

A DEFESA JUDICIAL DO NASCITURO

CLEBER FRANCISCO ALVES
2º Secretário da UJUCARJ
Mestre e Doutor em Direito (PUC-Rio)
Pós-Doutorado – Universidade de Londres
Professor Titular da Universidade Católica de Petrópolis
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFF
Defensor Público

- Qual o “status” jurídico do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro atual?
- Embora não tenha “personalidade jurídica”, é “titular” de Direitos, na forma do Art. 2º, do CCB (o mais importante deles, seria então o direito de nascer!);
- Sua condição de ente vivo, qualificado como um “ser” (distinto/único, embora dependente de sua mãe), já integrante da espécie humana, acarreta essa proteção por via da tutela penal (art. 124 a 126, CP)

- O “status” do nascituro no ordenamento jurídico internacional:
 - Art 4º, item I, do “Pacto de San José da Costa Rica” (Decreto Federal 678/1992):

“Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei e, em geral, desde a concepção”
 - Essa norma foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro com “status” de norma SUPRA LEGAL (quase equiparada a norma constitucional, cf. Art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

- Sendo titular de direitos “protegíveis”, mas sem personalidade jurídica, cabe aos pais primordialmente (em particular à mãe) representar o nascituro quando necessário promover medida judicial destinada à proteção de seus direitos.
- A postulação em Juízo para tutela desses direitos deve ser feita (por iniciativa dos pais) através da ADVOCACIA ou da DEFENSORIA PÚBLICA conforme a condição econômica respectiva.

- De acordo com a EC 80/2015, (Art. 134, CRFB) – A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

- De acordo com a LC 80/1994, (alterada pela LC 132/2009) – Cabe à Defensoria Pública:
- Art. 4º , Inciso X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.
- Surge aí um embasamento legal para atuação da DP, inclusive em nome próprio, com atribuição de “legitimação extraordinária”.

- Considerando o novo papel e missão institucional da DEFENSORIA PÚBLICA, especialmente se se tratar de aspectos não patrimoniais, em que se verifique situação de VULNERABILIDADE do nascituro, seus direitos podem vir a ser postulados por intermédio da DP, independentemente da situação econômica dos pais.
- Também em caso de conflito de interesses, ainda que sem previsão expressa em lei, a postulação/defesa em Juízo de direitos do nascituro deve caber à DEFENSORIA PÚBLICA (como Curador Especial)

- Seria possível, inclusive, aplicar a tese da “legitimação extraordinária” da Defensoria Pública para tutela dos “vulneráveis” (necessitados, no sentido amplo!): ou seja, a DP postulando “em nome próprio” para tutelar direito alheio (do nascituro)!
- Nos casos de aborto “legal“, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, há um manifesto “conflito de interesses” entre a gestante (quando ela postula em Juízo pela interrupção da gravidez) e o nascituro (cuja pretensão é permanecer vivo...)

- Nesses casos, parece haver um evidente “defeito” no nosso modelo atual do “Devido Processo Legal”, o qual supõe – para uma decisão “justa” – uma garantia de “paridade”, e de observância de “contraditório” entre as posições jurídicas em conflito.
- Então, apesar de não haver lei expressa, parece inequívoco que o juiz teria sempre que nomear um “Curador Especial” para atuar no processo, como “representante” do nascituro (esse papel não se “encaixa” na configuração “constitucional” prevista para o **MINISTÉRIO PÚBLICO!**).

- Em outras palavras, diante de eventual pretensão da gestante (amparada em lei) de interrupção da gravidez e do interesse do nascituro (também juridicamente tutelável) de permanecer vivo **parece necessária a presença de um “ator processual” com o *múnus de representar o nascituro.***
- Esse mister tem que ser desempenhado por um Defensor Público, tendo em vista o perfil constitucional e legal estabelecido para a instituição, a quem cabe – com exclusividade – o desempenho do *múnus de “Curador Especial”*.

- Ainda que a pretensão da gestante (caso ela seja hipossuficiente econômica) esteja sendo postulada por intermédio da Defensoria Pública, consideramos que o Juiz teria de encaminhar o processo a outro Defensor Público, na condição de “tabelar”, para officiar no caso: de modo a assegurar o contraditório e ampla defesa dos direitos do nascituro!
- Seria desejável definir tal atribuição em lei (seja uma lei avulsa ou por um dispositivo no projetado “Estatuto do Nascituro”).

- **CONCLUSÃO:** em qualquer processo judicial em que uma gestante postule autorização para interrupção da gravidez, ainda que por motivo legalmente admitido na Lei, em respeito ao princípio do contraditório, é necessário assegurar a participação de um agente processual específico com o encargo de representar o nascituro. A esse agente processual competirá postular os direitos desse “ser humano vivo”, cuja expectativa fundamental é apenas a de poder vir a nascer. Essa atuação processual é um dever legal/constitucional da Defensoria Pública.