhecida, mas se encontra suspensa até o nascimento com vida. Contudo, sendo o nascimento uma condição suspensiva de direitos, possível que o nascituro figure como parte em processo, desde que demonstrada a viabilidade do seu nascimento, praticando atos que visem a conservar seus futuros direitos da personalidade (BERTONCINI e SANTOS, 2016, p. 28).

Assim, ao ser concebido o nascituro poderia titularizar alguns direitos extrapatrimoniais, como, por exemplo, à vida, mas só adquire completa personalidade quando implementada a condição de seu nascimento com vida.

Por fim, a teoria concepcionista sustenta que o nascituro é pessoa humana desde a concepção[6], tendo direitos resguardados pela lei[7]. Assim, a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção, de modo que o nascituro já um sujeito de direito:

> O nascituro já é titular de *direitos da personalidade.* Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 309, grifo do autor).

Esta é a teoria mais humana de todas, preocupa-se com os direitos da pessoa, de sua personalidade, com a dignidade da pessoa humana, envolvendo princípios constitucionais, além de elucidar a preocupação no que diz respeito aos direitos patrimoniais desta futura pessoa, tornando-se assim uma teoria mais abrangente do ponto de vista material, ou seja, englobando uma totalidade em sua atuação e também sendo muito mais aplicável sua utilização para os dias atuais (SCIARINI e GÂNDARA, 2018, p. 133).

Reconhece-se ao nascituro não apenas vida, mas vida digna:

> O direito à vida digna é conferido ao nascituro pela Constituição da República (no caput do art. 5º) e reiterado pela Lei nº 8.609/90 – Estatuto da

[6] No plano do direito internacional dos direitos humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que a vida humana é protegida desde a concepção – prescrição normativa que prevalece em relação a toda e qualquer norma legal ou infralegal no ordenamento brasileiro (SARLET, 2014, p. 196).

[7] Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz (TARTUCE, 2016, p. 77).

> Criança e do Adolescente (art. 7º[8]), impondo a salvaguarda do nascimento do nascituro, através do reconhecimento do direito à assistência pré-natal, disponibilizando-se condições saudáveis para o desenvolvimento da gestação. Também o Código Penal (nos arts. 124 a 128) reconhece o direito de nascer ao criminalizar o aborto. A toda evidência, então, a cláusula constitucional de proteção à vida humana não poderia se limitar a proteger os que já nasceram (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 309)

Com a devida vênia e respeito aos entendimentos contrários, Tartuce (2016, p. 77) tece uma crítica à teoria da personalidade condicional mencionando que ela é em sua essência natalista, pois, no fim, parte da premissa de que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida. Não havendo, assim, uma mista ou a existência de três teorias, mas apenas de duas teorias.

Sem dúvida, reconhece-se majoritariamente no ordenamento jurídico brasileiro a teoria concepcionista, sendo de se notar que a partir da concepção já há a proteção à personalidade jurídica[9]

A vida se entende a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico (se deficiente, portador de doença etc.). Basta se tratar de forma humana, concebida ou nascida natural, ou ainda artificialmente (*in vitro* ou por inseminação).

À vista do que se estudou até aqui, conclui-se que a vida se manifesta desde a concepção e permanece integrada à pessoa até a morte.

A morte da pessoa pode ocorrer naturalmente, quando da exalação de seu último suspiro ou morte cerebral – aferida consoante os critérios de medicina –, ou pode ocorrer a morte presumida[10], estudada no capítulo "da ausência" do Código Civil.

