

A TUTELA PROCESSUAL DO NASCITURO: O CONFLITO DE INTERESSES À LUZ DA TEORIA CONCEPCIONISTA

Luciana Ferreira da Silva¹
Celso Hiroshi Iocohama²

SILVA, L. F. da; IOCOHAMA, C. H. A tutela processual do nascituro: O conflito de interesse à luz da teoria concepcionista. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*. Umuarama. v. 23, n. 2, p. 207-225, jul./dez. 2020.

RESUMO: O estudo, por meio de revisão bibliográfica e interpretação do sistema processual, trata de uma lacuna quanto à legitimidade processual do nascituro, quando ocorre conflito de interesses entre esse e os seus genitores. Ao averiguar doutrinas relacionadas ao nascituro, bem como à luz da teoria concepcionista, observa-se que aquele que há de nascer é sujeito de direitos, portanto, considerado pessoa. Tomando como premissa os direitos fundamentais, o direito à vida está elevado ao patamar de condicionante dos demais direitos. Desse modo, é imprescindível que o nascituro durante as alegações, por parte de seus genitores para a interrupção da gravidez, tenha a possibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório. Entretanto, verifica-se que o nascituro não possui “voz” dentro do processo, já que esse não é representado, ensejando afronta ao princípio do devido processo legal, visto que ninguém poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal. Ao retratar o descaso frente à igualdade material do processo, e ao observar o inciso I, do art. 72 do Código de Processo Civil, conclui-se que a intervenção do curador protege a igualdade material e processual, já que o curador especial será nomeado ao incapaz quando o seu interesse não for o mesmo de seus genitores, possibilitando que este possa configurar como parte do processo, resguardando os princípios constitucionais e processuais.

PALAVRAS-CHAVE: O início da personalidade; O direito à vida; Igualdade material; Curador em nome do concebido.

THE PROCEDURAL PROTECTION OF THE UNBORN CHILD: THE CONFLICT OF INTERESTS IN THE LIGHT OF THE CONCEPTIONIST THEORY

ABSTRACT: This study, through a bibliographic review and interpretation of the

DOI: <https://doi.org/10.25110/rcjs.v23i2.2020.8463>

¹Acadêmica do Curso de Direito da UNIPAR - E-mail: luciana.s@edu.unipar.br

²Doutor em Direito (PUCSP). Doutor em Educação (USP) - E-mail: celso@prof.unipar.br

legal procedural system, addresses the gap related to the procedural legitimacy of the unborn child when there is a conflict of interest between this child and his/her progenitors. Upon researching doctrines related to the unborn child as well as doctrines related to the theory of conception, it can be observed that the one who is about to be born is subject to rights, thus, may be considered an individual. As a basis for the fundamental rights, the right to life is raised to the level of condition to the other rights. Thus, it is essential that the unborn child has the possibility to exercise their ample defense and have a fair hearing. However, it can be noted that the unborn child does not have a “voice” in the procedure because he or she is not represented, threatening the right to due process since nobody can be deprived of his/her assets without due process. Thus, upon reflection on the disregard of proportional equality of the procedure, and on studying item I in Article 72 of the Brazilian Code of Civil Procedure, it is concluded that the intervention of the guardian guarantees the proportional equality as well as procedure equality, since a special guardian will be appointed for the case when the interest of the unborn child is not the same as the will of their genitors, providing the opportunity to act as a party in the procedure, observing constitutional and procedural principles.

KEY WORDS: The beginning of the personality; Right to life; Proportional Equality; Guardian on behalf of the unborn child.

