

# A CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO NASCITURO (OU A CRISE DO POSITIVISMO LEGALISTA)

Diogo Leite de Campos\*

## 1 – PESSOA E DIREITOS DA PERSONALIDADE.



estatuto jurídico da pessoa depende, nos seus traços fundamentais, da personalidade, do ser pessoa. Assim, os direitos humanos (da personalidade, de ser humano) decorrem do valor moral da pessoa e da dignidade de ser pessoa.

De entre os direitos da pessoa, encontramos certos direitos naturais ou fundamentais, como o direito à vida e o direito à igualdade.<sup>1</sup>

A estes direitos correspondem deveres correlativos, obrigações gerais de abstenção.

Os direitos humanos exigem e determinam uma correspondente protecção jurídica.

Como direitos humanos (fundamentais) servem de fundamento legitimador dos sistemas jurídicos,<sup>2</sup> situando-se portanto no nível superior da hierarquia normativa.<sup>3</sup>

Decorrendo esses direitos da autonomia da pessoa perante o mundo externo, Direito incluído, em relação ao qual são anteriores e superiores. Justificando os direitos fundamentais a

---

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra (jubilado).

<sup>1</sup> Para uma crítica à noção de direitos humanos enquanto instrumento (historicamente situado) de relevância jurídica da pessoa humana, vd., por todos, Michel Villey, *le Droit et les droits de l'homme*, Paris 1983; e Giovanni Ambrosetti, *Diritto naturale*, 2ª ed., Milano, 1985. Tb. Diogo Leite de Campos, *Os direitos da personalidade. Categoria em reapreciação*, *Dereito*, Revista Xurídica, Universidade de Compostela, II, 2 e Nós - Estudos sobre o Direito das pessoas, Almedina, Coimbra, 2005.

<sup>2</sup> António E. Perez – Luño, *Derechos humanos*, Madrid, 1984, pág. 31

<sup>3</sup> Gregorio Peces – Barba, *Derechos fundamentales*, Latina, Madrid, 1980, pág. 19.

existência, origem e conteúdo do sistema jurídico.<sup>4</sup>

Sendo assim, é a pessoa humana (as pessoas humanas) que cria o Direito que é feito para ela; nesta medida, em matéria de pessoas, a antropologia, a ética, a biologia, etc., são Direito e direitos (ou, pelo menos, o seu fundamento e conteúdo). Contrariando o positivismo para o qual o Direito – reduzido à força de aplicação da norma – é independente da antropologia, da ética, da biologia, etc. Confundindo-se com o Estado. Sendo o legal igual ao justo. Afirmo, pelo contrário, que a pessoa humana é superior às normas legais que devem ser assentes sobre ela e justificadas por ela.

Concluo, pois, que toda e qualquer pessoa humana determina o reconhecimento da sua personalidade e capacidade jurídicas plenas. Não me refiro à capacidade de exercício que depende da “circunstância” de cada um.

Sendo tais personalidade e capacidade reconhecidas pelo Direito a todas as pessoas em termos de igualdade.

## 2 – COMEÇO DA PERSONALIDADE HUMANA E DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A concepção tradicional sobre o começo da personalidade humana – pessoa é todo o ser (humano) nascido vivo e viável – está dominada pela concepção aristotélica da alma vegetativa ou nutritiva, faculdade de crescimento e de reprodução; da alma animal ou sensitiva, faculdade de sentir, de desejar e de se mover; e da alma razoável ou pensante, faculdade de humanidade – esta sendo adquirida no momento do nascimento.

Esta concepção sobre o começo da personalidade humana veio influenciar legislações que fazem depender a perso-

---

<sup>4</sup> Liborio Hierro, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía de Derecho, in António Marzal, Cond, El núcleo duro de los derechos humanos, J. M. Bosch Editor, s. d., pág. 25.

nalidade jurídica do nascimento (com vida – artigo 66º, 1 do Código Civil português), ou, mesmo, da viabilidade do nascido.

