

O nascituro no Código Civil e no nosso direito constituendo

SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA

Realizou-se em Bogotá, Colômbia, de 10 a 12 de agosto de 1987, o "Congresso Italo-Ibero-Americano de Direito Civil e Romano" sobre "La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano" visando a elaboração de um Código Civil Tipo, congresso esse, promovido pela Universidade Externado de Colômbia e Associação de Studi Sociali Latino-Americani (Asila), com sede em Sassari, Itália.

Naquela oportunidade apresentamos a comunicação aqui reproduzida, tendo em vista a importância e atualidade do tema para a legislação constituída da América Latina, inclusive para o Brasil, onde é tratado não só no projeto de Código Civil, como também no Anteprojeto de Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

As controvérsias, ainda não pacificadas, acerca de, se ter ou não ter personalidade jurídica, é uma constante, na Doutrina, com reflexos na Jurisprudência, no tempo e no espaço.

O artigo 4º do Código Civil Brasileiro parece contraditório pois, ao mesmo tempo em que afirma que a personalidade começa do nascimento com vida, reconhece direitos e estados ao nascituro, os quais efetivamente lhe são atribuídos através de vários de seus dispositivos. O problema do aborto, cuja maior liberdade tem sido defendida por grupos sociais notadamente feministas e por alguns penalistas, deve ser acompanhado de uma reflexão quanto ao direito à vida, ou melhor, quanto ao direito de nascer, como "Direito Privado da Personalidade", o que não tem sido feito.

O grande desenvolvimento do instituto da Responsabilidade Civil que, nos dias atuais, atinge grande relevância através da crescente indenização de danos materiais, inclusive de danos causados a animais e do dano moral, ainda se mostra tímido quanto à indenização de danos causados ao nascituro.

Pelo menos no Brasil, a Jurisprudência nega a indenização pela morte do nascituro, embora reconheça que a morte de anormais, por culpa extracontratual ou por culpa contratual, deva ser indenizada.

Deve-se também considerar o grande desenvolvimento da Ciência, através das novas técnicas de fertilização in vitro e do congelamento de embriões humanos, o que influi no conteúdo atual de nascituro. O por nós proposto é o mesmo de Rubens Limongi França em "Manual de Direito Civil", 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, página 123: "É a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno".

É importante observar que, para nós, somente se poderá falar em "nascituro" quando houver nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação — momento em que a gravidez começa — que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, na fecundação in vitro, não se considera nascituro, isto é, a "pessoa", o ovo assim fecundado, enquanto não for implantado no útero da futura mãe. Pelo menos no estágio em que a Ciência se encontra hoje, a exigir a implantação, no útero materno, do ovo fecundado na prole, como condição de seu desenvolvimento, nascituro é um conceito que só existe quando há gravidez, seja ela resultado de fecundação in anima nobilis (por inseminação natural ou por inseminação artificial) ou in vitro. Destarte, também não é nascituro o embrião humano congelado — conforme recente técnica desenvolvida na Universidade de Monash, de Melbourne, Austrália — que, no entanto, deve ser protegido jurídica e eticamente como pessoa vital.

No Direito Estrangeiro, após estudarmos Códigos Civis de diversos países, entre os quais França, Itália, Espanha, Áustria, Portugal, Suíça, Argentina, Chile, Peru, Colômbia e até da China, observamos que todos eles reconhecem certa capacidade jurídica ao nascituro, desde a concepção, ainda que disponham que a personalidade começa a partir do nascimento com vida. Especial atenção merece o Código da Argentina, valiosa obra de Velez Sarsfield, que estabelece o início da personalidade a partir da concepção, pois o nascituro tem certos direitos a partir de então, como se já tivesse nascido, tornando-se irrevogavelmente adquiridos se nascer com vida, considera expressamente o nascituro como pessoa por nascer, integrando o rol dos absolutamente incapazes (art. 54, I), tal como o faz o ilustre civilista brasileiro Teixeira de Freitas na "Consolidação das Leis Civis" e no "Esboço de Código Civil". O Código Civil Chileno, por sua vez, reconhece o direito à vida, que é incondicional, como um direito privado (art. 75).