Trata-se de direito que se reveste de todas as características gerais dos direitos da personalidade e a importância desse bem, no âmbito jurídico, está evidenciada desde o tratamento que recebe em Constituições que têm proclamado como imperativo fundamental da

---

[8] ECA, Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

[9] Conquanto comece do nascimento com vida (RJ, 172:99) a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1.609, parágrafo único, 1.779 e parágrafo único, e 1.798; Lei nº 11.105/2005, arts. 6º, III, e 25), como direito à vida (CF, art. 5º), à filiação (CC, arts. 1.596 e 1.597), à integridade física, à honra e à imagem (TJSP, Ap. Cível n° 406.855.4/6-00 – rel. Des. Benedito Silvério); a alimentos (Lei nº 11.804/2008; RT, 650:220; RJTJSP, 150:90-6), a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º), à representação (CC, arts. 542, 1.630, 1.633, 1.779, parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único), a um curador que o represente e zele pelos seus interesses (CC, arts. 542, 1.779 e parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único) em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança (CC, arts. 1.784, 1.798, 1.799, I e 1.800, §3º), a ser contemplado por doação (CC, art. 542), a ser adotado (CC, art. 1.621; ECA, art. 2º), a ser reconhecido como filho (CC, art. 1.609, parágrafo único; ECA, art. 26), a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade (Lex, 150:90); RT, 625:172-8) etc (DINIZ, 2013, p. 224-225).

[10] CC/02, Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

convivência social a proteção à vida, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA VIDA E A ADOÇÃO DA TEORIA CONCEPCIONISTA

As Constituições modernas têm assegurado a inviolabilidade da vida, tendo o texto da Constituição Federal de 1988 inserido, entre os princípios fundamentais de sua estrutura (já no art. 1º[11]) e, como uma das pilastras da sociedade brasileira, a dignidade da pessoa humana, reafirmando a intangibilidade da vida (art. 5º, caput[12]).

> Somente em fins do século XX se pôde construir a dogmática dos direitos da personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da CF/88. A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado de segurança; do mandado de injunção; do habeas corpus; do habeas data etc. (DINIZ, 2013, p. 133).

O sancionamento mais adequado a atentados contra a vida, no plano civil, está no âmbito da teoria da responsabilidade civil, com o ressarcimento de danos, por meio das medidas possíveis, tanto de cunho moral como patrimonial.

Cite-se o exemplo de um julgamento em que a Graciane Muller Selbmann ajuizou ação de cobrança de seguro obrigatório em face da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A, noticiando ter sofrido acidente automobilístico que lhe causou várias lesões corporais e do qual resultou a morte do marido e a interrupção de sua gravidez. Diante da perda de um nascituro de aproximadamente quatro meses, pleiteou o pagamento do seguro DPVAT correspondente à indenização por morte.

O juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de R$ 13.500,00 a título de indenização pela morte do nascituro. Porém, em grau de apelação o julgamento foi modificado e, consequentemente, negada a indenização ao fundamento de que o art. 2º do Código Civil adota a teoria condicionalista, reconhecendo ao nascituro a titularidade de direitos personalíssimos, condicionando os direitos patrimoniais ao nascimento com vida.

---

[11] CRFB/1988, 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.

[12] CRFB/1988, 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:

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar esse Recurso Especial nº 1.415.727/SC, modificou novamente a decisão, colocando uma *pá de cal* no assunto, reconhecendo ao nascituro a condição de pessoa, adotando a teoria concepcionista e, portanto, concedendo a indenização pleiteada:

> DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, **registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos**: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; **direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado** (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); **alimentos gravídicos**, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no **direito penal a condição de pessoa viva do nascituro** – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o **crime de aborto** (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). **3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta.** Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, **hoje**, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, **há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante.** Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. (REsp. nº 1.415.727/SC; Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; Data de Julgamento: 04.09.2014; grifo nosso)

Esse acórdão mostra a responsabilização civil com relação à vida e reafirma a adoção da teoria concepcionista pelo ordenamento jurídico brasileiro, que vem reconhecendo a condição de pessoa do nascituro tanto doutrinária, quanto jurisprudencialmente, o que o faz com acerto, uma vez que as teorias natalista e da personalidade condicional se mostram excessivamente preocupadas com aspectos patrimoniais, paradigma este superado ao se reconhecer frequentemente amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa, como a honra, o nome, imagem, integridade moral, entre outros.

