**AS GARANTIAS JURÍDICAS À VIDA INTRAUTERINA**

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar o direito à vida do nascituro na fase intrauterina sobre aspectos constitucionais, civis e penais. Apresentar a definição de nascituro e sua três principais teorias que explicam o começo da existência com vida do ser humano, fazendo uma análise sobre a questão do aborto e sua criminalização nos aspectos jurídicos e o direito à vida. Faz uma sucinta abordagem sobre a penalização do aborto e os casos em que são autorizados. O resultado da pesquisa demonstra que a vida começa com a concepção do nascituro, que amplamente protegido pelo ordenamento jurídico desde desse momento.

**Palavras-Chave**: Direito. Vida. Nascituro. Aborto.

**INTRODUÇÃO**

Direito a vida do nascituro desde da concepção vem sendo resguardada pelo ordenamento jurídico. Esse direito à vida é assegurado antes e após do nascimento, seja por métodos naturais ou artificias, desde do momento que foi concebido, já existe vida. Sendo o direito à vida o bem jurídico mais importante para o direito. Tratar-se de um direito inerente a condição humana, dele que decorre todos os outros direitos e garantias do ser humano.

Entretanto, o ordenamento jurídico protege o direito à vida, mas o aborto acontece diariamente de forma ilegal, ferindo os princípios constitucionais e as leis que resguardam o direito à vida do nascituro, afetando não somente a esfera jurídica, mas toda a estrutura social.

Partindo desse pressuposto, o presente estudo tem como objetivo analisar o direito à vida do nascituro na fase intrauterina sobre aspectos constitucionais, civis e penais. Pois a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, caput, traz como um direito fundamental a vida, assegurando a inviolabilidade do direito à vida, sendo esse direito para todos sem distinto de qualquer natureza, seja no útero materno ou fora dele, todos tem como garantia o direito de viver.

Por sua vez, o Código Civil 2002, no art. 2º, protege o direito à vida desde a concepção nascitura, pois ao afirmar que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. No que lhe concerne, o Código Pena de 1940, tutela o direito à vida, quando criminaliza o aborto, admitindo esta prática somente em duas situações, no caso do médico, que pode praticar o aborto para salvar a vida da mãe e quando a mulher sofre estrupo.

Diante do exposto, a temática em questão tem como objetivos específicos apresentar a definição de nascituro e suas três principais teorias que explicam o começo da existência com vida do ser humano, fazendo uma análise sobre a questão do aborto e sua criminalização nos aspectos jurídicos e o direito à vida.

Logo, os motivos pertinentes para investigar este tema devido vários debates acerca do direito à vida e o aborto. São muitos os argumentos a favor e contar a legalização do aborto. Pois Constituição Federal e as leis asseguram o direito à vida desde fase intrauterina, por outro lado há um grande discussão sobre o direito da decidir sobre o seu próprio corpo.

Contudo, a metodologia utilizada, no presente artigo, consiste em uma pesquisa bibliográfica e de cunho exploratório com base em fontes que abordem o estudo em questão. Para fundamentar o artigo foi necessária a presença de alguns teóricos: Diniz,2015; Gonçalves,2011; Lopes,2000; Loureiro, 2009 e Ventura, 2009.

Este trabalho está organizado da seguinte forma: direito do nascituro, criminalização do aborto, o aborto nos aspectos jurídicos e o direito à vida. Sendo este estudo relevante para fornecer a sociedade uma reflexão crítica sobre o começo da existência com vida do ser humano.

**2. DIREITOS DO NASCITURO**

Antes de expor os fatos da discussão faz-se necessário a especificação de alguns conceitos como nascituro, pessoa e personalidade jurídica. A palavra nascituro vem do latim ''nasciturus'', segundo Limongi França, citado por Francisco Amaral, define o nascituro como sendo “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”. Pessoa é ''o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos'' (DINIZ, 2015, p.129). Personalidade Jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e também contrair deveres. A personalidade jurídica se adquire logo após o nascimento com vida. E chegamos ao ponto de partida para a nossa discussão.

Com efeito do conceito de personalidade anteriormente citado concluímos que toda pessoa, como ente suscetível de direitos e obrigações tem personalidade, podendo adquirir, modificar, substituir, exercitar e defender seus interesses, sendo titular de relações jurídicas. Quando o assunto nascituro vem à tona, automaticamente se pensa na questão das garantias dos seus direitos, no questionamento sobre personalidade, se o mesmo a tem ou não, ou se deveria tê-la concreta e expressamente.