LA TUTELA PROCESAL DEL FETO: EL CONFLICTO DE INTERESES A LA LUZ DE LA TEORÍA CONCEPCIONISTA

RESUMEN: El estudio, a través de la revisión bibliográfica y la interpretación del sistema procesal, aborda una brecha en cuanto a la legitimidad procesal del feto, cuando existe un conflicto de intereses entre éste y sus padres. Al investigar doctrinas relacionadas con el feto, así como a la luz de la teoría concepcionista, se observa que el que va a nacer es sujeto de derechos, por tanto, considerado persona. Tomando como premisa los derechos fundamentales, el derecho a la vida se eleva al nivel de condicionamiento de los demás derechos. Por ello, es fundamental que el feto durante las alegaciones, por parte de sus padres para la interrupción del embarazo, tenga la posibilidad de ejercer la defensa amplia y contradictoria. Sin embargo, parece que el feto no tiene “voz” dentro del proceso, ya que no está representado, lo que da lugar a una afrenta al principio del debido proceso, ya que nadie puede ser privado de su patrimonio sin el debido proceso legal. Al retratar el desprecio por la igualdad material del proceso, y al observar el ítem I, del art. 72 del Código de Procedimiento Civil, se concluye que la intervención del curador ampara la igualdad material y procesal, ya que el curador especial será designado al incapacitado cuando su interés no sea el mismo que lo de sus padres, permitiéndole ser parte del proceso, salvaguardando

los principios constitucionales y procesales.

PALAVRAS CLAVE: El comienzo de la personalidad; El derecho a la vida; Igualdad material; Curador en nombre del concebido.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os estudos pertinentes aos direitos do nascituro, e os debates a respeito das principais correntes doutrinárias sobre o início da personalidade civil do homem, observa-se que os direitos daquele que há de nascer para a teoria natalista inicia-se após o nascimento, existindo mera expectativa de personalidade antes do fato que à concede.

Já a teoria concepcionista, defende o início da personalidade do homem, a partir da concepção, e não do nascimento com vida.

Por fim, a última corrente nomeada como a da personalidade condicional, aponta que a personalidade é reconhecida a partir da concepção, mas o reconhecimento dessa está condicionado ao nascimento com vida.

Ao adotar a corrente concepcionista, observa-se uma lacuna dentro do ordenamento jurídico ao se tratar da legitimidade processual do nascituro, visto que quando os seus genitores buscam a interrupção da gravidez, esse deveria participar do processo por meio de um curador especial, efetivando os princípios da ampla defesa e do contraditório, antes de qualquer decisão que lhe tire o seu bem maior, que é a vida.

O art. 5º da Constituição Federal dispõe em seu inciso LIV que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, bem como o art. 2º do Código Civil, que reconhece o nascituro como sujeito de direitos, como os patrimoniais, à saúde e à vida.

Isto é, já que o nascituro é sujeito de direitos, sendo um deles à vida, e a Constituição Federal assegura que ninguém será privado de seus bens sem cumprir todas as etapas do processo, torna-se factível a nomeação de um curador ao incapaz, conforme disposto no inciso I do art.72 do Código de Processo Civil, para que as partes possam dar continuidade ao processo de modo efetivo.

A figura do curador em auxílio àquele que há de nascer, assegura o cumprimento do princípio da igualdade, equiparando as partes dentro do processo, resguardando os princípios constitucionais e os direitos do nascituro.

Por meio de uma revisão bibliográfica sobre o início da personalidade, o direito à vida e à legitimidade processual do nascituro, que tornou-se salutar discorrer sobre o cumprimento dos princípios processuais diante da representatividade do nascituro por meio do curador especial.

2 O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO

O termo nascituro, segundo Silva (2014, p. 1433), é derivado do latim *nasciturus*, que significa o ser gerado no ventre materno; aquele que há de nascer, diferente do conceito de prole eventual, que está previsto no inciso I do artigo 1.799 do Código Civil Brasileiro, apontando que podem suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2002). Deveras, torna-se necessário diferenciar ambos, visto que na prole eventual os seres ainda não foram concebidos, e já o nascituro é um ser concebido.