Conforme muito bem demonstra o eminente professor italiano Pierangelo Catalano — em relevante pesquisa específica intitulada "Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano", a ser publicado na Revista de Direito Civil — "deve-se admirar o esforço criativo dos juristas latino-americanos empenhados tanto na interpretação dos Códigos modernos, quanto na elaboração de novos Códigos, ao seguir a tradição romana Justiniana, considerando-se a interpretação germânica do Direito Romano". Baseia-se neste Professor Italiano na análise que faz do Código Civil Peruano, de 1984, notável obra de Carlos Fernández Sessarego, cujo artigo 1º considera o nascituro como sujeito de direitos para todo quanto o favoreça, tornando-o, ainda em sede de Direitos Positivo, a tese que já sustentamos em 1983, de que somente os direitos patrimoniais, como a doação e a herança, estão condicionados (re-

solutivamente) a que nasça vivo; relembramos também, o insigne Romanista Catalano, o Código Civil Paraguaiense, de 1985 — que no artigo 31, tratando da representação, retoma o conceito de "pessoa por nascer" — e o Projeto de Código Civil Colombiano, de 1980, que rejeita a teoria da ficção, utilizando-se do conceito de ser humano para abarcar o concebido no ventre materno (artigo 35).

Ao tratarmos do início da vida, invocamos como argumento filosófico a doutrina aristotélica-tomista segundo a qual, desde a concepção, o homem traz em si o germe de ser racional.

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Boteilha Lluza — in prólogo do livro "Derecho a la Vida e Institución Familiar", de Gabriel del Estal, Madrid, Eapsa, 1979 — em lição lapidária, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe. Por isso, não é exato afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe.

Alcançando grande desenvolvimento nos dias atuais, a Perinatologia — ramo da Medicina dedicado primariamente ao feto e à criança recém-nascida — fez grandes conquistas em favor da saúde e do normal desenvolvimento do nascituro, através das técnicas de: amniocentese, transfusão de sangue na eritroblastose fetal, ultra-sonografia etc.

Quando à terapia médica, é possível administrar-se medicamentos a fetos, seja fornecendo a droga à mãe, seja dissolvendo-a no líquido amniótico. Mais recentemente, em 1980, em Chicago, há notícia de nove cirurgias intra-uterinas, bem-sucedidas, indicadas nos casos de hidrocefalia e hidronefrose. Isto demonstra que a Ciência se preocupa com o nascituro — seja embrião, seja feto — como ser autônomo e independente da mãe, procurando cada vez mais possibilitar-lhe o normal desenvolvimento tendo por objetivo o nascimento perfeito.

Examinadas as diversas correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica do nascituro, podemos reunir-las em três grandes grupos: doutrina natalista (considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida), doutrina da personalidade condicional, imprópria denominada "concepção" (considera que a personalidade começa com a concepção, sob a condição do nascimento com vida) e doutrina verdadeira concepcionista.

Colocamos-nos entre os adeptos da última que também tem por seguidores: José Tavares — in "Os Princípios Fundamentais do Direito Civil", Coimbra, Editora Limitada, 1928, v. II jurista português, e os juristas brasileiros, Teixeira de Freitas — in "Consolidação das Leis Civis", 3ª ed. Rio de Janeiro, H. Galier, Editor, 1986 e "Esboço de Código Civil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952 — Pontes de Miranda — in "Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas, Rio de Janeiro, Borsari, 1954, t. I e "Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Direito de Família, Direito Parental, Direito Protetivo, Rio de Janeiro, Editor Borsari, 1955, tomo IX — R. Limongi França — in op. cit. — Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro — in "Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro" São Paulo, Saraiva S/A, 1953.

