

O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Nely Lopes Casali**

SUMÁRIO: 1 . O Nascituro no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. Capacidade Processual do Nascituro. 3. Conclusão. 4. Referências.

1.O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O nascituro é o que irá nascer; em outras palavras, o feto durante a gestação: não é ele ser humano - não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência da pessoa, isto é, o nascimento; mas desde a concepção, já é protegido.

Estabelece o artigo 2º do Código Civil Brasileiro que, "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". O artigo 4º do Código Civil revogado tinha a mesma redação, com a palavra homem no lugar de pessoa.

Continua, pois a discussão sobre a natureza jurídica do nascituro através de várias correntes doutrinárias, as quais podem ser resumidas em três, segundo Almeida (1990), a saber:

- a) a natalista, que considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida, dentro da orientação do artigo 2º do Código Civil;
- b) a doutrina da personalidade condicional, também denominada concepcionista condicionada, que considera que a personalidade começa com a concepção, sob a condição do feto nascer com vida.

Segundo a autora Almeida (1990: p 53) "constitui a corrente adotada por Clóvis Bevilacqua no artigo 3º do seu projeto de Código Civil". Para ela:

* Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEM-PR. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá.

o notável civilista pátrio, embora tenha se aproximado bastante da teoria concepcionista, deixa à margem de suas indagações os direitos da personalidade – entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida, direitos absolutos incondicionais, não dependentes, pois, do nascimento com vida.

c) a doutrina concepcionista que defende a tese de que o nascituro tem personalidade com a concepção e não com o nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status “do nascimento não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos”. (...) Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude de eficácia destes direitos fica, resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida.

Há necessidade de se fazer uma análise da proteção ao nascituro no sistema legal brasileiro, discutindo a qual dessas teorias se amolda, partindo necessariamente do art. 2º do Código Civil, dispositivo legal que serve de base para justificar o início da personalidade.

Há aparentemente contradição, pois ao mesmo tempo em que afirma que a personalidade começa com o nascimento com vida, reconhecem-se direitos ao nascituro; o artigo 2º pode induzir os mais desatentos a afirmar que o direito brasileiro consagra a teoria natalista, posição, aliás, adotada pela maioria dos autores. Porém, o caráter contraditório e obscuro do referido dispositivo legal não prevalece diante de uma interpretação lógico-sistemática, que revela que no ordenamento jurídico brasileiro prevalece a teoria concepcionista.

Tal entendimento é defendido por alguns autores, dentre eles Miranda (1955); França (1981); Martins (1987: p. 27) Amaral (1990); com referência ao art. 4º do Código Civil revogado, cujo preceito é o mesmo do art. 2º do novo Código Civil.

O artigo 2º do Código Civil deve ser compreendido como o resultado de uma longa experiência jurídica oriunda do Direito Roma e Canônico transmitidos, sobretudo, através do Direito Português. Como observa o próprio Teixeira de Freitas, predecessor na elaboração do Código Civil no Direito Romano havia uma profunda divergência quanto à existência da pessoa antes do nascimento.

Os Códigos Civis da Argentina, Áustria, México, Peru e Paraguai consideram a concepção como o início da personalidade a mesma linha assumida pelo art. 2º do Código Civil Brasileiro (a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida) é adotada pela Alemanha, Suíça, Japão, Chile, Itália, Portugal e Espanha.

Cabe aqui destacar que o projeto original do Código Civil, apresentado em 1899, por Bevilacqua, já declarava que "a personalidade civil

do ser humano começa com a concepção sob a condição de nascer com vida".

Justificando sua posição, Bevilacqua (1976 p. 75), esclarece que:

desde a concepção o ser humano é protegido pelo direito. A provocação do aborto é punida. Quando entre nós havia a pena de morte, não era aplicada à mulher em estado de gravidez, neste estado não era sequer submetida a julgamento. O direito penal mostra assim, considerações pelo feto, isto é, por um ser humano ainda não desprendido das entranhas maternas. Por que não o faria o direito civil? Não poderia deixar de atender ao ser humano nessa fase da existência.

Para os não adeptos da teoria concepcionista, os direitos que o ordenamento jurídico confere ao nascituro não passam de expectativas de direito, ou então, como prevê Silva Pereira (1994), configuram hipóteses de "direito potencial".

Diante destas correntes, ressalta-se a questão de como ficam esses direitos que a lei põe a salvo, entre a concepção e o nascer com vida, isto é, vir a ser realmente uma pessoa.

Há os seguintes entendimentos:

1. Há uma condição, ou, segundo outros, há apenas aparência de condição;
2. Há, explicitando, quem entenda haver condição suspensiva (o que não é verdadeiro em face de nossa lei, porque é desde a concepção que se lhe asseguram direitos);
3. Outros, ainda, e estes tem razão (em face do direito brasileiro) afirmam haver condição resolutiva.

O nascituro está apto para adquirir efetivamente direitos que se tomam cristalizadamente seus, com o nascimento com vida.

Mas se nascer morto, configura-se condição resolutiva imanente a uma tal situação - isto é, resolvem-se os direitos que se pretendia tivessem sido adquiridos.

A circunstância de se falar em condição resolutiva não significa, todavia, que se afirme que o nascituro pode adquirir direitos tal como uma pessoa o pode.