Descreve Ana Luiza Boulos Ribeiro (2004, p. 27), que o início da personalidade civil do homem remonta diversas teorias à respeito do nascituro, visto que o art. 2º do Código Civil Brasileiro aponta que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

O artigo em questão gera diversos debates, pois alguns doutrinadores apontam que a personalidade civil começa a partir do nascimento com vida, outros que a personalidade civil começa desde a concepção, e alguns apontam que ela começa desde a concepção, sob a condição de nascer com vida.

A primeira teoria é a natalista, sob a perspectiva de Moreira de Paula (2004, p. 27), apontando que antes do nascimento aquele que há de nascer não é considerado ser humano, existindo somente mera expectativa de personalidade. Além disso, alegam que não possui existência própria por ainda não estar separado do ventre materno, e se fosse sujeito de direitos, também seria sujeito de obrigações. Nesse sentido aponta Pontes de Miranda:

[...]a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art.4º). No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (2000, p. 54).

Segundo essa corrente, se o nascituro fosse pessoa todos os direitos seriam automaticamente a ele conferidos sem a necessidade de diferentes textos normativos.

Portanto, afirmam que a lei permite conservar esses direitos, visto que ao nascer

poderá exercê-los, passando a ser considerado pessoa. É o que aduz Sérgio Semião:

Afirmam os natalistas que antes de nascer não é homem o fruto do corpo humano e não tem personalidade jurídica. Todavia, no período que decorre entre a concepção e o nascimento, existe uma expectativa de personalidade, por isso, é punido o aborto provocado. Tanto as leis penais como as leis civis reservam e acautelam direitos para o caso em que o nascituro venha à vida extrauterina. A lei considera a esperança de homem (expectativa de personalidade) como ente ao qual é justo conservar os direitos que, com o seu nascimento e existência como pessoa, lhes serão admitidos na qualidade de direitos (2000, p. 35).

Em contrapartida à teoria acima, é salutar discorrer sobre a teoria concepcionista, tomando como base o art. 2º do Código Civil Brasileiro, reconhecendo direitos e não expectativas de direitos. Nessa perspectiva, dizer que o nascituro possui direitos, é afirmar que ele é sujeito de direitos, e para Beviláqua (2007, p. 91) “pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações”. Observa-se que, na perspectiva de Berti (2016, p. 77-87), os direitos patrimoniais, à saúde e à vida (BERTI, 2016, p. 77-87), declararam que o nascituro é sujeito de direitos, configurando-se como pessoa no mundo jurídico. Nesse cenário, reitera Limongi França:

Filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico-tomista) o nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo ser: o homem, a pessoa (1996, p. 50).

A corrente concepcionista possui além de Limongi França, a concepcionista Silmara Chinelato afirmando que a personalidade civil do homem tem início após a concepção não estando subordinada ao nascimento

com vida, visto que o nascimento apenas aperfeiçoa um direito já existente. Assim, aponta Silmara Chinelato:

Não há que se falar em “personalidade condicional”, erro em que incorrem os que identificam personalidade e capacidade. Conforme demonstramos, a personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a (2000, p. 169).

Ocorre que a escola concepcionista, como bem descreve Moreira de Paula (2004, p. 41), divide-se em dois ramos, sendo a verdadeiramente concepcionista – já explicitada- e a concepcionista da personalidade condicional. Ao tratar da personalidade condicional, percebe-se que esta confere ao nascituro a condição de pessoa desde a concepção, mas está subordinada ao nascimento com vida. Segundo Ana Luiza Boulos Ribeiro (2010, p. 35), Clóvis Beviláqua foi um predecessor dessa doutrina, pois trouxe razões para sustentá-la, afirmando que a personalidade é reconhecida a partir da concepção, mas que o nascimento é uma confirmação dessa personalidade. Nas palavras de Clóvis Beviláqua:

[...] qualquer que seja a opinião aceita sobre o início da personalidade do ser humano, o nascimento é fato decisivo; no primeiro caso, porque confirma, se a criança nascer viva, ou anula, se nascer morta, a personalidade atribuída ao nascituro; no segundo caso porque assinala o momento inicial da vida jurídica do homem (2007, p. 97-101).