Contudo, tal concepção é pré – científica – ou, pelo menos, “pré – ecológica” – fundando-se na ignorância da vida pré – natal (o ser que nascia era precedido de um mistério que fazia rezear os monstros e os lobisomens), em termos de o nascimento ser uma descoberta – um «dar à luz» das trevas do ventre.<sup>5</sup> Este ponto de vista é insustentável pela ciência contemporânea que sabe que a criança concebida é um ser humano (capaz de sensações, de sentimentos, de resposta a estímulos sensoriais externos, de reconhecimento da voz dos pais, etc.) e que o nascimento não é um começo mas é um passo (como «passar de uma sala para a outra», se quiséssemos parafrasear a imperatriz Maria Teresa de Áustria, a propósito da morte). É, pois, necessário «acabar» com o nascimento.

As «normas» contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento, então, portanto, naturalmente *gastas e ultrapassadas*<sup>6</sup>

O discurso para se atingir o conhecimento do início da personalidade jurídica tem, pois, de ser diverso.

Todas as grandes normas de ordenação social assentam no facto de cada ser humano, ao reconhecer em si uma vida humana com valor infinito – que é a sua essência – reconhecer em todos os outros «humanos» a mesma dignidade, reflectindo-se esse reconhecimento em si mesmo com o consequente reforço da sua própria dignidade humana.

O problema que se põe é, pois, o de saber quando o ser humano reconhece o início da sua vida (e dos outros), logo o início da sua personalidade humana.

---

<sup>5</sup> Passo a seguir o que escrevi em Lições de Direito de Família e das Sucessões, Coimbra, Almedina, págs. 510 e sgs.

<sup>6</sup> Sobre este fenómeno ver F. Terré, La crise de loi, A. Ph. Droit, 1963, páginas 67 e seguintes; e G. Burdeau, Le Dépassement de la loi, A. Ph. Droit, 1963, págs. 35 e sgs.).

Hoje, é difícil negar que esse reconhecimento da vida se opera a partir da concepção.<sup>7</sup>

Como ser histórico, o homem reconhece-se um início, com a concepção, momento a partir do qual ele é referido, e se refere, como alguém já existente: é «ele» que está (estava) no ventre de sua mãe.

Reconhece, conseqüentemente, o mesmo início da «história» de qualquer outro ser humano, da sua personalidade humana (biológica).

A partir daqui, é só dar um passo para determinar o início da personalidade jurídica.

Hoje, com as modernas técnicas de reconhecimento da vida intra - uterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, conhecer os seus movimentos; as suas reacções a estímulos sonoros; ver a sua cabeça mover-se no sentido da voz do pai; “fotografar” ecograficamente o seu rosto e dizer com quem é parecido. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intra-uterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o inter - relacionamento do filho com a mãe. É possível ver o nascituro a defender-se da morte que lhe vão dar e sentir o seu sofrimento como o de qualquer outro ser humano.<sup>8</sup>

Pretender que o nascituro é algo de diferente de um ser humano, é recuar para uma época em que os conhecimentos de biologia eram inexistentes ou quase. Uma época pré - ecográfica, em que a gestação estava rodeada de um mistério de onde poderiam resultar lobisomens ou animais monstruosos.

Mas não haverá, antes do nascimento, fases de transformação, fracturas entre o “não - ser humano” e o ser humano?

Todos os movimentos de transição apontados são arbi-

---

<sup>7</sup> Diogo Leite de Campos, “O estatuto jurídico do nascituro”, in “Nós - Estudos de Direito das pessoas”, cit.

<sup>8</sup> Vd. Diogo Leite de Campos, “A criança - sujeito: a vida intra - uterina”, in “Nós - Estudos de Direito das pessoas”, cit.

trários: a fase de desenvolvimento anterior não apresenta diferenças que permitam concluir que, antes, não há um ser humano e que um segundo, um minuto ou uma hora depois, já há.

Suponha-se que a transição para a humanidade só se dá com o nascimento pois só com este se entra na vida de relação; e só com o nascimento o “ser humano” viverá autonomamente.

Contudo, um recém-nascido nada mais é que um “mori-turo”, um “nascituro” que mudou de lugar e se adaptou a este, passando a respirar ar.

A vida de relação já existia no ventre da mãe, com mais intensidade do que nos primeiros dias de vida.

