

DIREITO CIVIL

THEORIA DA VIABILIDADE

Dentre as condições de capacidade das pessoas naturaes deve-se incluir a da viabilidade?

« L'épreuve de la *construction juridique* consiste, pour
« la science, à placer la création doctrinale dans toutes
« les positions imaginables, à la combiner de toutes les
« manières possibles avec d'autres créations et à la mettre
« d'accord avec chacun de ses principes fondamentaux.
« La construction n'est pas sortie victorieuse de l'épreu-
« ve, elle n'est légitime et vraie que lorsque tout con-
« corde ensemble. » (Ihering, *L'Esprit du Droit Ro-*
« *main*, v. 3.^o, liv. 2.^o, tit. 3.^o, pag. 66).

§ 1.^o

Questão difficil, de solução varia ante a legislação dos povos cultos, suscitando longos debates entre os commentadores do Direito Romano e entre os modernos civilistas, prestando-se a grandes controversias e divergencias de opiniões em face do direito constituido, prendendo-se

intimamente á Medicina Legal e ao Direito Criminal : — tal o assumpto complexo que vamos efflorar nas seguintes linhas, estudando-o á luz do Direito Romano, das legislações modernas e do direito constituido.

§ 2.º

Que é viabilidade ?

A primeira difficuldade que se nos depara no estudo desta questão, versa sobre o que se deve entender por *viabilidade*, termo consagrado pelos escriptores e civilistas modernos, ou *vitalidade*, como lhe chamão os tratadistas patrios, ou, segundo a expressão de Lafayette (1), *viabilidade*; porquanto nos codigos que adoptam esta doutrina não encontramos a respectiva definição e nem sobre ella se achão de accordo os commentadores.

E' o que se vê pelas respostas dadas a Napoleão, quando, no Conselho de Estado, discutindo-se o art. 314 do Codigo, perguntou aos jurisconsultos presentes — que se devia entender por *viavel* e quaes os signaes da *viabilidade*.

Respondeu-lhe Béranger, que «um menino não viavel era um aborto»; Tronchet, que «conforme o espirito do projecto, um menino nascido *a termo* era viavel» e, finalmente, Bouley, que «um menino é viavel quando viveu tempo sufficiente, de modo a ficar certo que elle está conformado para viver. (2) Durantou diz : a viabilidade é a

(1) «Direitos de Familia», § 104, 111, nota (2).

(2) Locré, «Leg. Civ.» vol. 2º, pags. 39 e 40.

aptidão para viver; um menino é viavel quando tem as condições necessarias para viver e não o é, quando, vendo-o, pôde-se affirmar que sua conformação é tal, que elle só nasceu para morrer logo em seguida e não para viver» (3).

Segundo Demolombe esta palavra exprime «a aptidão para viver durante o curso duma vida de duração média, *vitae habilis*, ou, segundo alguns, *viae habilis*, habil para percorrer a carreira da vida, *vitalis* : e, por conseguinte, deve-se considerar como não viavel o menino que, de certo modo, só nasce para morrer logo depois, porque a natureza lhe recusou as condições necessarias para viver». (4)

Laurent censura, com razão, ambas estas definições, mas, infelizmente, não nos apresenta nenhuma para as substituir. (5)

Savigny, que tão brilhantemente discute esta questão, já em face do Direito Romano, já das legislações vigentes em seu tempo, em uma dissertação appensa ao 2.º volume de seu *Systhema* («dissertação magistral, um dos melhores trabalhos que tenho lido», dil-o Teixeira de Freitas, o primeiro jurisconsulto brasileiro (6),)ensina que, por esta doutrina «se entende uma certa epocha, existente na gravidez, antes da qual um menino nasce algumas vezes vivo, mas não pôde viver além de algumas horas ou de alguns dias, devendo esta impotencia de prolongar a existencia acarretar-lhe a incapacidade de direito, mesmo para o curto intervallo durante o qual elle viveu. (7)

(3) «Cours de Droit Français», vol. 6º, n. 75, pag. 95.