Apresenta-se segundo Bruna Valentina Moreira de Paula (2004, p.43), a corrente concepcionista como a mais viável, já que concede ao nascituro a personalidade jurídica desde a concepção, sem nenhuma condição para que essa se confirme. Ademais, aduz Silmara Chinelato (2000, p.163), que “o nascituro, sob o prisma biológico, é uma pessoa distinta da mãe, não constituindo simples parte de seu corpo”. Desta forma, o ordenamento lhe assegura direitos, resguardando sua integridade.

3 O DIREITO À VIDA

Dentre os direitos que o nascituro possui, necessário é observar além do

direito à vida, os direitos que estão condicionados a esse, como os patrimoniais, à saúde, entre outros. O direito patrimonial está previsto no art. 542 do Código Civil Brasileiro, dispondo que o nascituro pode ser donatário desde que o seu representante legal aceite.

Ademais, observa-se o direito à saúde que está contido no art. 196 da Constituição Federal, dispondo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Contudo, o escopo é tratar do direito à vida, previsto desde a primeira geração dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, *caput*, garante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988). Portanto, a titularidade desse direito se estende a todos. É nessa perspectiva que afirmam Sarlet, Marinoni e Mitidiero.

A titularidade do direito à vida é a mais ampla possível e é assegurada a qualquer pessoa natural, portanto, qualquer ser humano, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, visto que se trata de direito cuja titularidade inequivocamente se rege pelo princípio da universalidade e não pode ser reservada apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil (2017, p. 484).

Reforçando que a existência humana é condição primordial para o exercício dos demais direitos, já que é universalmente atribuída a qualquer pessoa, reitera Paulo Gustavo Gonet Branco:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse (2009, p. 393).

Além do texto normativo da Constituição Federal, existem outros que reforçam ainda mais o direito à vida em que o País é signatário, como os tratados

internacionais, legitimados no § 2º do art. 5º da Carta Magna, afirmando que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Nessa perspectiva, aponta Antônio Chaves:

Existe um conjunto de normas que podem ser rastreadas em todas as legislações, quando não explícitas, nelas contidas implicitamente e são tão essenciais que mal se concebem separadas do próprio conceito de civilização e de acatamento à pessoa humana. O respeito à vida e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer (1982, p. 435).

Diante o exposto, Moreira de Paula (2004, p. 79) apresenta-nos o Pacto de São José de Costa Rica, assinado em 22 de novembro de 1969, que entrou em vigor no ano de 1978, tornando-se o Decreto n. 678 no ano de 1992, sustentando em seu art. 1º, n. 2 que “para todos os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano” (BRASIL, 1992).

Assim, biologicamente não existe a possibilidade de o nascituro não pertencer à espécie humana. Ademais, o art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (BRASIL, 1992).

Sendo assim, apresenta-se a importância da representação do nascituro durante o processo que irá discutir um de seus direitos fundamentais que é a vida.

4 O CURADOR À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A palavra curador do latim *curator*, como bem descreve Silva (2014, p. 631), etimologicamente indica a pessoa que cuida e, ainda, sob seus ensinamentos, no mundo jurídico “[...] é tido para designar a pessoa a quem é dada a comissão ou o encargo com os poderes de *vigiar* (cuidar, tratar, administrar) os interesses de outra pessoa, que tal não pode fazer por si mesma”. O Código de Processo Civil em seu art. 72, inciso I prevê a nomeação de um curador especial ao “incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses desse colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade” (BRASIL, 2015). O objeto a ser trabalhado é o descrito anteriormente, mas, haja vista que o curador possui mais de uma função, tendo o escopo de garantir que as partes perpassem por todas as

etapas do processo, estando juridicamente representadas. Diante disso, aponta Marcus Vinícius:

O art. 72, do CPC, enumera quais são essas funções, que têm diferentes naturezas. Algumas vezes, o curador especial atuará como representante legal do incapaz que esteja provisoriamente privado de um representante definitivo. Outras, a sua função não será propriamente a de representar ou assistir o incapaz, mas assegurar o direito de defesa ao réu preso ou àquele que foi citado fictivamente (2017, p. 249).