Segundo pensamos, o nascituro tem personalidade desde a concepção. Quanto à capacidade de direito que não se confunde com personalidade, apenas certos efeitos de certos direitos, ou seja, os patrimoniais materiais, dependem do nascimento com vida, como o direito de receber doação e de receber herança (legítima e testamentária). Os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. O direito a alimentos, intimamente ligado ao direito à vida, independe do nascimento e, ao contrário, a ele objetiva, conforme já vé inquestionavelmente nos seguintes textos do Digesto: D. 37, 9, 1, 15, D. 37, 9, 5 e D. 37, 9, 6. A mesma independência se verifica quanto ao direito à curatela e à representação. O nascituro é titular desses direitos, desde a concepção e independentemente do nascimento com vida.

Ainda que possa haver discordância quanto ao início da vida, do ponto de vista filosófico e religioso, pode-se prescindir de tais argumentos para afirmar que, biologicamente, não há dúvida de que a vida começa com a fecundação e a vida viável, com a gravidez, que se inicia com a nidação.

Juridicamente também não há como negar-se personalidade ao nascituro o qual, em todas as legislações dos povos cultos, goza de certa capacidade jurídica de direito e de status, ambos elementos da personalidade, nem sempre dependentes do nascimento com vida.

A proteção ao direito à vida do nascituro, através da incriminação do aborto também é uma constante na legislação estrangeira com poucas exceções. Se há outros interesses protegidos na incriminação do aborto, como o interesse da estirpe e interesses demográficos do Estado, na verdade o bem jurídico tutelado é, primordialmente, o direito à vida, conforme o reconhecem os autores, entre os quais se incluem Vincenzo Lanza — "Sull'oggetto del delitto di aborto e sul concetto di persona nel diritto penali in Rivista di Diritto e Procedura Penali, Milano, 1918, páginas 211-15 — e EDUARDO NOVOA

ALDUNATE — in "El comienzo de la Existencia Humana y Protección Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Universidad Católica de Chile, Memoria, n.º 46, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

II. O NASCITURO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A despeito da redação aparentemente contraditória do artigo 4º do Código Civil que, estabelecendo o início da personalidade civil a partir do nascimento com vida, concede direitos e não expectativas de direitos ao nascituro, é possível conciliá-lo consigo mesmo e com todo o sistema agasalhado pelo Código que reconhece direitos e estados ao concebido, desde a concepção — nem sempre dependentes do nascimento com vida — em harmonia com os diplomas legais de outros ramos do Direito.

Utilizando-nos dos métodos lógico e sistemático de hermenêutica, entendemos que o artigo 4º em tela consagra a teoria concepcionista e não a teoria natalista, conforme tem sido erroneamente defendido pela maioria dos autores.

O nascituro é pessoa desde a concepção. Nem todos os direitos e estados a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como por exemplo: O estado de filho (art. 458 CC), de filho legítimo (artigos 337 e 338 CC), de filho reconhecido (artigo 353 CC), o direito à curatela (artigos 458 e 462 CC) e à representação (artigo 462 caput combinado com artigos 384, V e 385, todos do Código Civil), o direito à vida, ao qual se relaciona o direito a alimentos, o direito à integridade física (sato sensu), este último direito da personalidade no qual se compreendem o direito à integridade física stricto sensu e a saúde — direitos absolutos.

A personalidade — que não se confunde com capacidade — não é condicional. 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 da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento com vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve entender-se, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos reconhecem direitos (não expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou

dados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direitos subordinados à condição resolutiva. Fundamentam nosso entendimento os artigos 119, 1.186, 1.572, 1.778, todos do Código Civil e os artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil brasileiros.

A tomada de posição de que o nascituro é pessoa importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. Reitera nosso modo de ver quanto a não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido, pelo código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do artigo 4º que, ao contrário, se refere genericamente a "direitos do nascituro".