(4) «Code Napoleon», vol. 13, n. 180, pag. 228,

(5) «Droit Civ. Français», vol. 8º, n. 545, pags. 645 e 646.

(6) «Cod. Civil», vol. 1º, nota ao art. 224, pag. 7.

(7) «Droit Romain», vol. 2º, app. 111, pag. 371.

Vê-se, pois, que, para Boulley, Durantou e Demolombe a viabilidade é a aptidão para viver, *por não ter o recém-nascido defeito algum organico que o impossibilite de continuar sua existencia.*

Com esta definição concordam Wan-Wetter (8), Gianturco (9), Baudry-Lacantinerie (10) e outros.

Para Béranger, Tronchet e Savigny, a viabilidade é a aptidão para viver, *por ter o menino nascido a termo*, isto é, no tempo que a lei supõe indispensavel para que elle possa viver.

Concordam com esta segunda definição Aubry et Rau (11), Troplong (12), Pacifici Manzoni (13), Waechter (14), Namur (15) e muitos outros.

A mesma divergencia sobre estes dois modos de se considerar a viabilidade se encontra entre os medico-legistas (16) e os criminalistas (17), que, a respeito, repetem a opinião dos escriptores de Direito Civil.

Para os que adoptam a primeira definição não será viavel o recém-nascido que, por qualquer causa, não puder continuar a viver; para os que adoptam a segunda só o

(8) «Cours de Droit Romain», vo. 1º, § 40, pag. 80.

(9) «Instituzioni di Diritto Civile», § 7º, pag. 28.

(10) «Droit Civil», vol. 1º, § 105, pag. 54.

(11) «Droit Civ. Français», vol. 1º, § 53, nota 4, pag. 263 da edição de 1897.

(12) «Des Donations», v. 2º, pag. 601.

(13) «Cod. Civ. Comm.», Delle Succesioni, vol. 1º, cap. 3º, sezione 2ª, pag. 66.

(14) «Comment. de partu vivo non vitali», pars. 3ª, § 3º, pag. 228.

(15) «Cours d'Institutes», § 37, n. 3, pags. 50 e 51.

(16) Briand et Chaudé, «Medicine Legale», vol. 1º, pags. 300 e seguintes.

(17) Rafaelo Balestrini, «Aborto, Infanticidio», cap. 40, pag. 241 a 255.

não será o que nascer antes de termo e não puder, por isso, prolongar sua existencia.

Qual a definição preferivel ?

Parece-nos a primeira pelo seguinte motivo :

Se a razão por que, entre as condições de capacidade das pessoas naturaes, se deve enumerar a viabilidade, é porque, como o ensina Wan Wetter, «não se deve ter como pessoa quem, em razão de um vicio de nascimento, está condemnado á uma morte certa e inevitavel» (18), «equiparando-se, dil-o Manzoni, ao que nasceu morto e que se deve considerar como não nascido e nem mesmo concebido» (19) ; porquanto, affirma Baudry-Lacantinerie, «no ponto de vista do Direito, é a mesma cousa ser morto e não poder viver, não sendo possivel que sobre a cabeça deste recém-nascido se fixe direito algum» (20); é força concluir que todos os que estiverem nestas condições se devem considerar inviaveis e não sómente os nascidos antes do termo, pois — ubi eadem ratio ibi et eadem dispositio.

Collige-se, porém, do que vimos de expender que a palavra é empregada pelos tractadistas em duas accepções— lacta e restricta : na primeira é a aptidão que tem o recém-nascido para viver, por nada haver que lh'o impeça; na segunda, é esta mesma aptidão, mas só por ter elle nascido *a termo*.

§ 3.º

Donde se originou a questão da viabilidade ? Diz Clovis Bevilacqua que ella é uma *creação dos modernos* (21).

(18) «Cours de Droit Romain», vol. 1º, § 40, pag. 80.

(19) «Instituzioni di Diritto Civile Italiano», vol. 6º, liv. 5º. tit. 1º, ecap. 1º, sez. 3ª, n. 26, pag. 35.