O Código Civil traz claramente no seu art. 2º que '' a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro''. Podemos perceber então que o nascituro não tem personalidade civil pois ainda se encontra no útero materno. Porém, durante a elaboração do Código Civil, felizmente, foi tomado o cuidado de ressaltar que os direitos do nascituro serão colocados a salvo desde a sua concepção.

Faz sentido associarmos que essa parte do texto legal teve como base o direito basilar, primordial, indispensável que é o direito a vida, fixado no art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988, que traz o seguinte texto:

“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.” (CFRB/88)

Sempre que se fala em personalidade jurídica do nascituro faz-se uma referência com as noções de nascimento, de vida, de concepção. Para entender esse estudo é importante ter conhecimento de certas teorias da concepção sobre nascituro, nas quais se destacam três, que veremos logo a seguir.

**2.1 Teorias da Concepção**

É através da exposição das três principais teorias- a natalista, a condicionalista e concepcionista- que se tem início a discussão sobre quando começa a personalidade jurídica.

2.1.1 Teoria Natalista

Essa teoria defende o nascimento com vida para ter início a sua personalidade, afirmando que o nascituro tem apenas uma mera expectativa de direito, pois não há vida independente enquanto não houver completo desligamento entre a mãe e o nascituro, e por isso, acima de tudo, é a dignidade materna que deve ser protegida. Observemos a manifestação de Serpa Lopes, “Antes do nascimento, portanto, o feto não possui personalidade. Não passa de uma spes hominis. É nessa qualidade que é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pela curadoria do ventre.” Lopes (2000, p. 233-234).

As críticas levantadas contra essa teoria é que a mesma se encontra distante e em desacordo a ideia da personalização que é trazida no Direito Civil rejeitando ao nascituro os direitos de cunho fundamental. E também, o autor Flávio Tartuce critica a teoria pela mesma considerar o nascituro uma coisa, já que afirma que este só tem mera expectativa de direito.

2.1.2 Teoria da Personalidade Condicional

Os partidários dessa teoria defendem que os direitos assegurados ao nascituro se localizam em estado potencial, sob condição suspensiva. Paulo Roberto Gonçalves, a ela se filia, como se pode ver:

“Discute-se se o nascituro é pessoa virtual... Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade” (GONÇALVES, 2011, p. 104-105).

A crítica a essa teoria é que os direitos da personalidade, em momento algum, podem ser postos, e ficarem submetidos, a qualquer condição ou encargo. Sendo assim, o nascituro só teria direitos com o implemento da subordinação, ou seja, nascer com vida. Considera-se essa teoria essencialmente natalista.

2.1.3 Teoria Concepcionista

Para esta teoria, de acordo com o que cita Loureiro:

“(...)a personalidade começa na concepção e não do nascimento com vida. Com isso, muitos dos direitos do status de nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos de personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, à representação”. (LOUREIRO,2009). A teoria concepcionista acredita que o início da vida se dá desde a concepção, ou seja, desde o momento da fertilização do ovócito pelo espermatozoide. Sendo assim, essa corrente de pensamento defende que a personalidade é adquirida antes do nascimento com vida, e que os interesses do nascituro são assegurados com a concepção.

Há algumas críticas a essa teoria como a de que, quando o art. 2º do Código Civil diz que ‘‘a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro’’, na verdade teve pretensão de se referir à expectativa, e não ao direito em si.

Vemos que no conceito dessa teoria está estampado a proteção a vida de forma geral, até mesmo uterina, com pretensão de extinguir os abusos contra o nascituro. Vale ressaltar que, se tratando de jurisprudência nacional, o STF não tem posição definida, seguindo ora concepcionista, ora natalista.

Cumpre salientar, para concluirmos a exposição desta parte, que o direito à vida é assegurado, tanto pela Constituição Federal –art. 5º, caput- como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente -Lei n. 8.069/90, art. 7º.

**3. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

Ao falarmos sobre a criminalização do aborto é preciso analisar a origem dessa criminalização, pois nem sempre o aborto foi contemplado pelo Direito Penal. Pois o Código de Hamurabi fazia menção, mas considerava o aborto punível apenas quando provocado por terceiros.

Já no Brasil, o Código Criminal do Império no ano de 1830, não punia o aborto praticado pela própria gestante, mas sim aquele realizado por terceiro. Pois criminalizava, os abortos consentido e sofrido, mas não o auto aborto. É importante frisar que também era crime o fornecimento de meios abortivos.

O Código Penal Brasileiro aborda ou melhor trata do aborto nos artigos 124 a 128, iniciando pela tipificação do auto aborto ou aborto consentido como: “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque. Pena: detenção, de i (um) a 3 (três) anos”.