Entre os direitos que também podem ser a ele atribuídos incluem-se, por exemplo: direito de ser beneficiário de estipulação a favor de terceiro (artigo 1098 CC), direito de ser beneficiário de seguro de vida (artigo 1474 combinado com 1189, ambos do Código Civil), direito a alimentos (artigos 396 a 405 do Código Civil), direito à vida (artigo 1537 CC), direito à integridade física (stricto sensu) e à saúde (artigo 1538 CC).

Assim sendo, propomos que o projeto de Código Civil Brasileiro, bem como a legislação constituída, em geral, adote a orientação do esboço de Teixeira de Freitas, estabelecendo que a personalidade se inicie com a concepção e o nascimento seja expressamente considerado como sujeito de direito. Somente certos atributos de sua capacidade jurídica, notadamente a aquisição de direitos patrimoniais materiais, como a doação e herança ficaria resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida.

Quanto à responsabilidade civil por dano causado ao nascituro, entendemos ser indenizável a morte do "conceptus" porque ele é pessoa, desde a concepção, apesar da redação defeituosa do artigo 4º do Código Civil que deve ser interpretado de acordo com todo o sistema por ele agasalhado e não isoladamente. Não há razão aceitável para não se indenizar a morte do "conceptus" conforme orientação dos poucos acordados brasileiros que tratam da questão. Nem o mencionado artigo 4º autoriza tal entendimento.

Segundo pensamos, o fundamento legal para a indenização civil pela morte do nascituro é o mesmo para o do já nascido. Na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, os fundamentos legais são os artigos

159 CC, 1.537 CC e a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, que assim se enuncia: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". Tratando-se de culpa contratual, como no contrato de transporte, por exemplo, fundamento da responsabilidade civil é o próprio contrato que acarreta a presunção de culpa, pelo transportador. Nesse sentido é o artigo 17 do Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912 que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro e que a jurisprudência brasileira estendeu a todo tipo de transporte oneroso como o bonde, o ônibus, o táxi e a barca.

Mesmo se prescindir do questionável argumento de que o nascituro é pessoa, desde a concepção, a obrigação de reparar o dano que lhe causa a morte fundamenta-se no instituto da responsabilidade civil. O dano é moral e sua reparação — que visa a uma compensação e não a um ressarcimento — faz-se pelos mesmos critérios que norteiam a indenização pela morte de filho menor.

III. DIREITO CONSTITUINDO

A) O NASCITURO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Anteprojeto de Código Civil, de 1972, no artigo 3º, agasalhava dispositivo idêntico ao do artigo 4º do vigente Código Civil ("A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro").

O Projeto de Código Civil — Projeto de Lei n.º 634, de 1975, publicado no Diário do Congresso Nacional de 17 de maio de 1984, suplemento do n.º 047 — aprovado pela Câmara dos Deputados e ora em tramitação no Senado Federal, traz significativa inovação ao suprimir do texto anterior a expressão "desde a concepção".

"A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro".

Justifica o preclaro autor da Parte Geral do Projeto, Ministro Moreira Alves, em sua obra "A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro", 1.ª ed. Saraiva, 1986, página 86: "Do artigo 3º (atual 2º), suprimiram-se as palavras 'desde a concepção', para atender-se à objeção de que essa restrição entraria em choque com os artigos 2.007, I e 2.008 (atuais 1987, I e 1988) do Anteprojeto, os quais — como ocorre com o Código vigente (artigo 1.718) — admitem a sucessão os filhos ainda não concebidos ('non-dum concepti')."