(20) «Droit. Civil » vol. 1.º, § 105, pag. 54.

(21) «Legislação Comparada » cap. 14, pag. 126.

E Wan Wetter ensina exactamente o contrario, isto é, que sómente os escriptores *modernos*, os posteriores a Savigny e a partir deste, é que contestam que a viabilidade seja um dos requisitos da capacidade das provas naturaes. (22)

E' realmente engano manifesto do illustrado e fecundo jurista, verdadeira gloria da Academia do Recife; porquanto, como veremos no paragrapho seguinte, já Aulo Gellio se refere a um pleito que houve em Roma, baseado na viabilidade de um recém-nascido.

Qual é, pois, a origem da questão?

Vejamol-o : Savigny nol-o explica (23) e vamos resumir o que elle diz a respeito.

Em Direito Romano o menino nascia sob o patrio poder, quando, na época de sua concepção havia entre os paes um casamento reconhecido pelo direito civil. (24)

Para se saber, pois, se um menino nascia sob o patrio poder de outrem, era preciso que se provasse : 1.º si este outrem o tinha gerado — paternidade natural ; 2.º quem o tinha concebido — maternidade natural ; 3.º si entre o verdadeiro pai e a verdadeira mãe existia um casamento valido e, 4.º, si este casamento existia na epocha da concepção.

São de facil prova a maternidade natural o a existencia do casamento valido ; não, porém, assim a paternidade natural e a epocha da concepção.

Esta é um segredo da natureza, cujos effeitos só se manifestam após certo lapso de tempo e a respectiva

(22) « Cours de Droit Romain » vol. I. § 40, pag. 81.

(23) « Droit Romain, » vol 2.º, pags. 371 e seguintes.

(24) Inst., liv. 1.º tit. 2.º,

prova, como diz Savigny (25,) além de rara e difficil, não é, siquer, imaginavel.

Qual, pois, a solução possivel em direito positivo ?

Dar arbitrio ao juiz para se guiar por indicios e, segundo as circumstancias e probabilidades, determinar qual a paternidade natural e qual a época da concepção ?

D'ahi proviriam notaveis inconvenientes, além de grande incerteza ; porquanto, si casos ha em que estes indicios se manifestam visivelmente pró ou contra a paternidade natural, de modo a não deixarem a menor duvida a um espirito imparcial, todavia este facto difficilmente se verificará quando esta paternidade fôr debatida em juizo ; pois, então, a fraqueza d'estes indicios deixará enorme latitude ao arbitrio do juiz, e desde Bentham se acha assentado que — « optima legum quæ minimum relinquit arbitrio judicis ».

E, em tal caso, este arbitrio seria tanto mais de se temer, quanto, além do interesse individual, entrariam fatalmente em jogo a moralidade publica, a honra e a paz das familias.

Nem se objecte com a acção de alimentos, em que esta prova é admittida ; pois, nesta acção, não se trata de paternidade, mas de um facto muito differente e muito susceptivel de prova — a cohabitação, facto que é, por si mesmo, o fundamento da obrigação. (26)

E' por isso que civilistas ensinam que, na acção de alimentos, não se exige do estado da pessoa uma prova tão rigorosa como nas acções de filiação e de petição de herança. (27).

E, pela mesma razão, estudando a extensão do julgado e mostrando que este não abrange a parte enunciati-

(25) « Op. Cit. pag. 372.

(26) Savigny « Op. Cit. Pag. 372, not. (d).

(27) Direitos de Familia, § 142

va da sentença, Laurent apresenta, como exemplo, a sentença que obriga o pae a dar alimento ao filho, a qual nunca poderá constituir como julgado para a acção de filiação, salvo si houver debate e decisão sobre este ponto. (28)

Dada esta impossibilidade de prova, os Romanos resolveram a questão, tomando, como ponto de partida, o tempo que póde durar a gravidez antes do nascimento de um menino vivo.