Fica claro, que trata-se de um crime, pois somente a gestante pode consentir que alguém lhe provoque aborto ou ela mesma causar, sem valer-se de outra pessoa. Quanto ao resultado, é definido como crime material ou de dano, porque exige a ocorrência de um resultado, que é a morte de um feto, para que se consume.

Nesse intuito a criminalização do aborto viola o princípio da subsidiariedade, que determina que, no processo democrático da criminalização, devem ser considerados os benefícios e os custos causados pela adoção da medida proibicionista criminalizadora.

Cabe ressaltar que o aborto inseguro, praticado na ilegalidade, é uma das principais causas de morte de mulheres no Brasil, onde milhares delas estão colocando em risco as suas vidas e a sua saúde para interrupção de gestações não desejadas.

A criminalização é inconstitucional, pois são apontados desacordos com a Constituição Federal. Dessa forma, fica evidente que há uma violação a garantia de não privar nenhum indivíduo de direitos por motivos de crença religiosa. Haja vista, que levar em conta como marco inicial da vida o momento da concepção é uma visão proferida pela religião, defendida sem quaisquer garantias cientificas e, portanto, se torna inaplicável no âmbito público.

É evidente e faz-se necessário questionar a validez da norma, já que as mulheres optantes por interromper a gravidez não possuem outros recursos, e recorrem por métodos ilegais, incertos e de riscos. Ou seja, são privadas do direito a um aborto seguro, o que nos faz questionar um dos princípios de maior relevância na jurisdição pátria: a inviolabilidade à vida, já que a Constituição possui pretensão em proteger a vida deveria fazer isso no sentido mais amplo possível, ou seja, o Estado deveria proporcionar garantias para proteger a vida da mulher, isto é, oferecer meios seguros pra aquelas que optarem pela realização do aborto.

**4. O ABORTO NO ASPECTO JURÍDICO E O DIREITO A VIDA**

No âmbito brasileiro, as garantias jurídicas quanto ao aborto abrangem um leque de interpretações na proteção da vida como um bem jurídico. Na Constituição Federal, é assegurado o direito a vida (Art. 5º, CF/88). Instituindo, o direito de liberdade e assim, a condição de ter filhos. Porém, não assegura esse direito a vida, desde a concepção do nascituro.

Posto que, no Código Civil Brasileiro, o artigo 2º do Código Civil, diz que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ressalva, dessa maneira, uma distorção, pois ao mesmo instante onde a personalidade civil da pessoa inicia com o nascimento com vida, abrange também e garante os direitos do nascituro, ou seja, a vida intrauterina.

A gestante tem a possibilidade, de acordo com as normas civis, de cuidar dos direitos do nascituro, que só lhe serão atribuídos após o nascimento com vida, como é o caso do direito de herança, alimentos.

Maria Helena Diniz endossa:

“O quinhão do nascituro ficará reservado em poder do inventariante até seu nascimento (CPC, art.650). Se nascer morto, o bebê não adquire personalidade jurídica material, e portanto não recebe nem transmite herança de seu pai”. (DINIZ, 2018, p.234).

Desse modo, não há nenhum motivo pelo qual haja a provação da lei que legalize o aborto voluntário. Aliás, a partir da concepção da vida intrauterina, ali já passa existir um ser, e com ele, seus direitos, cabe o dever somente da gestante de guardar a vida da criança, independentemente de ter sido uma gravidez planeada ou não. Ainda há a lei federal brasileira nº 9.263/96 que possibilita e oferece assistência familiar.

O direito e a medicina estão inteiramente interligados nessa questão do aborto e de garantir a vida através da formulação de normas, uma vez que os mesmos buscam proteger a integridade da vida humana. Segundo Miriam Ventura:

“O ponto controvertido central no debate jurídico sobre a legalidade do aborto se situa entre a necessária e devida proteção do Estado à vida humana como direito fundamental da pessoa e, por outro lado, à vida humana enquanto um bem objetivo, universalmente considerado, independentemente de seus titulares. Nesse sentido, historicamente, Direito e Medicina (ou ciências da vida) estabelecem fortes relações na busca de soluções normativas para a proteção da vida humana em seu duplo sentido.” (VENTURA, 2009. p. 176-205).

Há nesse contexto, características biológicas e éticas. No entanto, não é exatamente a ciência jurídica, mas sim o campo da saúde que trata dos “direitos reprodutivos”, que vão aplicar as normas corretas legais, á existentes, sejam elas civis ou criminais.

A maioria dos países atualmente já legalizaram o aborto, e existem outros países, no caso do Brasil, apenas permissões para essa prática. Não é legalizado amplamente, mas possibilita alguns tipos de aborto. Dentre a luta dos que defendem, há uma necessidade de legalização por completo, porém, existem os que defendem a vida.