Em que pese o grande respeito que devotamos ao insigne autor da Parte Geral do Código Civil Brasileiro, entendemos que a objeção a que pretende atender não pode ser acolhida pois o nascituro, ou "conceptus", não se assemelha nem se identifica com o "nondum conceptus" ou "conceptus" entre nós denominada "prole eventual". O nascituro já é pessoa, desde a concepção, no ventre materno, sem necessidade de valer-se da ficção, o que não ocorre com a prole eventual, pessoa ainda não concebida e que, eventualmente, poderá até nunca sê-lo. Ao introduzir-se no Projeto conceito genérico de nascituro para abarcar tanto o concebido, que é pessoa por nascer, com a pessoa futura ou não concebida (e que, eventualmente, nunca o será), equiparam-se dois conceitos que não se equivalem, nem no plano biológico nem no plano jurídico. Se há semelhança é entre pessoa nascida e pessoa concebida, conforme se vé na codificação latino-americana e na própria tradição brasileira, desde as Ordenações Afonsinas (Livro 3º, Título XVIII, § 7º), Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (artigo 1º), "Esboço" (artigos 63 a 61 e 221 a 227) do mesmo autor, Projeto de Felício dos Santos (artigo 77, § 1º); Projeto Primitivo (artigos 2º e 5º); Projeto Revisto (artigo 4º) ambos de Clóvis Beviláqua.

Embora o digno autor da Parte Geral do Projeto pretenda não incidir na crítica retromencionada, é de se salientar que o Projeto continua a fazer distinção entre "pessoa existente", "pessoa concebida" e "prole eventual", pois, enquanto o "caput" do artigo 1.821 legitima a suceder as pessoas existentes ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, o inciso I do artigo 1.822, dispõe que podem, ainda, ser chamados a suceder "Os filhos, ainda não concebidos", de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; continua, assim, agasalhando distinção entre "pessoa existente", "pessoa concebida" e "pessoa não-concebida" ou "prole eventual", o que demonstra que os dois últimos conceitos não se podem fundir em um único e genérico conceito de "nascituro", conforme entendemos.

Aplaudimos a observação do Professor Ordinário de Direito Romano da Universidade de Roma, Pierangelo Catalano — op. cit. —, no sentido de que o Projeto ao pretender assemelhar "nascituro" e "prole eventual" encontra suas raízes não declaradas nas teorias pandectistas da ficção e direitos sem sujeito. Como consequência, teremos de interpretar taxativamente o texto legal, só tabendo aos nascituros os direitos que expressamente lhes foram consagrados, semelhantemente ao que ocorre com outras codificações influenciadas pelos pandectistas e ao contrário do que propusemos, a luz do texto hoje vigente e na esteira do entendimento de outros autores, entre os quais o Magnífico Reitor da Universidade Externado de Bogotá, professor Fernando Hinestrosa, ex-Ministro da Justiça da Colômbia — in Studi Sassaresi, 1970-80, p.436 — a propósito da possibilidade de se admitir a adoção de nascituro, no âmbito de aplicação do Código Civil de Andrés Bello, ainda que não prevista em lei.

Quanto aos direitos expressamente reconhecidos ao nascituro, em cotejo com as disposições hoje vigentes, é de se lamentar que o Projeto tenha suprimido a adoção de nascituro que, ao contrário do que sustentam alguns, é de grande importância quando se encontrar na situação irregular descrita pelo inciso I, item b do Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.1979): isto é, privado de condições essenciais a sua subsistência e saúde por manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las.

Com efeito, o direito de subsistência (incluindo-se alimentos e adequada assistência médica pré-natal) lhe é reconhecido para que nasça vivo — como já reconhecido por Ulpiano in D. 37, 9, 1, 15 — e poderá ser consequência da adoção, como obrigação do adotante.

Contempla o projeto o direito de receber doação (artigo 542); atribui o estado de filho legítimo ao concebido na constância do casamento; estabelece o reconhecimento de nascituros (artigo 1.623 § único); o artigo 1.803 caput estatui que será dado curador ao nascituro, se o pai falecer estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder; se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (parágrafo único).