Ainda no âmbito civil, no contexto da conservação da vida, há que se referir ao direito a alimentos (arts. 1.694[13] a 1.710 do Código Civil de 2002). Instituído no Código como obrigação para os parentes indicados prestarem, sendo um direito de caráter relativo, visto que oponível apenas a certas pessoas.

Existem outros exemplos que podem ser citados como processos de acidentes de trânsito de pai/mãe de família, em que o cônjuge sobrevivente e os filhos pleiteiam indenização tanto de danos materiais, quanto de danos morais e até pensionamento ao responsável pelo evento danoso; ou ainda, casos de responsabilidade por erro médico, em que há qualquer forma de ceifamento da vida, seja de nascituro ou de pessoa já nascida.

4 QUESTÕES POLÊMICAS DO DIREITO À VIDA EM ÂMBITO PENAL: SUICÍDIO, PENA DE MORTE E ABORTO

O direito à vida também se encontra disciplinado na esfera penal, em que se pune o delito de homicídio, sob diferentes graduações, desde o denominado homicídio simples (art. 121, CP[14]), ao qualificado (§2º[15]), ao infanticídio (art. 123[16]), ao aborto (arts. 124 a 128, CP) e também o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122).

Portanto, verifica-se que não se permite a interrupção da vida, seja a pessoa adulta, recém-nascido ou nascituro. Não se aceita também o ceifamento da própria vida (BITTAR, 2015, p. 121).

---

[13] CC/02, Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

[14] CP, Art. 121. Homicídio simples. Matar alguém.

[15] CP, Art. 121, §2º Homicídio qualificado. Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo futil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossivel a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

[16] CP, Art. 123. Infanticídio - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Ainda no contexto penal, prevê-se o instituto da legítima defesa, como excludente de ilicitude, dentro da ideia básica de conservação da vida, por meio do qual se possibilita à pessoa repelir agressão injusta, com reação proporcional. (art. 23, II, CP[17])

Embora de índole personalíssima, esse direito comporta a ação de terceiros em sua preservação, podendo ser exercitadas por parentes quando impedido o titular (em casos de moléstias, vício e dependência, nas hipóteses do art. 4º[18] do Código Civil) ou por outras pessoas (como os superiores hierárquicos em estados belicosos ou terceiros em operações de emergência).

Com relação ao suicídio, tem-se a positivação da sua repugnância ao prever o art. 122 do Código Penal que menciona "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave".

Há que se distinguir as facetas previstas no art. 122, do CP, com relação ao induzimento o agente faz surgir a ideia do suicídio na vítima, sugerindo a ela tal ato e incentivando a realizá-lo; a instigação consiste em reforçar a intenção suicida preexistente na vítima e, por fim, o auxílio, também denominado de participação material, funda-se em colaborar de alguma forma com o ato executório do suicídio (GONÇALVES, 2012, p. 138). Auxiliar seria, por exemplo, emprestar uma corda à vítima para que se enforque ou lhe conseguir remédios/veneno para que tome e cesse sua própria vida.

Há quem se pergunte qual o motivo da previsão penal de se punir alguém que ajude outrem a retirar a própria vida. A justificativa é simples, porque se entende que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria na sociedade.

Desse modo, "como se percebe pela leitura do art. 122 do Código Penal, não se pune aquele que tentou contra a própria vida e escapou da morte, mas tão somente aquele que o induziu, instigou ou auxiliou materialmente para esse fim" (GRECO, 2011, p. 188).

O que se procura com isso "é cercar a ideia de que a vida deve ser protegida, imputando-se consequência a quem procura ceifá-la, interferindo sobre o juízo debilitado, enfraquecido ou estonteado por quaisquer circunstâncias próprias da vida" (BITTAR, 2015, p. 123). A sociedade pode e deve reprimir tais formas sutis de ludibriar a proteção à vida.

