

# O NASCITURO SOB O PONTO DE VISTA JURIDICO

COMUNICAÇÃO FEITA A ACADEMIA DE MEDICINA

PELO

Dr. Joaquim Moreira da Fonseca

Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos «Arquivos de Medicina Legal e Identificação»



342.1158  
F676 m

— — RIO DE JANEIRO  
IMPRESA NACIONAL — 1933

## O nascituro sob o ponto de vista juridico

COMUNICAÇÃO FEITA A ACADEMIA DE MEDICINA

PELO

DR. JOAQUIM MOREIRA DA FONSECA

"Na sessão desta Academia, realizada em 30 de julho do ano proximo passado, travou-se neste recinto uma interessante discussão em torno do aborto medico, na qual tomou parte uma duzia de academicos, dentre os quais me achava eu.

Se usei participar da analise de tão delicada questão foi, tão sómente, movido pêla convicção sincera dos principios morais que defendo e que constituem para mim a norma segura da minha vida no seio da familia, no convivio da sociedade e no exercicio da profissão medica. Senti-me, então, na obrigação de expôr o meu ponto de vista sobre o debatido problema, que se tornou objeto de outras comunicações, quer no ano passado, como ainda no corrente ano.

Em 27 de maio último, o ilustrado academico e distinto colega professor Porto Carrero voltou a falar sobre o assunto para fazer uma retificação, bem como para tratar da personalidade do nascituro.

Nesta mesma sessão, ao terminar o professor Porto Carrero as suas palavras, levantei-me imediatamente para declarar que jamais havia posto em dúvida a sua cultura juridica, reservando-me para ulteriormente trazer perante esta Academia opiniões e argumentos em favor da tese que eu defendia.

Para cumprir o prometido é que aqui me encontro, importunando os meus ouvintes com a minha desautorizada palavra no assunto, mas fundamentada em acatados autores. Antes de prosseguir, desejava dar uma explicação ao professor Porto Carrero, quer pessoalmente, quer como secretario desta Casa e um dos redatores do nosso Boletim.

MINISTERIO DE JUSTIÇA E NEGOCIOS INTERIORES  
DEPARTAMENTO DE IMPRENSA NACIONAL  
BIBLIOTECA

NUMERO DATA

Sua Ex. disse: "O nosso colega Sr. Moreira da Fonseca assimilara o aborto artificial ao assassinato, ao homicídio. E' verdade que no Boletim n. 17 tais palavras não se encontram: escaparam ao taquígrafo ou alguém as suprimiu". E' sobre esta ultima frase "ou alguém as suprimiu" que eu venho afirmar perentoriamente, em nome da redação do Boletim, que nenhum de nós seria capaz deste procedimento, menos correto. Si não saíram publicadas foi porque escaparam ao taquígrafo. Mas, em tempo, e a bem da verdade, declaro que, de fato, eu dissera ser o aborto provocado em feto vivo e de que resultasse a sua morte, semelhante ao assassinato, ao homicídio. Esta era a minha opinião, este continúa a ser o meu modo de pensar neste momento.

O Sr. professor Porto Carrero diz: "Desde que o feto não tem personalidade jurídica não pôde ser objeto de homicídio. Da mesma maneira matar um cachorro ao atravessar uma rua, seria um homicídio".

Eu poderia aceitar a discussão no terreno das palavras para reafirmar, como ha pouco o fiz, o conceito que V. Ex. me atribue: o de que o aborto se assemelha ao assassinato. Em primeiro lugar, teria que assinalar que assemelhar não quer dizer identificar, mas sim comparar, parecer, fazer alguma coisa semelhante a outra, mas não igual. Por conseguinte, assemelhando o aborto artificial ao homicídio, não afirmei que fosse uma só e unica coisa e nem poderia fazelo na tecnologia penal, sem incidir em grave erro, uma vez que a distinção é expressa na lei penal quando pune com penas e disposições distintas o *homicídio* e o *aborto*. Feito, porém, esse reparo sobre a terminologia, não hesito em reafirmar a minha idéa, a minha opinião: o aborto assemelha-se a um homicídio. Vou ainda mais além: entologicamente é um verdadeiro homicídio, porque é, em substancia, um atentado contra a vida humana.