Quer-se dizer que pode adquiri-los enquanto nascituro, mas de forma resolutória, na hipótese de não nascer com vida; ou, nascendo com vida, terá adquirido efetivamente direito, desde a sua concepção não há solução de continuidade entre ter sido nascituro e vir a ser pessoa.

2. CAPACIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO

Pelo exposto chega-se à conclusão que em nome do nascituro se haja como sendo ele parte, ainda que não tenha personalidade; mas, ver-se à, nem todos assim entendem.

O que se passa em realidade é que a situação jurídica do nascituro é estabelecida indiretamente, a partir do conjunto de regras que a ele outorgam direitos.

Embora considerado tema controvertido, é reconhecido em nossos Tribunais o direito do nascituro aos alimentos, sobretudo na hipótese de separação do casal.

Bittencourt (1979: p.115) defende o "direito de pleitear os alimentos provisionais por parte da esposa e filhos do casal, inclusive nascituro".

A questão se apresenta bem mais polêmica quando se trata de pedido de alimentos pela gestante, representando o nascituro, sobretudo fora da relação de casamento.

De acordo com Miranda (1995: p 215) comenta que:

a obrigação alimentar pode começar antes de nascer, pois existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências da pediatria.

Almeida (19788: p.57) relata que:

ao nascituro são devidos os alimentos em sentido lato - alimentos civis - para o nascimento com vida. Inclui aos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais transfusão de sangue nos casos de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia e cirurgias realizadas em fetos, cada vez com mais freqüência, alcançando, ainda as despesas com o parto.

Para aqueles que negam este direito, o argumento básico está vinculado ao início da personalidade com o nascimento com vida.

Arnold Wald considera que "não se deve fornecer alimento ao nascituro que só é considerado pessoa viva quando se tratar de questões de seu interesse"(...) (apud Cahali, 1993).

Completa Cahali (1993: p 411) esclarecendo que:

interesse existiria a descoberto da tutela jurídica ante a falta do pressuposto da personalidade jurídica do nascituro e de ressalva expressa do direito que se pretende reconhecido em seu favor, desde a concepção e sob reserva de seu nascimento com vida.

Outra questão que se apresenta polêmica em nossos Tribunais é a possibilidade de se propor ação de investigação de paternidade, antes do nascimento.

Decisão pioneira da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 14/09/93, cujo relator foi o Des. Renan Lotufo, atribuiu legitimidade “ad causam” à mãe gestante, representando o filho nascituro, para propor ação de investigação de paternidade e pedido de alimentos. Reportando-se à decisão no mesmo sentido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RJTJRS 1041418), conclui o relator que:

ao nascituro assiste no plano do Direito Processual capacidade para ser parte como autor do réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor ação investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão do direito material, até então uma expectativa resguardada.

Diante de tantos argumentos doutrinários e das posições controvertidas dos Tribunais, enquanto não se objetiva o assunto com uma posição legislativa envolvendo a integralidade do tema, há que se considerar a circunstância especial de uma vida em formação, que precisa ter um mínimo de assistência material e moral.

Com a personalidade jurídica declarada, legalmente ou não, existe para o nascituro mais do que simples interesses em jogo. Existem sim, direitos reconhecidos protegidos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, antes mesmo do nascimento. Logo, caberá ao juiz, diante das controvérsias apresentadas, partir de um parâmetro essencial, adotado pelo Brasil da proteção integral, desde a concepção, devendo o Judiciário em seus julgados partir dessa premissa.

A legitimidade processual será sempre da pessoa que vai nascer, representada pela mãe, ou por um curador. Ela é a titular de direitos da personalidade ou de direitos potenciais, a exemplo de heranças, doações, etc.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, cabe concluir pela necessidade de reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade, uma vez que toda a legislação posterior se encaminha no sentido deste reconhecimento a partir da concepção.

Diante da opção do Direito Brasileiro de proteger o nascituro desde a sua concepção, declarando, expressamente o direito fundamental de proteção à gestante, nutriz, à parturiente, e incontestável a necessidade de a lei civil reconhecer definitivamente a personalidade jurídica ao nascituro, uma vez

que estão em jogo a dignidade, liberdade e respeito, princípios básicos da Proteção Integral, declarados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, S.J.A.c.e.O *nascituro no Código Civil e no Direito Constituendo do Brasil*. In Revista de Informação Legislativa, nº 0.97, pg. 181-190. Brasília: Senado Federal 1988.
- ALVIM, A. *Tratado de Direito Processual Civil v.2*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- AMARAL, F. O *nascituro no Direito Civil Brasileiro: Contribuição do Direito Português*. in Revista Brasileira de Direito, Comparada, nº 08, pp 75/89. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BEVILACQUA, C. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.
- BITTENCOURT, E.M. *Alimentos*. São Paulo: Leud, 1979.
- CAHALI, Y.S. *Dos Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FRANÇA, R.L. *Manual de Direito Civil*. V.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- MARTINS, I.G. da S. *Fundamentos do Direito Natural à Vida*, in Revista dos Tribunais nº 623, v 76, pp 30/39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MIRANDA, P. de. *Tratado de Direito Privado - Direito de Família*. Tomo XI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- SILVA PEREIRA, C.M. da. *Instituições de Direito Civil*. V. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1994.