E, como a experiencia, pela bocca de Pythagoras e de Hypocrates, attestava que uma creança só póde nascer viva, no minimo, 182 e, no maximo, 300 dias depois da concepção (29), resolveram-se elles a tomar como ponto de partida o nascimento, que é sempre certo, e a affirmar a paternidade natural, si o mesmo nascimento tiver logar entre 182 e 300 dias, da celebração do casamento.

Dá-se, pois, um espaço de quatro mezes — dos 182 dias aos 300, — a favor da paternidade natural: si, durante este espaço, nasce o filho de uma mulher casada, elle tem, como pae presumptivo, o marido ; ao contrario, sob o ponto de vista juridico e conforme o rigor do direito antigo, (30) elle não tem pae.

Tal o alcance da presumpção *Juris* — *Pater est is quem*

(28) «Droit. Civil Français» vol., 20, ns. 32 e 33.

(29) Dig. liv. 38, tit. 16, fls. 3, §§ 11 e 12.

(30) O direito novo introduziu duas modificações favoraveis á legitimidade: 1º. é legitimo o menino nascido antes dos 182 dias da celebração do casamento, pois suppõe-se que o reconhecimento do marido suppre o tempo que falta (cod. liv. 5º, tit. 27, fr. 11); 2º., pela mesma presumpção, os filhos *naturales* de uma concubina são legitimados pelo casamento subsequente (cod. liv. 5º, tit. 27, t fls. 11) Vide Savigny, op. cit., pag. 374, nota (f)

nuptiæ demonstrant —, presumpção que somente cederá á prova de uma impossibilidade physica, mormente a que provier de uma ausencia longa e ininterrupta do marido.

Deste principio que, como acabamos de ver, somente foi estabelecido para a prova da paternidade natural, afim de que o pae tenha sobre o filho o patrio poder, procuram os adeptos da viabilidade justificar-a, dizendo que, si, conforme as regras physiologicas sancionadas pela legislação, a creança que nasce antes dos 182 dias da concepção, é incapaz de prolongar sua existencia, não se lhe deve attribuir direito algum, devendo a capacidade de direito depender, não só da vida, mas tambem da viabilidade.

§ 4º.

E', porém, esta doutrina suffragada pelo Direito Romano ?

Respondem-no pela affirmativa Van-Wetter (31), Namur (32), Macheldey (33), Warnkœnig (34), Goschen (35), Puchta (36), alem de muitos outros escriptores anteriores a Savigny e que se encontram na dissertação deste, ja citada. (37).

Negam-no Savigny (38), Tribaut (39), Miihlebruck

(31) «Cours de Droit Romain» vol. 1º., § 40, pags. 80 e 81.

(32) «Cours d' Institutes,» vol. 1º, § 37, pags. 50 e 51.

(33) «Manuel de Droit Romain» § 123 e nota (3), pag. 75.

(34) «Institutiones» cap. 1º, § 122, pag. 37.

(35) «Plan d'un cours de Pandec». vol. 1º, § 33.

(36) «Pandet.» § 114, nota (d).

(37) Op. cit, vol. 2, pags. 388 e 389.

(38) «Droit Romain», vol. 2, app 111, pags. 371 e seguintes.

(39) «Systeme des Pand.,» vol. 1º, § 104,

(40), Mainz (41) e outros que se encontram citados por Van-Wetter (42).

Quanto a auctoridades, vê-se, temol-as tantas e tão respeitaveis de um lado, como do outro.

Trata-se, porém, de um direito positivo e a questão só se póde resolver pelos textos da lei.

Antes, porém, de os apresentar, notemos que o primeiro effeito da capacidade do recém-nascido, em Direito Romano, é tornar invalido, como roto, o testamento do pae em que se não faz menção do nome do dito recém-nascido. (43)

Ora tratando deste effeito, no Cod. liv. 6º, tit. 29, frs. 2 e 3, eis o que estatue Justiniano:

«Uxoris abortu testamentum mariti non solvi: posthumo veró præterito, quamvis *natus illico* decesserit, non restitui ruptum, *juris evidentissimi* est.»