E' um homicídio praticado em circuntancias especiais e que, por isso mesmo, constitue uma modalidade criminal especial com denominação propria na tecnica jurídica. E', sem dúvida, um homicídio; como homicídio é, também, o crime de morte contra o infante até sete dias, mau grado a denominação especial de *infanticídio*; como homicídio é ainda o proprio *suicídio*. O aborto é entologicamente um homicídio, porque é um atentado contra a vida, de um homem, contra a vida já formada, aniquilando-a e impedindo o seu desabrochar, tal como um atentado contra a flor é a ceifa de um botão.

Já Carrara foi levado a proferir a denominação de *feticídio* ou aborto provocado, definindo-o: "a morte dolosa do feto no utero; ou

a sua expulsão violenta do ventre materno e da qual resulta a morte do mesmo feto".

Desejo também contestar uma outra afirmação do Sr. professor Porto Carrero quando diz que o objeto do crime no aborto é a mulher e não o conteúdo do utero e que o atentado no abortamento criminoso é contra a mulher, não para mata-la, mas sim para mudar-lhe uma condição fisiologica". S. Ex. parece abraçar ainda doutrina hoje completamente abandonada e que, se verdadeira fosse, redundaria na permissão das variadas e condenaveis modalidades do aborto voluntario, das mais criminosas e imorais finalidades.

Ouçamos o que João Marcondes de Moura Romeiro no seu "Dicionario de Direito Penal", á pag. 2: "A filosofia estoica considerava o feto enquanto no utero materno, como parte da propria mulher que dele podia dispôr livremente; e este principio que, conforme observa Carrara, muito devia influir para a multiplicação de um fato abominavel, explica as determinações singulares que se encontram nas legislações daqueles tempos".

Ainda no direito romano o aborto provocado por estranho, ignorando a gestante ou contra a vontade desta, constituía unicamente uma ofensa á pessoa da mulher; e se a provocação partia da propria mulher considerava-se um fato que fugia á repressão da lei, porque o feto era *portio viscerum matris*.

Só mais tarde, no tempo de Septimo Severo, o aborto quando era praticado por mulher casada e com o fim de prejudicar o marido, podia sêr punido, mas isso pouco importava lesão do direito que tinha o marido á prole esperada.

A civilização cristã modificou completamente esta doutrina, encarando o feto ainda no ventre materno, sinão como um sêr no sentido rigoroso do direito, pelo menos como uma entidade a quem a sociedade devia proteção; e foi, então, que o aborto provocado, mesmo pêla mulher, foi considerado fato punivel".

Não ha dúvida que no aborto criminoso o atentado é não só contra o embrião ou o feto, como também contra a propria mulher. "Assim, Pessina, vê a essencia do crime no fato de sêr provocado o aborto e justifica a sua punição não só a circunstantia de importar o mesmo a extinção de um sêr humano, ainda que imperfeito, *spes hominis*; como a de pôr em perigo a vida da mulher, a quem o aborto pode produzir grandes males e algumas vezes a morte". (Apud. João Romeiro.)

"Na legislação moderna, diz Franz Von Liszt, em seu classico "Tratado de Direito Penal Alemão" (Pags. 48, trad. port. do Dr. José

Hygino Duarte Pereira) trata-se de garantir o feto e tambem a vida e a saude da mulher grávida contra atentados perigosos. Destas condições resulta o duplo aspecto do aborto nos codigos: de um lado ele é homicidio ou periclitacão do feto e de outro periclitacão da mulher grávida". Basta recordar que perante a nossa lei penal, acórde com a doutrina, assim como na maioria dos codigos penais, é crime de aborto a mãe que provoca em si propria o aborto do fruto da concepção.

E' evidente que, em tal caso, no artigo 301, do Codigo Penal Brasileiro, apenas se pune a integridade fisica do feto e não a integridade fisica da propria autora do delicto: donde se conclue que não é possível deixar de reconhecer que o direito tutela o proprio feto, qualquer que seja a sua individualidade juridica.