No Livro V. Direito das Sucessões, consagra inovação de primordial importância, a preencher lacuna no ordenamento, que é a outorga de capacidade sucessória ao conceptus, dentro da vocação hereditária, pois o código vigente a admite de modo excessivo, unicamente dentro da sucessão testamentária, conforme artigo 1.718, embora a doutrina a reconheça também quanto à sucessão legítima. A prole eventual só pode adquirir por testamento, estabelecendo o projeto o prazo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que seja concebido o herdeiro esperado (artigo 1.323 § 4º) inovando em relação ao código vigente que não estabelece prazo algum.

Não há mais dispositivos que contemplem expressamente direitos ao nascituro, cabendo à doutrina e jurisprudência analisar se, diante da redação do artigo 3º do projeto — que esperamos não prevaleça — será possível interpretação meramente exemplificativa e não tão-somente taxativa, conforme parece sugerir.

B) ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

1. A Assembléia Nacional Constituinte, instalada no ano de 1987, por meio da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher — Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, assim consignou no anteprojeto:

"Art. (...) São direitos e garantias individuais: I — a vida, desde a sua concepção até a morte natural, nos termos da lei;

2. No Parecer e Substituto da mesma Comissão, no Título I ("Dos Direitos e Liberdades Fundamentais") Capítulo I ("Dos Direitos Individuais") o artigo 3º, inciso I consagra:

"Artigo 3º — São direitos e liberdades individuais invioláveis: I — A vida, a existência digna e a integridade física e mental.

a) Adquire-se a condição de sujeito de direitos pelo nascimento com vida; b) A vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebeu ou a recebeu, é responsabilidade da mulher, comporta expectativa de direitos e será protegida por lei"; 3. No Anteprojeto da mesma Comissão a matéria está assim regulada: "Artigo 3º — São direitos e liberdades individuais invioláveis: I — A VIDA, A EXISTÊNCIA DIGNA E A INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL.

a) Adquire-se a condição de sujeito de direitos pelo nascimento com vida;

4. Tal dispositivo — que representa lamentável, inexplicável e inaceitável retrocesso, data venia — fulmina o nascituro como sujeito de direitos, rompendo com a secular tradição romanística Justiniana que consagra a paridade do nascituro com o nascido, como regra geral, sendo as exceções aplicáveis a algumas partes do Direito, anotando-se que não constitui ficção, mas sim constatação de uma realidade, conforme Juliano in Digesto 1.5.26, inteiramente aplaudido por Teixeira de Freitas, na nota 221 do Esboço de Código Civil, repellido crítica de Savigny. Contrapõe-se, destarte, também à tendência louvável das legislações da América Latina, no sentido de se ampliar os direitos do nascituro e não de restringi-lo, muito menos o de reduzi-lo ao nada jurídico. É de se ressaltar que nenhum dos Projetos de Código Civil, desde Teixeira de Freitas até o Projeto atual, pretendem tal redução, que oscilaram entre atribuir personalidade condicional ou incondicional ao nascimento com vida, mas sempre reconhecendo direitos em maior ou menor extensão.

Se prevalecer a norma em tela, o que esperamos não aconteça, possivelmente serão taxados de inconstitucionais quaisquer dispositivos que reconheçam direitos ao nascituro, no plano civil e nos demais ramos do Direito; valendo lembrar que o próprio direito à vida — direito primordial do nascituro — protegido com relevância pela incriminação do aborto, como regra, não poderá ser invocado em seu favor.

Aguardamos, pois, que uma maior reflexão possa orientar nossos constituintes para que, se o início da personalidade for objeto de texto constitucional — o que não ocorre no Projeto do deputado Bernardo Cabral que segue, destarte, a tradição brasileira —, seja ela fixada na concepção e não no nascimento com vida.

* Professora Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.