«..... Et sancimus si vivus perfecté natus est, *licet illico, postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit*,..... hoc *tantummodo* requirendo si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.»

No primeiro texto, diz Justiniano que o testamento se não considera *rôto* com o aborto da mulher, mas que, si se preterir um filho posthumo, posto que este, depois de nascido, morra *logo*, todavia, como é de *direito evidentissimo*, se não torna, mais, valido o testamento *rôto*.

Assim, para Justiniano, basta que a creança nasça viva, embora morra logo, para que a este nascimento se attri-

(40) «Doct. Pandect.» vol. 1º, § 177, nota (2).

(41) Cours de Droit Romain» vol. 1º, § 97, observation, pags. 393.

(42) Op cit. vol. 1º, pag. 81, nota (9).

(43) «Dig. » liv. 28, tit. 3º. frag. 3.º. § 3.º Vide Macheldey, §, 760 C. n. 1, pag. 324.

bua o principal effeito da capacidade juridica a nullidade do testamento paterno anterior, em que se não faz menção de seu nome.

O segundo texto é ainda mais expresso : dirimindo a velha contenda entre Sabinianos e Proculeianos, de saber si, com o nascimento de um filho que não tenha gritado, se deve considerar *rôto* o testamento paterno, e decidindo pela affirmativa de accôrdo com os primeiros, Justiniano declara que *sómente* se deve exigir que a creança, depois da completa expulsão do ventre materno, esteja viva embora morra *logo que* cahir em terra ou mesmo nas mãos da parteira, comtanto que a mesma creança não seja um monstrum ou prodigium.

Vê-se, pois, que, para se ligar ao nascimento o principal effeito da capacidade juridica — a nullidade do testamento paterno em que se não contemple o posthumo —, Justiniano exige *sómente, unicamente* (tantummodo requirendo) dois requisitos : 1.º que, depois de completamente separada das visceras maternas, a creança esteja viva (si vivus perfecté natus est, si vivus ad arbem totus processit); 2.º que não seja um monstrum ou prodigium (ad nullum declinans monstrum vel prodigium).

São estes os textos que se referem mais directamente á questão, e, como se não encontram outros a respeito, segue-se que, perante o Direito Romano, a viabilidade não é condição de capacidade das pessoas naturaes.

Se o fosse, não devia Justiniano dizer que o menino tem a capacidade de direito logo que o nascimento é completo, embora morra immediatamente (*illicó*).

Seria, observa com razão Savigny (44), o caso de dis-

(44) « Op. » cit., pag. 377,

tinguir-se a morte proveio da não viabilidade, o que Justiniano não fez, não podendo, por conseguinte, fazel-o o interprete — *Ubi lex non distinguit, nec interpretes distinguere debet.*

§ 5º

Em que, pois, se bazeam os adeptos da viabilidade ?
Primeiro argumento:

No seguinte texto de Aulo Gellio; «*memini ego Rome accuraté hoc atque sollicité quæsitum, negotio non rei tunc paræ postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset, quum abortio quibusdam non partus videretur mensis octavi intempestivitas.*» (45)

Neste texto diz-nos Aulo Gellio que se lembra que, em Roma, se discutira, em um processo muito importante, se uma creança que nasceu viva e morreu logo depois, devia ser contada para se conceder à mãe o—*jus trium liberorum*—, pretendendo uma das partes que não, porquanto esta criança era inviavel, por ter nascido aos oito mezes.

Para bem se comprehender o alcance deste processo, devemos notar que havia, então, o preconceito de que podiam ser viaveis as creanças nascidas aos sete mezes, mas nunca os nascidos aos oito. (46)

Este preconceito absurdo, abraçado pela eschola dos glozadores, chegou a se impôr ao insigne fundador do methodo exegetico e historico o grande Cujacius, que o admittia como se vê claramente no seguinte texto: «*Qui ante septimum vel octavo mense prodeunt, imperfecti sunt nec vitales.* » (47)

(45) Liv. III, cap. 16, cit por Savigny, op. cit. vol. 2º, pag. 383

(46) Vide Savigny, op. cit, vol. 2º, pags. 376.