---

[17] CP, art. 23. Exclusão de ilicitude - Não há crime quando o agente pratica o fato: II - em legítima defesa.

[18] CC/02, Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

No que tange à pena de morte, no ordenamento jurídico brasileiro, ela é abominada pela Constituição Federal de 1988, onde se lê no art. 5º, XLVII que "não haverá penas; a) de morte, salvo em caso de guerra declarada[19], nos termos do art. 84, XIX[20]".

O Estado moderno vem tendendo a cercear crescentemente os espaços de liberdade, ao mesmo tempo em que os protege e, muitas vezes, em nome de promover algum tipo de proteção de outro bem jurídico socialmente importante, procura justificar sua intervenção sobre a vida. A discussão sobre a pena de morte surge nesse quadro, porém, o que se tem que ter em mente é que:

> Uma cultura voltada para a proteção dos direitos humanos, que ganhe um eco dentro da tradição jurídica mais avançada, não pode consentir o convívio espontâneo com a pena de morte, que é uma atribuição de altíssima gravidade e intervenção do Estado na dimensão da existência humana. (BITTAR, 2015, p. 123).

Apesar da previsão excepcional do Código Penal Militar de que pode haver pena de morte em casos de crimes de guerra, a última pena de morte ocorrida no Brasil foi há 140 anos atrás (WESTIN, 2016, s.p.).

No que tange ao aborto, este pode ser definido como "interrupção da gravidez, da qual resulta morte do produto da concepção" (MASSON, 2013, p. 487).

O aborto tem sido tratado como um assunto de caráter criminal, nos casos dos artigos 124[21] (Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento), 125[22] (Aborto provocado por terceiro), 126[23] e 127[24] (Forma qualificada) do Código Penal, vez que se reconhece personalidade ao nascituro.

No ordenamento jurídico brasileiro existem situações em que o aborto é permitido e elas estão previstas no art. 128, do CP, que dispõe:

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é

[19] Código Penal Militar, art. 55. Penas principais. As penas principais são: a) morte. Art. 56. Pena de morte. A pena de morte é executada por fuzilamento. Art. 57. Comunicação. A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação. Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interêsse da ordem e da disciplina militares.

[20] CFRB/1988, Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

[21] CP, Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

[22] CP, Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

[23] CP, Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[24] CP, Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

> precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No Brasil a temática do aborto é bastante controvertida, porque apesar de se tratar de um estado laico, a religião cristã é predominante e exerce grande influência no momento da tomada de decisão, vez que existem partidos políticos, cujos representantes são cristãos e se manifestam totalmente contrários à possibilidade de que o aborto possa ser legalizado, ao mesmo tempo em que surgem partidos políticos, cujos representantes lutam por maior liberdade e independência da mulher, principalmente, no momento de realização de suas escolhas na vida pessoal, frutos dos anseios buscados – e muitos já conseguidos, ainda que a passos largos – de inserção em igualdade de condições na sociedade. Porém, "mesmo para quem entende que existe um direito ao aborto, é preciso considerar que no plano da colisão da liberdade individual da mulher com outros direitos e/ou bens jurídico-constitucionais, notadamente a vida do nascituro, tal direito não se revela absoluto" (SARLET, 2014, p. 198).

Um problema surge daí, porque, frequentemente, questões que eram para ser decididas na esfera pública de deliberação, pelos representantes políticos escolhidos pelo povo, passam a ser decididas atipicamente no Poder Judiciário, quando os legisladores se mantêm omissos na sua função.