Quanto à autonomia, um recém-nascido com uma gestação de vinte e cinco semanas é menos autônomo do que um nascituro, no útero materno, com trinta e sete semanas.

Que razão, pois, para recusar a personalidade humana ao segundo, e afirmá-la quanto ao primeiro?

Suponhamos que se marca o início da humanidade no momento do nascimento com viabilidade.

Mas o certo é que a viabilidade depende muito do estado da ciência e da técnica. Mais: das condições técnicas que rodeiam o nascimento.

E, seguramente, a personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muito jovens, muito idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para a sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos estes seres humanos o são, são pessoas. E que todos os cuidados e meios devem ser postos ao seu serviço.

Novamente interrogados sobre os seus fundamentos, os que consideram legítimo dar-se a morte ao nascituro negam o “contínuo” entre a pessoa em sentido biológico, a pessoa humana e a pessoa jurídica. Para haver uma vida humana, não

bastaria haver uma vida biologicamente “humana”: seria necessário que intervissem considerações humanas, sociais e económicas que permitissem que se considerasse tal vida uma vida humana. Ou, em outra perspectiva, que não retirassem humanidade a essa vida.

Na verdade, faz-se intervir aqui uma ponderação de interesses.

Apontam-se interesses superiores à desta vida: esta pode ser eliminada em nome destes interesses. Seriam estes, sobretudo: a vida, a saúde física ou psicológica da mãe; malformações do nascituro, fazendo surgir o interesse deste em não nascer (“não existir”) e o interesse dos pais em não terem de o criar “para nada”; a insuficiência de meios económicos da sua família para o criar; etc.

Quando se desloca o problema para o plano de interesses, da força, da vontade dos mais poderosos, o debate não pode continuar. Pois não há interesses ou valores superiores à vida humana. E o Direito sobreleva as forças.

Qualquer norma que se refira à personalidade jurídica não é constitutiva: não é mais do que o reconhecimento de um direito. «A personalidade jurídica... é um direito inato, um facto originário... pertence a todo o indivíduo vivo. Advém-lhe com a vida. Fundado sobre a natureza, sobre a biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida: é a vida que reclama - que exige desde que existe e quando dura - ser reconhecida. Forte com a sua conformidade à natureza (ao direito natural) este princípio positivo governa a aquisição e a perda da personalidade jurídica».<sup>9</sup>

Vamos dar também a palavra a Alfred Sauvy<sup>10</sup>: “Desde a concepção que o ser humano está formado com o seu genótipo; os seus caracteres físicos, intelectuais, morais estão em génese nos cromossomas.”... Separar *vida* e *biologia* representa

---

<sup>9</sup> G. Cornu, Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, parágrafos 458 e 459.

<sup>10</sup> Coût et valeur de la vie humaine, Paris, 1977, p. 198

uma perturbação do espírito: estando a supressão de uma vida humana carregada do seu velho Tabu, é mais tranquilizador contestar a própria vida.”

Nesta matéria há que ter um discurso realista. Realista por se tratar, não de um problema de consciência, de uma noção, de uma palavra, mas de um ser, de uma vida. A vida e o ser humano não mudam conforme as épocas, as vontades e os interesses. O ser humano é a referência da nossa civilização.

Assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana – na concepção.

Mas suponhamos que assim não era; que se afirmava que a vida intra-uterina era uma vida mais frágil, mais incerta que a vida extra-uterina, menos perceptível no seu início e no seu termo. Menos digna de protecção – pelo menos a nível de atribuições patrimoniais. Não haveria interesses dignos de tutela jurídica do menor não nascido que levassem a que se lhe atribuíssem bens. Esperar-se-ia que nascesse, sem prejuízo para ele.

Mesmo restrita ao campo das atribuições patrimoniais (capacidade jurídica), tal posição não me parece aceitável.

Desde logo, por a distinção, para efeitos jurídicos, entre “nascituro” (pessoa humana ainda não nascida) e pessoa humana já nascida (“morituro”?) violar o direito à igualdade. O nascimento, já o afirmámos, nada significa. Só a substituição de um sistema de apoio à vida (o corpo da mãe) por outro (o meio ambiente e os pais). Nada de essencial para a pessoa é determinado pelo nascimento. Mesmo sob o ponto de vista da vida de relação, o relacionamento com a mãe mantém-se preponderante durante os primeiros meses (quando não durante a vida inteira).