O art. 1.779 do Código Civil Brasileiro prevê a hipótese em que o nascituro será representado por meio de um curador especial. Mais conhecido como curador ao ventre, Moreira de Paula (2004, p. 115) discorre que esse será nomeado nas circunstâncias em que a mulher grávida enviuar e não estiver apta para exercer as condições do poder familiar, mas desde que o nascituro receba alguma herança, legado ou doação. Nesse sentido, expõe Flávio Taturce:

O primeiro dispositivo trata da curatela do nascituro, possível se o seu suposto pai falecer e estando grávida a mulher, esta não possui o poder familiar. Eventualmente, se a mulher estiver interdita, seu curador será também o do nascituro. Entendo que o dispositivo reforça a teoria concepcionista, pela qual o nascituro é pessoa, seguida por esse autor. Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil de 2002 dá a este o tratamento de uma pessoa absolutamente incapaz (2019, p. 2.913).

É fato, salienta Moreira de Paula (2004, p.116), que se ao nascer, ainda perdurar a ausência do exercício do poder familiar, esse não poderá ser mais representado por um curador, sendo necessário a nomeação de um tutor ao caso. Contudo, antes do nascimento é necessário nomear esse para proteger os interesses do nascituro, e impedir possíveis fraudes, aponta Márcio Martins Moreira:

Mais uma vez o Código Civil deseja salvaguardar os interesses do nascituro, disciplinando a curadoria ao ventre. Nesse sentido, Silmara Chinelato, ainda sob a égide da legislação precedente, citando Pontes de Miranda, leciona ‘Pontes de Miranda esclarece que dois são os fins da curadoria ao ventre: velar pelos interesses

do nascituro e impedir em favor dele e de terceiros a suposição, a substituição e a supressão do parto (2003, p. 51 e 52).

É notável o papel exercido pelo curador, visto que além de amparar o nascituro juridicamente, garante ao mesmo a efetivação do princípio da igualdade.

O princípio da isonomia está alçado no art. 5º da Constituição Federal, postulando que “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, [...]” (BRASIL, 1988). Assim, nas palavras de Humberto Ávila.

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim) (2011, p. 162).

Ao tratar de matéria processual entende-se que é necessário dar às partes tratamento igualitário, ou seja, os sujeitos do processo não podem receber tratamento diverso. O art. 7º do Código de Processo Civil aduz que é assegurado “às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais [...]” (BRASIL, 2015).

Deveras, tratar de modo igualitário está dentro da esfera formal, devendo ser aplicada a isonomia real, pois ela leva em consideração as diversidades, permitindo que dentro do processo os sujeitos recebam tratamento desigual para tornarem-se iguais. Nessa perspectiva, reitera Fredie Souza Didier Júnior:

É importante, no entanto, registrar que o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado.

Por mais paradoxal que possa ser, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes. (2017, p. 112).

A isonomia real, ocorreria com ações diferentes para ambas as partes dentro do processo, mas, nas palavras de Bandeira de Mello (2017, p. 23), “o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”. É nesse aspecto que o nascituro possui legitimidade para ser representado por meio de um curador especial.

O objetivo principal da igualdade material é impedir que ocorra favoritismos e garantir o pleno exercício de um direito, já que a lei não pode prever as situações com inúmeras especificidades. É o que salienta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional dos “Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos (2017, p. 23).