O Código Penal Brasileiro criminaliza o aborto, em seus artigos 124º, 125º e 126º, tratam justamente do crime do aborto, mas trazem algumas exceções, como é o caso do “aborto necessário”, onde não irá punir o aborto praticado por médico (CP, art. 128, I), e a outra excludente de punição é no caso de gravidez resultante de estrupo, que é o aborto ético ou humanitário (CP, II, art.128). Vale ressaltar, nessas circunstâncias, que tais excludentes são impuníveis, pois é um crime contra a vida.

O aborto é um desrespeito a vida, pois fere amplamente os direitos da pessoa natural, já que a vida é o maior bem do ser humano, e é imutável. Apesar, de existirem dificuldades, algumas até aceitáveis, não é justificável o ato da prática de interrupção da vida. Quando se trata de aborto, está relacionado ao interesse de um, e desrespeitar o bem maior de outro, do nascituro.

A inviolabilidade do direito à vida está exatamente, no que diz respeito, que por natureza o nascituro se “hospeda” no vente da mulher, para assim ter a vida, e não cabe a mesma ter a audácia de retirar um outro ser o direito de viver.

**CONSIDERAÇOES FINAIS**

Dada à importância desse artigo, explicitamos sobre a criminalização do aborto, direito a vida, este intrínseco ao ser humano, desde a concepção, ou seja, todos devem ter garantia de vida, assegurando a inviolabilidade deste direito primacial. As teorias expostas são os meios que garantem os direitos adquiridos desde a concepção, mesmo que o recém-nascido morra segundos após ter vindo ao mundo. O Estatuto do Nascituro, que visa garantir o projeto de lei, tem sido alvo de muitas discussões e críticas.

O aborto acontece diariamente de forma ilegal, são umas das formas que causa mais mortes femininas no Brasil. Muitas mulheres morrem por aborto inseguro, já que optam por interromper a gravidez, e não possuem outros recursos, recorrendo assim a métodos ilegais, insertos e de riscos. Na prática é um assassinato, homicídio perigoso, porque nascituro na sua forma embrionária só tem um único protetor - a mãe- e o mesmo, que deveria protegê-lo, está tentando mata-lo. O aborto no Brasil, não é legalizado, mas é válido em caso de estupro ou “aborto necessário”, no qual a vida da mão está em risco, e só pode praticar esse aborto o médico.

Durante toda a exposição do trabalho vemos o início de uma grande polêmica, pois ao mesmo tempo em que é dito para que você seja o titular ou sujeito de direito, que tem a personalidade jurídica, necessariamente deve haver vida, e o nascituro ainda é alguém que está para nascer, que irá adquirir a vida, e daí se dá a discussão, se o nascituro tem ou não tem o direito, se é ou não é um titular de direitos. Após pesquisas, discussões e comparações chegamos a conclusão que a vida começa desde a concepção.

**REFERÊNCIAS**

FREITAS,Lúcio R. O. **A Personalidade Juridica do Nascituro.**Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4257/A-personalidade-juridica-do-nascituro>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

VENTURA, Miriam. **A questão do aborto e seus aspectos jurídicos** . In: BALTAR DA ROCHA, Maria Isabel; BARBOSA, Regina Maria (Org.). Aborto no Brasil e países do Cone Sul . Campinas- SP- Brasil: [s.n.], 2009. p. 176-205. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/aborto/aborto.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

FELIPE, Nicolas Elias. **As teorias da concepção e o nascituro no Direito brasileiro**. Disponível em: <<https://nicolasfelipe.jusbrasil.com.br/artigos/475128655/as-teorias-da-concepcao-e-o-nascituro-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 12 mai. 2018

DINIZ, Maria Helena **. Começo da Personalidade Natural . In: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro .** 35º. ed. [S.l.]: Saraiva, 2018. cap. II, p. 231-236. v. 1.

DINIZ, Maria Helena **. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Brasileiro**-32º. ed. [S.l.]: Saraiva, 2015. v. 1.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil.** 9º. Ed.: Saraiva. V. 1.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Carlos Eduardo. **Estatuto do Nascituro.**Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6769/Estatuto-do-nascituro>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

ASFOR,Ana Paula. **Inicio da Peresonalidade Civil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24650/do-inicio-da-personalidade-civil>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães**. Introdução do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta.**Teorias sobre o inicio da personalidade e a proteção do nascituro**.Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31789/teorias-sobre-o-inicio-da-personalidade-e-a-protecao-do-nascituro>>. Acesso em: 12 mai. 2018.