Além dos casos permissivos do aborto para salvar a vida da gestante e quando a concepção é resultante de estupro, a decisão da ADPF 54 de 12.04.2012 decidiu julgar improcedente a ação de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo se encontra descrita e tipificada no art. 124, do CP, tornando possível a autorização judicial para o aborto de feto anencéfalo. O julgamento teve a seguinte ementa:

> ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

Trata-se de caso de aborto eugênico ou eugenésico, que é realizado quando os exames pré-natais demonstram que o filho nascerá com alguma anomalia, como por exemplo, Síndrome de Down e no caso dos anencéfalos etc. (GONÇALVES, 2012, p. 169).

Neste ponto, é de se refletir o seguinte:

> o feto anencéfalo possui vida, e a escolha pela morte do ser, não sendo crime juridicamente capitulado pela interpretação vigorante no STF, não leva a afirmar que não se está atingindo vida. Caso contrário, haveríamos de começar a afirmar que fetos não são seres vivos, não são pessoas, e não são vidas em formação e, mais uma vez reduzidos a coisas, seriam descartáveis como tudo que circunda o mundo objetal, na lógica da sociedade de consumo e do descartável. Assim, o argumento que valida o aborto não pode servir para interpretar o sentido da vida, apenas para restringir o aprisionamento e o sancionamento da conduta típica. Na mesma medida, deve-se considerar o que sobre a matéria tem preocupado os mais recentes estudos filosóficos, como aqueles levados adiante por Jurgen Habermas, em *O futuro da natureza humana,* para quem, em nossa atual cultura e o estágio do desenvolvimento científico, começamos a permitir brotar a perda da tênue diferenciação no escrutínio entre o certo e o errado em decisões que cada vez mais parecerão imperar como forma de seleção artificial de seres aprimorados, ao estilo de uma eugenia liberal (BITTAR, 2015, p. 127, grifo do autor).

Considere-se que apesar de a conduta não figurar como crime e existir corrente com forte tendência à descriminalização, diante da escolha dos pais e responsáveis, esses fetos com anomalia são vidas em formação. Assim, "é compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção?" (HABERMAS, 2004, p. 29)

Cada um dos seres humanos, por serem vivos, têm infinitas possibilidades de viver, infinitas formas de pensar e organizar suas vidas. A contingência nada mais é que a aleatoriedade das coisas, a não-arbitrariedade, a não-necessidade. O que Habermas está criticando é que a ideia de uma "eugenia liberal", ou seja, a possibilidade genética de escolher a cor do olho do filho, o sexo do filho, a cor de pele do filho, tudo isso bloqueia a contingência, aquilo que faz o ser humano ser único (nós sermos únicos).

A polêmica do aborto surge também quando estudiosos observam que a repressão pena se mostrou ineficaz em processar o desestímulo à conduta de abortar, porque, não raro, vê-se

> a multiplicação de clínicas clandestinas, a ruptura do código de ética em caso de aceitação de procedimentos dessa natureza pelo médico, a forma como se trata o descarte do aborto, os riscos para a vida da gestante em casos de má qualidade do serviço médico executado, o uso de técnicas altamente perfurantes e o uso de medicamentos de má qualidade (BITTAR, 2015, p. 125).

E, nesse sentido, apontam caminhos de descriminalização e indução de políticas públicas, bem como de legalização dos procedimentos de aborto pelo sistema público de saúde. Ainda mais, há quem sustente que, sendo ato de escolha dos pais, a melhor assistência, o melhor acolhimento e o melhor tratamento parecem ser o caminho mais seguro para

conduzir questões que implicam consciência religiosa, condição financeira, desejo de acolhimento da vida, formas de programação familiar e orientação terapêutica. E o papel do Estado, neste contexto, seria o de orientação sobre as consequências e de tratamento, no caso das escolhas.

Segue em tramitação uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que sustenta que os dispositivos 124 e 126 do CP afrontam a dignidade da pessoa humana e outros postulados fundamentais. A pretensão é de que o Supremo Tribunal Federal – STF permita que a gestante possa escolher interromper a gestação nas doze primeiras semanas de gravidez (PARTIDO QUESTIONA..., 2017, s.p.)