Depois, porque a vida intra-uterina não é menos conhecida ou mais incerta do que a vida extra-uterina. Hoje é bem conhecida, e cada vez mais bem conhecida, no seu início, no seu termo, na sua duração.

Estabelecamos que aceitávamos que a capacidade em geral, e a capacidade sucessória em especial, do nascituro sujeitas à condição do seu nascimento com vida. Por razões inerentes ao seu próprio estado de “diminuição” intelectual e física. Então teríamos de retirar essa capacidade ao menor já nascido, em virtude do princípio da igualdade, e sujeitá-la a condição análoga à imposta “nascituro” (o que nasceu e vai morrer) durante os primeiros meses, senão anos, de vida; retirá-la ao deficiente mental; ao que está em coma; etc.

O que parece inaceitável (pelo menos na actual conjuntura....).

### 3 – AS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL – A CRISE DA LEI.

Sucede que o Código Civil no seu artigo 2033<sup>a</sup>- 4, reconhece capacidade sucessória (podendo adquirir por sucessão testamentária ou legal) a todas as pessoas concebidas ao tempo da abertura da sucessão.

Porque motivo Autores há que entendem que tal capacidade sucessória está sujeita à condição do nascimento com vida? Ou que há direitos sem sujeitos? Porque o mesmo Código Civil (art. 66º; 2) dispõe que a personalidade jurídica se adquire só com o nascimento com vida; se esta condição não se verificar, então a personalidade e a capacidade jurídica (ou, pelo menos, esta última) apagar-se-iam do mundo do Direito.<sup>11</sup>

Para “entender” o artigo 66º, 2 do Código Civil, já dissemos o suficiente. Tal norma é, em si mesma, “gasta”, “caduca”. Assenta num nível de conhecimentos (pré – jurídicos mas que determinam o Direito) que já eram ultrapassados no momento em que o Código foi publicado. E que hoje estão “definitivamente” postos de lado. O Direito neste domínio são os

---

<sup>11</sup> Sobre o problema vd., por todos, Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, Quid Júris, Lisboa, 1999, págs. 142 e segs; Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2000, págs. 284 e segs.



direitos humanos objectivados. Afastando-se a lei – o que não reflecte mais do que um dos momentos da crise do absolutismo legalista, do normativismo positivista, ou seja, da lei.<sup>12</sup>

Assim, a vida humana do nascituro, cria Direito, o direito à personalidade e à capacidade jurídica em termos de igualdade com qualquer outro ser humano (também “nascituro”).

#### 4 – A CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO NASCITURO.

O nascituro tem plena capacidade sucessória, como qualquer ser humano. Ao ser chamado a suceder, o nascituro é o como pessoa já existente (plenamente) com todas as consequências que daqui derivam.

Se falecer antes do nascimento, os bens adquiridos transmitem-se aos seus herdeiros<sup>13</sup>.

A prova da existência do nascituro pode fazer-se por todos os meios. Presumir-se-á concebido no momento da abertura da sucessão, o ser humano que nasça nos trezentos dias seguintes (artigo 1796º).

Trata-se de uma presunção relativa.

Note-se que o artigo 1798º admite acção destinada a provar que o período de gestação do filho foi superior a trezentos dias. Sendo a acção julgada procedente, o tribunal fixará a data provável da concepção que valerá também para efeitos sucessórios.

Por outro lado, não se admite prova contrária à presunção do artigo 1796º, se com tal prova se levar à impugnação da legitimidade do nascituro. A não ser nos casos enunciados nos artigos 1815º e seguintes, em que a lei admite a impugnação da legitimidade dos filhos.

A administração dos bens deixados aos nascituros é re-

---

<sup>12</sup> Álvaro D’Ors, *Los romancistas ante la actual crisis de la ley*, Madrid, 1952, págs. 7 e segs.

<sup>13</sup> Diogo Leite de Campos, *Lições cits.*

gulada pelo artigo 2240º, 2.