Quando, pois, declarei eu que o sêr já concebido, embora no ventre materno, possui direitos perante a lei e expliquei, logo após, o meu pensamento, a minha idéa, dizendo que em linguagem logica o embrião tem direitos em estado potencial ou virtual, deixei bem clara a minha opinião, já enunciada ainda mais extreme de dúvida, quando, momentos antes, afirmara que desde o momento da concepção ha um novo individuo que o Estado tem a obrigação de proteger. Nessa afirmação é que se baseia a doutrina penal para punir o aborto, na sua modalidade de crime contra a vida do feto.

Afirmei eu assim que havia direitos a tutelar na vida do feto; e por sua vez S. Ex. reconheceu que o Estado protege o embrião apesar deste não ter ainda personalidade juridica.

Pois bem, nós ambos, partimos de uma mesma premissa, mas chegamos a conclusões diversas. Assim, conclue S. Ex. que a despeito do Estado proteger o embrião, mas em vista deste não ter personalidade juridica, pode sêr a sua vida estancada, em dadas circunstancias. Mas, pergunto eu, que tutela será esta do Estado para com o embrião ou o feto que permite exterminar-lhe a vida em determinados casos, não constituindo crime contra este mesmo embrião ou feto?

A mesma premissa leva, no entanto, a conclusão oposta: a de que o Estado protege o embrião porque já ha um direito a tutelar, que se exterioriza e se realiza na vida do nascituro; que esse direito, qualquer que seja o seu titular, é até certo ponto, um direito atual e não futuro que é um interesse não apenas individual, mas de ordem social.

O direito penal, precindindo, aliás, de toda a consideração relativa á futura subjetividade juridica do nascituro, tutela-o objetiva-

mente em favor da sociedade, em proveito da raça e em beneficio da humanidade.

E, por essas ligeiras considerações, é que chego á conclusão diametralmente oposta a de S. Ex., sendo de opinião de que o feticidio é um homicidio.

Moriez, no seu conhecido e erudito compendio sobre *O aborto*, afirma (á pag. 108): "o verdadeiro sujeito ativo do direito sancionado pela proibição do aborto é este pequeno sêr que este crime destrói". E logo depois diz: "Só esta teoria justifica a penalidade em todos os casos, em todos os tempos e em todos os logares".

O grande histologista e biologista francês, Professor Prenant, declara: "O embrião toma corpo, senão alma, desde o instante que os dois nucleos macho e femeo se conjugaram para lhe dar nascimento. Toda a pratica é, desde então, não mais anti-concepcional, mas post-concepcional; toda a profilaxia torna-se um assassinato".

O Sr. Professor Porto Carrero diz que o nosso Codigo apenas se refere ao fruto da concepção quando define o aborto. E assimilar a um homicidio a provocação da expulsão de uma mola ou de um feto morto não lhe parece razoavel.

Na realidade, chamar homicidio um aborto de um feto morto, seria classificar o aborto sob a rubrica de um crime para execução do qual falta no objeto do crime o predicado essencial que caracteriza o mesmo que, no caso vertente, é a vida.

Mas, pelo fato de na hipotese do aborto de um feto morto não haver homicidio, não se pôde ainda logicamente, e mais ainda biologicamente, concluir que, estando o feto vivo, não haja um homicidio. Tudo depende do modo de considerar o nascituro. Se, por ventura, se pudesse chegar a deduzir que juridicamente o nascituro não é um sêr humano, o mesmo se não pôde concluir sob o ponto de vista biologico.

Biologicamente falando, no aborto com a morte do feto ha, *ipso facto*, uma supressão de vida e de que vida? Outra não poderá ser, senão humana, e portanto será fatalmente um homicidio.

Mas, o Sr. Professor Porto Carrero, defendendo a sua opinião de que o crime no aborto é contra a mulher e não contra o feto, é coerente, e outro não podia ser o seu modo de pensar, pois S. Ex. admite e defende, além do aborto terapeutico, tambem os de ordem profilatica, economica, moral, estetica e profissional.