É de se refletir se: será mesmo que os dispositivos 124 e 126 do CP afrontam a dignidade da pessoa humana que se encontra nascida ou será que afrontam a dignidade da pessoa humana que está sendo concebida? Permitir que a gestante escolha interromper a gestação a seu bel prazer, senão nos casos já permitidos no ordenamento jurídico brasileiro, parece ofensivo por demais ao ser que está em seu ventre, que já possui vida e direitos desde a concepção.

Na Bíblia Sagrada, no livro de Salmos, Capítulo 139, versículo 16, percebe-se pela palavra de Deus que ele conhece a cada um desde o embrião materno quando diz "Os teus olhos me viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos todos os meus dias, cada um deles escrito e determinado, quando nem um deles havia ainda".

Isso significa que "embora não saibamos, Deus tem um propósito na vida de cada um de nós, razão pela qual, a não ser por situações excepcionais, não podemos tirar a vida de um semelhante, não importando o seu tamanho" (GRECO, 2011, p. 223).

Longe de se esgotarem todos os debates a respeito do bem maior da humanidade, a vida, deve ser frisado que ela é protegida desde a concepção e as práticas tendentes a atacá-la são, em regra, repreendidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja ser nascido ou concebido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade primordial do Estado Democrático de Direito é a proteção e promoção de direitos fundamentais albergados constitucionalmente, dentre eles o objeto deste estudo, que é o direito da personalidade primordial, do qual sucedem os demais direitos, o direito à vida.

Os direitos da personalidade são reconhecidos e protegidos, em decorrência da própria dignidade assegurada à pessoa humana e tem como principais caracteres serem oponíveis erga

omnes, insuscetíveis de aferição econômica, intransferíveis a outrem, irrenunciáveis, impenhoráveis, ilimitados, vitalícios e indisponíveis.

A vida se inicia como direito vinculado à pessoa, revelando-se a partir da concepção, tendo em vista que o nascituro também dispõe desse direito, que perdura incorporado à pessoa até seu falecimento. Portanto, dentre as teorias apresentadas a respeito da natureza jurídica do nascituro, parece mais acertada a teoria concepcionista, sendo a que melhor representa a doutrina majoritária, bem como os entendimentos dos Tribunais de segunda instância a respeito do início da vida e de sua salvaguarda.

No plano civil, a penalidade mais apropriada a violações contra a vida está no campo da teoria da responsabilidade civil, com o ressarcimento de danos, através das medidas possíveis, tanto de cunho moral, como material.

Com relação à proteção jurídica penal, o primeiro capítulo da parte especial trata dos crimes contra a vida, disciplinando acerca da punição do homicídio, feminicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto.

O presente artigo estudou sobre o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio, mostrando que o ordenamento jurídico brasileiro pune aquele que dá a ideia a outrem de cometer suicídio, alimenta uma ideia pré-existente ou ajuda com instrumentos materiais esse alguém a tirar a própria vida.

Foi tratado também acerca da pena de morte e de sua proibição como regra, ressaltando ser a mesma admitida somente em casos de crime de guerra, porém, que desde o advento da Constituição Federal de 1988 nunca houve pena de morte no Brasil.

Por fim, foram refletidos aspectos relevantes acerca do aborto, que ocorre com a morte do produto da concepção, expondo que de modo geral ele é reprimido, sendo permitido apenas no caso de gravidez resultante de estupro, de haver risco para a saúde da gestante – previsões legislativas encontradas no Código Penal – e nos casos dos fetos anencéfalos – de acordo com o julgamento do STF da ADPF nº 54.

A discussão acerca da possibilidade de se poder abortar está longe de ter fim, de qualquer modo, as posições extremadas não se sustentam, seja para defender a possibilidade da gestante poder escolher interromper a gravidez, seja para proibir toda e qualquer forma de aborto, parecendo mais acertado o atual critério estabelecido e supracitado de se proteger a vida e os direitos do nascituro, que também possuem vida.

