

# O STATUS DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

FRANCISCO AMARAL

## 1. INTRODUÇÃO. A IMPORTÂNCIA DO TEMA.

A revolução científica e tecnológica que se desenvolve na sociedade contemporânea implica uma necessária revisão nos postulados do pensamento jurídico ocidental da modernidade, e convoca os juristas à reflexão sobre a crise de paradigmas que afeta o Direito, no seu conceito, nas suas categorias, e na metodologia de realização... Essa crise deve mudar a visão tradicional de mundo que nos foi legada e, conseqüentemente, a nossa ordem jurídica, na sua estrutura, funções, e fundamentos. E exige do jurista que desperte do sono dogmático do normativismo moderno que o levou a aceitar, passivamente, um dos mitos dessa modernidade, a categoria do sujeito abstrato de direito. Hoje a pessoa humana volta a ser o tema central da reflexão jurídica, considerada na sua concretude e substância ontológica e, por isso mesmo, valor fundamental... Permanece, como sempre, determinante para o direito.

Os temas que presidem este encontro, “Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica”, justificariam, cada um de per si, tratamentos específicos, cada qual mais importante. Em conjunto, tornam-se um desafio para os juristas e filósofos que aqui prazerosamente comparecem, para uma reflexão conjunta sobre os problemas que a pessoa humana ainda suscita na sociedade contemporânea, tecnológica, complexa, pluralista. Os progressos da medicina, com novas técnicas de tratamento, transplantes de órgãos e estudos sobre a morte, e da biologia, com o *controle da reprodução humana* (inseminação artificial, e fecundação *in vitro*), da *hereditariedade* (engenharia genética), do *sistema nervoso* (psicofarmacologia, da neurobiologia), assim como o desenvolvimento das ciências da comunicação, levantam problemas que a ética e o direito são chamados a resolver, a partir de uma ordem axiológica e jurídica que tenha necessariamente a pessoa humana como centro e valor fundamental

de uma sociedade e de um direito democrático. Um dos problemas cruciais que se apresenta nesse contexto é o da personalidade jurídica do nascituro, que surge “*como a questão central do novo biodireito, cujo rumo e destino dependem em grande medida das opções que se fizerem a respeito daquele problema*”<sup>1</sup>.

A esta mesa redonda compete discutir, portanto, sobre a pessoa humana, mais particularmente, a situação jurídica do nascituro no direito brasileiro.

Na reflexão sobre esse tema, que desde há muito, duas décadas pelo menos, suscita nosso interesse, ressalte-se a importante e decisiva contribuição de Mário Emílio Bigotte Chorão, em escritos e conferências, tanto em Portugal como em outros países, entre os quais destaco o Brasil, pelo interesse que nele têm suscitado suas idéias acerca da pessoa humana. É o nosso homenageado um notável pensador de inclinação antipositivista, sempre preocupado com os “princípios éticos concernentes à vida humana”, matéria que desenvolve no seu livro “Pessoa Humana, Direito e Política”, oportunamente editado agora pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Nele sustenta, como essência do realismo personalista, que “*a personalidade jurídica não é produto da simples determinação da lei, mas radica na personalidade natural, e adquire-se, não apenas com o nascimento, mas desde a concepção*”<sup>2</sup>. Mostra-se assim, intrépido defensor da concepção realista da personalidade humana.

Nesta matéria, minha ilustre colega a Doutora Silmara Chinelato e Almeida, professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e a maior especialista brasileira nessa matéria, e eu, pessoalmente, defendemos o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, não só como convicção própria mas também como singela homenagem aos juristas brasileiros que defenderam essa tese com ardor, Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Clóvis Beviláqua e, já no nosso tempo, Rubens Limongi França. Com esse sentido e, principalmente, com o intuito de associar-me, embora modestamente, à justa homenagem a Mário Emílio Bigotte Chorão, seja-me, portanto, permitido, tecer brevíssimas considerações sobre o tema no direito brasileiro, hoje enriquecido com as disposições do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002 que, sistema aberto dotado de princípios, valores, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, tem no personalismo ético seu principal fundamento, a implicar nova perspectiva de realização do direito privado.

## **2. O ESTATUTO JURÍDICO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO. ESTRUTURA E FUNDAMENTO.**

Acerca do início da personalidade jurídica do nascituro confrontam-se historicamente duas teorias, a) a natalista que, aparentemente, é a do Código