É, nessa perspectiva que se assevera a importância de atribuir um curador ao nascituro quando há de se discutir a vida, visto que a isonomia é atribuída a todos, bem como ao nascituro, pois também é sujeito de direitos. Consequentemente, o curador trará efetividade para o processo, permitindo que ambos litiguem em paridade de armas e com maior convicção. Diante do exposto, sobre a igualdade apontam Cintra, Grinover e Dinamarco:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade em armas* sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra (2015, p. 78).

Assim, o curador estaria em total harmonia com o princípio da igualdade efetivando direitos, mais princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa em nome do nascituro.

5 A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO

Ao verificar a tomada de decisões que diz respeito à vida do nascituro, é possível vislumbrar a escassez do princípio da isonomia. Sendo o princípio

uma forma de garantir o pleno exercício do direito à vida, que sob a ótica de Alexandre de Moraes (2017, p. 47) “é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”, deveria receber mais atenção do ordenamento jurídico.

Ao esmiuçar o art. 72 do Código de Processo Civil, novamente, é possível à luz do seu inciso I, ampliar as hipóteses de nomeação do curador especial, visto que, quando os genitores buscam a Justiça para a ocorrência de uma possível interrupção da gravidez, o nascituro não tem alguém que configure como parte, resguardando e defendendo os seus interesses no processo. Contudo, está claro que ocorre um conflito de interesses e, diante o exposto, é viável reiterar o dispositivo nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Também haverá necessidade de nomeação quando o incapaz tiver representante legal, mas houver de figurar em processo em que os seus interesses colidam com os daquele. O incapaz será representado pelo curador especial no processo, embora nos demais atos da vida civil e em outros processos continue sendo pelo representante originário (2017, p. 250, grifo do autor).

Dentre os princípios processuais, encontra-se o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Este princípio sob a ótica formal garante que às partes sejam assegurados dentro do processo, procedimentos que estejam de acordo com as previsões constitucionais, tendo consequências que também estejam previstas em lei. Segundo Wambier e Talamini:

Isso quer dizer que toda e qualquer interferência negativa que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade e integridade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais (2016, p. 75).

O curador especial deve ser arguido, para que o processo não seja apenas existência, mas efetividade. Segundo a teoria conceptionista o nascituro é sujeito de direitos, portanto também é pessoa, assim sendo, também está submetido aos conteúdos normativos, sendo um deles o devido processo legal. No entanto, compreender-se-á sua incapacidade para o exercício de tais direitos,

sendo necessário a nomeação de um curador especial para discutir o bem jurídico. Ainda, reforçando a ideia de que o devido processo legal não é apenas existência de aspectos formais, aponta Cintra, Grinover e Dinamarco:

Em sua perspectiva processual (procedural due process) é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. São garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (2015, p. 107).

Dentre as diversas garantias que proporciona o devido processo legal, é possível destacar os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Além disso, o art. 9º do Código de Processo Civil assegura em seu *caput* que “ não se proferirá decisão contra as partes sem que ela seja previamente ouvida” (BRASIL, 2015). Destarte, o art. 10 do Código de Processo Civil impede que o juiz tome decisões com base em fundamentos que as partes não tiveram oportunidade de manifestar-se.

Ao observar que os genitores buscam a interrupção da gravidez, a estes é dado a possibilidade de arguir os dispositivos que fundamentam suas motivações, inclusive, ter ciência das etapas do processo. Não obstante, também é necessário que o nascituro seja parte no processo de modo efetivo, visto que o seu interesse está em colisão com o de seus genitores.

A nomeação do curador não irá impedir que a Justiça tome decisões contrárias ao interesse daquele que há de nascer, mas, irá garantir que esse sujeito seja representado, tendo a possibilidade exercer o contraditório e a ampla defesa.

O princípio do contraditório é salutar, pois visa dar ciência aos interessados no processo sobre sua existência e o seu andamento, ou seja, o princípio busca transmitir informações que serão fundamentais, para que as partes possam manifestar-se tendo conhecimento dos atos do processo. É o que afirma Marcus Víncius Rios Gonçalves:

Do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência aos réus, executados e interessados, da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar e ciência do que se passa, pois, sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar (2017, p. 89).