Só dessa maneira encontraria S. Ex., mais jurista então e, assim mesmo, exageradamente adstrito á letra da lei não ao seu espirito ou

interpretação, do que propriamente biologista ou medico, como também deverá ser.

Passemos, agora, a encarar o nascituro sob o ponto de vista jurídico.

Ainda hoje, e desde o direito romano divergem jurisconsultos e legislações sobre o momento em que começa a personalidade jurídica do homem.

Duas escolas se propõem a resolver o problema: uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascituro entretanto uma expectativa de direito, e outra que a considera existente desde o momento da concepção.

A interrogação, pois, subsiste e o problema está em aberto, pouco importando que o nosso Código Civil haja abraçado contra a opinião dos mais abalisados dos nossos civilistas, Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua, a corrente que fixa o início da personalidade jurídica do nascimento e não da concepção.

O que é capital salientar é que a divergência sempre existiu e que ainda hoje diversas legislações entendem que desde a concepção começa a personalidade civil do homem, e que mesmo perante a corrente contrária abraçada pelo nosso Código Civil, máo grado o nascimento marcar o início da personalidade civil do homem, o nascituro se tem por nascido quando se trata de seus interesses e já assim era no direito romano *Nasciturus pre jam natu habetur si de ejus commodo agitur*. Por uma ficção jurídica, por conseguinte, outro não é o alcance da exceção aposta ao final do art. 4º do nosso Código Civil, na porção subordinada pela adversativa, "mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

A distinção doutrinária que separa essas duas correntes jurídicas não tem, porém, praticamente maior reflexo na questão do aborto porque não é possível deixar de reconhecer que fundamentalmente, quer uma quer outra corrente, não deixam de aceitar que desde a concepção existe uma vida e que esse ser vivo tem direito á proteção da lei, que deve ser conservada e protegida até a sua plena maturidade, até o seu nascimento com vida.

A disposição do art. 4º é impar em toda a ordem jurídica. Se bem que não reconhecendo ao feto no momento a personalidade civil, equipara-o em tudo o que é de seu interesse aos nascidos, conservando até o nascimento todos os direitos que lhe cometeriam se já tivessem nascido no momento em que os adquiriu, contanto que nasça capaz

de viver. Eis aí a definição dos direitos do feto através a irrecusável autoridade de Coelho da Rocha.

A condição que se impõe de vir o feto a nascer com vida não afeta a aquisição dos direitos que decorrem praticamente da segunda oração do art. 4º do Código Civil Brasileiro que, em outros termos, pode assim se exprimir: o nascituro não tem capacidade civil, não obstante a lei reconhecer-lhe direitos que se tornarão efetivos quando ele vier á luz com vida, isto é, subordinados apenas e exclusivamente a uma condição cuja realização não pode ser obstada por ato de terceiro, sem ofensa aos direitos já reconhecidos pela lei, por ela tutelados enquanto não se realiza a condição.

Para os efeitos dos interesses do feto não ha entretanto divergencia que, na realidade, é sómente aparente; porque, ao passo que a corrente que faz surgir a capacidade civil do homem do nascimento com vida, põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, o que importa dizer que desde a concepção esses direitos estão assegurados pela lei e não podem sofrer atentados. A corrente contrária que faz coincidir a vida jurídica com a vida natural, isto é, desde a concepção, subordina necessariamente como é obvio, ao nascimento com a vida, a aquisição definitiva dos direitos que a lei conservou desde a concepção. A distinção pode ter efeitos diversos com relação a terceiros, com relação ao feto, porém, quer numa corrente quer noutra, é constante a força jurídica da intangibilidade dos direitos do nascituro, a começar pelo fundamental direito, de vir á luz com vida e que se concretizam e se confundam indissolúvelmente na proteção do feto.