Constituição e soberania

KILDARE GONÇALVES CARVALHO*

"A recente aprovação, na Comissão de Sistematização, de emenda ao texto do eminente relator Bernardo Cabral, poderá introduzir, na Nova Constituição, técnicas da democracia direta, verbis:

"Art. 1º — a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado democrático de direito que visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político.

Parágrafo único — Todo o poder pertence ao povo, que o exerce por intermédio de representantes eleitos ou diretamente, nos casos previstos nesta constituição".

O exercício do poder político pelo povo tem suas raízes na Grécia antiga, onde as decisões eram tomadas em assembleias de cidadãos, sem a interferência de representantes.

A idéia de soberania não havia ainda sido concebida como a entendemos hoje, ou seja, o poder de mandar de última instância numa sociedade politicamente organizada.

Somente em fins do século XVI é que se concebeu a soberania como poder político incontestável, para se justificar o Estado absolutista, de concentração de poder, então emergente, eliminando-se os poderes intermediários dos senhores feudais.

O surgimento do Federalismo, da divisão dos poderes do Estado, e dos direitos fundamentais, incorporados ao constitucionalismo, provocou a ruptura do Estado absolutista e, por via de consequência, o conceito de soberania entrou em crise, pois o poder absoluto, uno e indivisível do Estado passou a ser fracionado e, portanto, limitado.

O fracionamento do poder do Estado tem-se agravado nos dias de hoje, em face da existência de grupos (sindicatos, entidades de classe etc.) e categorias sociais e econômicas cuja articulação compromete a plenitude do poder estatal.

Há, por isso mesmo, quem sustente que se vive o ocaso da soberania.

Essas reflexões têm profunda repercussão agora que se vota a Nova Constituição Brasileira.

A regra da democracia direta, se vier a ser consagrada na futura Constituição, introduzirá a participação do povo no exercício do poder político, sem a intermediação de representantes.

O substitutivo do eminente relator Bernardo Cabral, em fase de apreciação pela Assembléia Nacional Constituinte, prevê como meca-

nismo de exercício direto do poder pelo povo o plebiscito e o referendo, bem como a iniciativa popular para a apresentação de proposta de emenda à Constituição e de Projeto de Lei. Adota, portanto, o substitutivo técnicas da soberania popular, sem, no entanto, eliminar a soberania nacional, pois mantém a democracia indireta ou representativa.

A soberania popular conduz à democracia direta e a soberania nacional resulta na democracia indireta em que o poder político se exerce através de representantes eleitos pelo povo.

A soberania popular, se levada às últimas consequências, propiciará a desordem e o caos, pois as decisões populares, por serem episódicas, não atentam para o caráter permanente e duradouro das instituições.

Por sua vez, a soberania nacional, exercida por intermédio de representantes eleitos, pode afastar o povo do exercício do poder, ao eliminar o controle, pelo povo, dos atos praticados por seus representantes.

Razoável, portanto, a adoção de normas que permitam um equilíbrio entre as manifestações populares (democracia direta) e as deliberações políticas por intermédio dos representantes do povo (democracia indireta).

O exercício direto ou indireto do poder político se completa, na atualidade, com a influência, cada vez mais crescente, de novas forças de pressão que se manifestam através de grupos, organizações e categorias econômicas, sociais, culturais etc., interessados em obter resposta para suas propostas e anseios que podem até mesmo coincidir com os objetivos do Estado.

A presença, na estrutura do poder e do Estado, desses grupos, organizações e categorias, é uma realidade da democracia pluralista que deverá ser expressamente reconhecida na futura Constituição Brasileira (art. 1º da emenda já aprovada ao texto do substitutivo do relator Bernardo Cabral).

A participação popular, representativa, ideológica ou de classe, que se delimita no texto da futura Constituição Brasileira, não deverá significar a extinção da soberania como poder de mando superior, único capaz de manter a unidade do Estado e a coesão do seu corpo social em torno de valores que são, em essência, o fim último da Democracia".

* Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e ex-secretário do Estado do Governo de Minas Gerais.