O princípio carrega tamanha importância, pois está intimamente ligado à bilateralidade do processo que enseja no conhecer e reagir as alegações feitas. Isto é, quando os genitores apresentarem documentos ou provas, que fundamentem suas alegações, também cabe ao curador ter ciência deles para manifestar-se diante o exposto. Nesse seguimento, salienta Wambier e Talamini:

Por um lado, ele implica a paridade de tratamento e a bilateralidade da audiência, que é resumida no binômio ciência e reação. Ou seja, é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido judicialmente formulado contra si, bem como dar ciência de todos os atos do processuais, subsequentes, às partes (autor e réu) e demais sujeitos que participam do processo (p. ex., Ministério Público, assistentes etc.), permitindo-lhes sempre reagir, responder a tais atos, e produzir provas para demonstrar as alegações formuladas em suas manifestações (ou para derrubar as alegações feitas pelo adversário) (2016, p. 77).

O contraditório, por certo, é ferramenta essencial para a efetividade do processo, ou seja, o juiz não pode suprimi-lo na tentativa de evitar a mora.

A supressão de tal princípio estaria ferindo o devido processo legal, já que esse tem por objetivo evitar que ocorra decisões a partir de procedimentos equivocados. Ademais, é necessário observar que ele não deve apenas ser um aspecto formal, pois é necessário que as partes sejam tratadas não apenas de modo igualitário, mas cientificadas através de conteúdos completos, que respeitem a observância do princípio. É nesse sentido que aduz Cintra, Grinover e Dinamarco:

O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar *o periculum in mora*, *provê inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 932, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente

a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo inconstitucionais as normas que não o respeitem (2015, p. 81).

Visto que não há contraditório sem a ocorrência de defesa, torna-se necessário discorrer sobre o princípio da ampla defesa, pois está em conexão com o contraditório. É o direito que as partes possuem de fazer alegações, serem ouvidas pelo Judiciário. Afirmam Wambier e Talamini (2016, p.76): “uma vez que se garante que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ter sua apreciação pela Jurisdição excluída, é certo que também o réu (i.e., o adversário daquele que foi pedir a proteção judicial) tem o direito de ser ouvido pelo Judiciário “

Diga-se, ainda, nas palavras de Didier Júnior (2017, p. 100), que “a ampla defesa é ‘direito fundamental de ambas as partes’, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório”. Desse modo, deve o juiz ouvir as partes com imparcialidade, sem deixar de apreciar o que a outra tem a dizer, como bem descreve Cintra, Grinover e Dinamarco:

O juiz por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra. Somente assim se dará à ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz (2015, p. 79).

A afirmação de Didier Júnior reitera, ainda mais, a visão de que o nascituro precisa ser “ouvido” e representado antes de qualquer ato que lhe retire à vida ao afirmar que, a ampla defesa é um direito fundamental de ambas as partes. Nesse contexto, o curador especial não viria apenas para representar o sujeito que há de nascer, mas, garantir que os princípios não passem de mero aspectos formais. Além disso, visto que o demandante é aquele que entra com a ação pleiteando um direito, nada mais viável que também “dar ouvidos” ao demandado, salientam Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

O direito à ampla defesa constitui direito do demandado. É direito que respeita ao polo passivo do processo. O direito de defesa é direito à resistência no processo e, à luz da necessidade de paridade de armas no processo, deve ser simetricamente construído a partir do direito de ação

(2017, p. 484).

Sabe-se que é importante assegurar que o nascituro tenha legitimidade no processo como parte, principalmente por tratar-se de um direito essencial para a efetivação dos demais.