A questão, pois, se resolve com a maior simplicidade: qualquer que seja a doutrina a respeito do início da capacidade civil do homem da concepção ou do nascimento, o que é fóra de duvida é que ambas as escolas e todas as legislações protegem desde a concepção uma serie de direitos que uns dizem ser do feto e outros do nascimento com vida, mas que na realização se efetivam sempre na proteção ao feto e é precisamente este aspecto unico que interessa á questão do aborto, porque da sua prescrição resulta a falta de proteção imediata á integridade do feto, e daí aos direitos do nascituro.

Permitir que se mate o feto sob a alegação de que não tem ele personalidade civil, porque esta só se inicia no nascimento, é interpretar o art. 4º pela metade, é esquecer que a sua primeira porção segue-se outra adversativa, que põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção e só se pôde realizar essa salvaguarda dos direitos do nascituro pela proteção integral do feto,

Seria um contrasenso o raciocínio que, reconhecendo que a lei tutela os direitos do nascituro desde a concepção, pudesse se desinteressar da proteção do fêto, que é o proprio nascituro.

Teria cabimento recordar, aliás, que o fruto da concepção é ainda fêto no minuto que antecede ao nascimento, e seria irrisório que alguma construção jurídica pudesse chegar ao absurdo de permitir sem sanção que esse ente, perfeitamente apto para a vida e cuja personalidade civil esteja dependendo apenas do fenomeno fisiologico do parto, não esteja protegido das garantias necessarias á salvaguarda daqueles direitos, os do nascituro, que a lei expressamente põe a salvo, desde o momento da concepção.

Que importa, pois, argumentar que os direitos do nascituro são direitos futuros, se a lei os põe a salvo desde a concepção, isto é, tutelando-os durante o tempo da gestação para que os receba se vivo nascer ?!

Mas, se assim é, como pretender-se a veicidade de argumentar que entre os direitos do nascituro postos a salvo desde a concepção não esteja precisamente e primacialmente esse direito de vir á luz com vida?! Como, pois, argumentar que o aborto com a morte do fêto não fere os direitos do nascituro, postos a salvo desde a concepção, repito eu?! O argumento de que não fere porque o fêto não tem personalidade jurídica é, sem dúvida, sem sentido e sem nexos; visto como ainda mesmo nas legislações que assim dispõem, a intangibilidade de direitos futuros, estabelecidos em disposição especial pela lei em favor do nascituro e que se concretizam durante a gestação na pessoa física e bio-logica do fêto.

Eis, porque é um sofisma, decorrente de interpretação facciosa, a afirmação de que antes do nascimento não ha direitos a tutelar.

Se passarmos a estudar mais de perto a jurisprudencia sobre tão interessante problema, veremos, como já dissemos, que as opiniões dos juriconsultos divergem, bem como as proprias legislações. Assim o projéto primitivo do nosso Codigo Civil dizia no seu art. 3º: "A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida".

A redação final deste artigo, que constitue o 4º do nosso Codigo Civil em vigor é a seguinte: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida: mas, a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro".

Nestes dois enunciados se patenteiam as duas doutrinas: uma que faz começar a personalidade civil com o nascimento com vida, reser-

vando para o nascituro uma expectativa de direito: outra faz coincidir a vida jurídica com a concepção. Aquela é aceita pelo projeto Coelho Rodrigues, bem como pelos codigos civil brasileiro, português, chileno, mexicano, espanhol, alemão, suíço, japonês, colombiano, hondurense, venezuelano, zuriquês.

A outra escola, a *concepcionista*, é aceita no código civil da Austria, da Argentina, de Berne, Lucerna, Salerne, Argovia, Friburgo, Valois no "Esbôço" de Teixeira de Freitas, nos projetos de Felício dos Santos, de Nabuco e de Clovis Bevilacqua. Como bem e autorizadamente afirma Clovis Bevilacqua, a "verdade está com aqueles que harmonizam o direito civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia e com a logica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao art. 221 de seu Esbôço.

Realmente, continúa Clovis Bevilacqua, se o nascituro é considerado sujeito de direitos, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege, cominando penas contra a provocação do abôrto, a logica exige que lhe reconheça o caracter de pessoa, como o fizeram os codigos e projetos acima citados, de acôrdo com os quais se mostra Raoul de la Grasserie.