Vários são os princípios que guarnecem os direitos das pessoas naturais, tanto constitucionais, quanto cíveis e até mesmo penais. É importante se ter por base o princípio fundamental de dignidade da pessoa humana, que ganhou força com a Constituição Federal de 1988, onde o Estado Democrático de Direito veio salvaguardar direitos até então pouco

indigitados. À vista disso, o ordenamento jurídico pátrio, através da Lei Maior enaltece o direito à vida, incumbindo ao Estado assegurá-lo duplamente, o direito de viver e continuar vido e o direito de se ter uma vida digna (com dignidade) – isto é, viver e não apenas sobreviver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Moraes Rolim dos. **A personalidade civil dos nascituros e os seus reflexos jurídico-processuais.** Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/273 >. Acesso em: 06 mai. 2018

BÍBLIA SAGRADA. **Livro dos Salmos, capítulo 139, versículo 16**, "Os teus olhos me viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos todos os meus dias, cada um deles escrito e determinado, quando nem um deles havia ainda". Disponível em: <http://biblia.com.br/joaoferreiraalmeidarevistaatualizada/salmos/sl-capitulo-139/ >. Acesso em: 15 mai. 2018

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8. Ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 02 mai.2018

_____. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 02 mai.2018

_____. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 11 mai.2018

_____. **Código Penal Militar**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm >. Acesso em: 11 mai.2018

_____. **Enunciado da I Jornada de Direito Civil.** Enunciado nº 4 "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650 >. Acesso em: 02 mai.2015

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 11 mai. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.327.773/MG; Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; Data de Julgamento: 27.11.2017.** Ementa: RECURSO ESPECIAL.PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA DE EMPRESA. SEMELHANÇA DE FORMA.
DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. AFERIÇÃO. IN RE IPSA. DECORRENTE DO PRÓPRIO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79774134&num_registro=201101223371&data=20180215&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mai.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 1.415.727/SC; Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; Data de Julgamento: 04.09.2014.** Ementa: DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39138375&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mai.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam o aborto.** Notícias STF. 08.03.2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860 >. Acesso em: 14 mai.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54; Relator: Min. Marco Aurélio; Data de Julgamento: 12.04.2018.** Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe >. Acesso em: 14 mai.2018

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume I: teoria geral do direito civil**. – 30 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 14 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. – 2 ed – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. – 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. Revisão da tradução: Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MASSON, Cleber. **Direito Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral.** Vol. 1. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. **A situação jurídica do nascituro: uma página virada?** (pág. 245-262). XXV Congresso Nacional do CONPEDI Brasília – DF. Direito civil contemporâneo. Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/UFWX54d4dYXhMU71.pdf >. Acesso em 05 mai.2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal.** (pág 184-201). In Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós Graduação em Direito – Vol. 1, n. 2 (jul/dez. 2014). ISSN: 2357-8009 (versão online). Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Semestral. 2014.

SCIARINI, João Carlos Fazano; GÂNDARA, Luma Gomes. **Reflexões acerca da reprodução in vitro e dos direitos da personalidade.** In: Edgardo Torres Chávez; Ilton Garcia da Costa; Rogério Cangussu Dantas Cachichi. (Org.). Coletânea Direitos Humanos em Homenagem ao Humanista Méliton Torres Tovar. 1 ed. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018, v. I, p. 128-142.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro.** In: Questões controvertidas do Código Civil. Parte Geral. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coords.). São Paulo: Método, 2007. V. 6, p. 83-104 e In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

_____. **Manual de direito civil: volume único**. 6 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

WESTIN, Ricardo. **Há 140 anos, a última pena de morte do Brasil**. Senado Federal – notícias em 04.04.2016. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/04/ha-140-anos-a-ultima-pena-de-morte-do-brasil >. Acesso em: 11 mai.2018