Ao retomar os posicionamentos da teoria concepcionista, é visível contemplar a figura de um ser que há nascer. É sujeito de direitos, portanto, é pessoa. Ademais, por meio dos princípios apresentados, não é viável, por exemplo, comportar exceções ao tratar dos sujeitos, visto que o princípio da igualdade reforça a ideia de que todos são iguais perante a lei, mas, se for necessário para que ocorra a efetividade material de tal princípio é possível agir com diferenças, para tornar as partes iguais, isto é, tratando os desiguais na medida de sua desigualdade.

Efetivar o princípio da isonomia está ligado à nomeação do curador especial ao nascituro, visto que os seus genitores por serem pessoas capazes podem defender suas alegações. Contudo, o nascituro por ser incapaz ainda não responde diretamente. Assim, o art. 72, inciso I do Código de Processo Civil aduz que será nomeado curador especial ao “incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade” (BRASIL, 2015). É nesse sentido que torna-se legítimo nomear um curador ao sujeito que há de nascer.

É, portanto, salutar a nomeação de um curador, pois sem ele o nascituro viveria em um contínuo espaço de direitos declarados, visto que o ordenamento reconhece direitos, mas, falha ao debater o direito que condiciona os demais.

A situação descrita assemelha-se com a perspectiva do italiano Giorgio Agamben, em seu livro o “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*”, publicado no ano de 1995, descrevendo à vida do sujeito destituído dos direitos que lhe deviam ser assegurados:

[...], visto que qualquer um pode matá-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto a todo instante a uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o banuiu (2007, p. 189).

As afirmações de Agamben elevam a importância de debater a possibilidade do nascituro possuir maior representatividade no âmbito processual, principalmente quando vão discutir sobre o direito à vida, para que este não

receba decisão contrária de um direito que lhe pertence sem antes ser ouvido pelo Poder Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que muito se discute sobre o início da personalidade, mas, é fato que os direitos do nascituro estão resguardados dentro de ordenamento jurídico, como o direito à vida. No entanto, ao tratar-se da efetividade material na esfera processual observa-se uma lacuna, pois quando os genitores buscam a interrupção da gravidez, os atos do processo acabam sendo unilaterais.

É diante disso que arguiu o princípio da igualdade, visto que segundo a teoria concepcionista o nascituro é pessoa, porém, ainda é incapaz, sendo necessário nomear um curador especial ao caso, já que ninguém pode ser privado de seus bens sem antes passar por todas as etapas do processo. Ademais, observa-se que ao tratar do direito à vida, é necessário tomar medidas cautelosas, tendo como incentivo o fato dele condicionar os demais direitos.

Compreende-se que, é necessário proporcionar ao nascituro o direito de conhecer os atos do processo, por meio de um curador especial que não apenas irá contribuir com a igualdade material, mas, agir em defesa do nascituro, para que este não seja vítima de um sistema de direitos declarados sem garantia.

Pelo que foi analisado, pode-se concluir que o curador não só irá efetivar os princípios constitucionais, bem como a verdadeira essência do processo, mas, permitir que ambos possam receber um resultado com maior convicção respeitando a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERTI, Silma Mendes. Os direitos do nascituro. In: TAITSON, Paulo Franco, *et al.* **Bioética**: vida e morte. 2 ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do direito civil**. São Paulo: Servanda, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. Brasília, DF: Câmara, 2012.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Senado Federal, 2015. Disponível em: encurtador.com.br/qvAOS. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 06 de janeiro de 2002**. Código Civil. Senado Federal, 2002. Disponível em: encurtador.com.br/gkDV3. Acesso em: 10 out. 2020.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. Parte geral. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULA, Bruna Valentina Moreira de. **A legitimidade processual do nascituro**. 2004. 139 f. Dissertação de Mestrado. Universidade Paranaense.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RIBEIRO, Ana Luiza Boulos. 2010. 124 f. **O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15032013-093434/en.php>. Acesso em: 02 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TATURCE, Flávio, *et al.* **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMANINI, Eduardo. **Curso avançado de direito civil: teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.