Apesar dos excelentes argumentos, em que esta opinião se firma, foi preferida a doutrina *natalicista*, e, como declara Clovis Bevilacqua, por parecer mais prática. Cumpre chamar a atenção para o motivo alegado de ser a doutrina *natacista* a preferida por parecer mais pratica: de modo que esta circunstancia, até certo ponto, secundaria, prevaleceu ás razões doutrinarias, ainda que mais importantes.

Não obstante, ainda afirma Clovis Bevilacqua, o Codigo Civil Brasileiro, como todos os outros, destaca situações, em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) Art. 359 — legitimação do filho apenas concebido; b) Art. 363 — paragrafo unico, reconhecimento do filho anterior ao nascimento; c) Art. 468 — curatela do nascituro; d) Art 1.718 — a pessoa já concebida, embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento.

Por esses quatro artigos vemos que existe no nosso Codigo Civil uma verdadeira contradição entre ele e o art. 4º, que nega capacidade civil ao nascituro. Felício dos Santos dizia no seu projeto: "A existencia legal de toda a pessoa natural principia no momento de sua concepção no ventre materno; os direitos, porém, que lhe são conferidos ficam suspensos até o momento do nascimento".

Teixeira de Freitas, na "Consolidação das Leis Civis", escreve: "As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre,



materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento". Depois, Teixeira de Freitas foi de opinião que se eliminassem as palavras — de sucessão — porque, além desse direito, ha outros que a Lei lhes conserva.

O Codigo Civil austriaco diz, no art. 23: "Tambem a prole ainda não nascida tem, desde o momento em que é concebida, um titulo á proteção das leis. Emquanto se trata de seus proprios direitos e não dos de terceiros, ela se considera já nascida; mas, se o filho nasce morto, se considerará, em relação aos direitos que lhe estavam reservados, para o caso de vida, como se não houvesse sido jámais concebido".

O Codigo Civil argentino, obedecendo a luminosa orientação do Esbôço do nosso grande Teixeira de Freitas, prescreveu: "Desde a concepção no ventre materno, começa a existencia das pessoas e antes de seu nascimento podem adquirir alguns direitos, como se já houvera nascido. Esses direitos ficam irrevogavelmente adquiridos se os concebidos no seio materno nascerem com vida, ainda que fôra por instantes depois de estarem separados de sua mãe". "Se morrem antes de estarem completamente separados do ventre materno serão considerados como se não houvessem existido".

Pelo que acabei de expôr, a mim me parece que sobejas razões me assistiam em proclamar que a personalidade juridica do homem começa no momento da concepção, em que pese o art. 4º do nosso Codigo Civil: pois, infundados não eram os meus argumentos, baseados que eram em opiniões de juriconsultos de valor e em legislações de paises adiantados.

Outra não podia ser a minha opinião a respeito, visto como, quer sob o ponto de vista biologico, quer pelo prisma cristalino e puro da moral, o embrião ou o feto não póde deixar de ser considerado um ser humano desde a sua concepção.

Como bem dizia o insuspeito Savigny, que mais do que ninguem apontou a formidavel contribuição da Moral Cristã, na formação da mentalidade juridica moderna: "O objetivo geral do Direito emana da lei moral do homem, sob o ponto de vista cristão, porque o cristianismo não se apresenta apenas como regra de nossas ações: ele modificou, de fato, a humanidade e se encontra no fundo de todas as nossas idéas, mesmo daquelas que lhe parecem mais estranhas e hostis".

E a moral cristã moderna todo e qualquer abôrto de feto vivo, assim como considera o embrião um ser humano, desde a sua concepção.

E, para terminar, declaro que, perante o direito, com Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua, sinto-me bem estribado quando afirmo a personalidade juridica do nascituro e com a moral cristã, no exercicio da profissão medica, não temo o vendaval de opiniões contrarias, pois ela paira acima das contingencias humanas e se baseia na lei natural, reflexo dos preceitos divinos".

RIO DE JANEIRO  
IMPRESA NACIONAL  
1933