(47) In Paulum, liv. 4º., tº. 9, § 5º.

E isto não é para se admirar, porque, ainda no fim do seculo passado, tal absurdo era ensinado pelos nossos reinícolas, como vemos pelas seguintes passagens, que, só por curiosidade, vamos transcrever, pois as encontramos em um dos nossos melhores commentarios — o Repertorio das Ordenações.

Eil-as: — Tratando das ampliações que se podem fazer á Ord. liv. 4.º, t.º 65, diz Silva Pereira: «*amplia 7, etiamsi liberi supervenientes statim decedant. Sed hæc ampliatio est valdé dubia, alii enim distinguunt intera partum vitalem et intempestivum; nam, si fuerit intempestive natus, v. g. quinto, sexto et octavo mense.*» (48)

Commentando a Ord., liv. 4.º, tit. 82, § 5.º, diz ainda elle: — «*Quid autem si posthumus nascatur in mense octavo? Tenent plures hunc partum successibilem esse et ab eo testamentum rumpi, quia est magis vitalis quam septimestris; sed contrarium tenent plures, afferentes partum octimestrem non esse vitalem, sed abortivum, ideo non esse successibilem, quia habetur tanquam si natus non esset.*» (49)

Feita esta pequena digressão, indispensavel á comprehensão da passagem de Aulo Gellio, vejamos o alcance do argumento que della pretendem tirar os adeptos da viabilidade.

Não ha duvida alguma que, neste texto, se tracta da viabilidade do recém-nascido, pois pretendia-se que, tendo a creança morrido logo depois de nascer, e, *não podendo continuar a viver* por ter nascido aos oito mezes, dever-se-ia tel-a como nascida morta, isto é, como um aborto, não podendo, por conseguinte, sua mãe gozar dos privilegios ligados ao — *jus liberorum* —.

(48) Rep. das Ord. » vol. 2.º, pag. 175.

(49) Ibidem, vol. 3.º, pag. 662 e 663.

Mas desta passagem transcripta nenhum argumento se póde deduzir para a viabilidade em Direito Romano, como condição de capacidade das pessoas naturaes, pelos seguintes motivos: —

a) porque Aulo Gellio (infelizmente, como diz Savigny (50)) não nos diz qual foi a decisão do juiz;

b) porque, ainda que o dissesse, tal sentença, conforme os principios juridicos relativos ao caso julgado apenas teria auctoridade nos termos em que foi a questão debatida em juizo, isto é, relativamente aos direitos da mãe, derivados do — *jus liberorum*, — e não á capacidade juridica do recém-nascido, face unica sob a qual estudamos a viabilidade em Direito Romano;

c) porque, embora houvesse sentença, embora pudesse o caso julgado abranger a capacidade do recém-nascido, todavia (*e é argumento irrespondivel*) esta passagem não consta das fontes do Direito Romano e, pois, nenhum valor tem.

§ 6º

Examinemos o

SEGUNDO ARGUMENTO

E' Namur (51) quem nol-o apresenta, fundando-se nos seguintes textos de Paulo (*e são os mais importantes*), em que este jurisconsulto enumera as condições exigidas para poder a mãe herdar de seus filhos, em virtude do *senatusconsultum Tertulianum*:

(50) Droit Romain, vol. 2.º pag. 383.

(51) «Cours d' Institutes» vol. 1.º, cap. 1.º, § 37, pag. 51.

«Matres tam ingenuæ, quam libertinae, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo *vivos et pleni temporis* pariant ». (52)

«Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pytagorei numeri hoc videtur admittire, ut *aut septimo pleno aut decimo mense, partus maturior* videtur. » (53)

«Estes textos, diz Savigny, se referem especialmente á viabilidade; pois fãlão de meninos *vivos et pleni temporis*, reconhecendo assim que os pòde haver vivos sem serem viáveis. Não se poderia pretender que *pleni temporis* è empregado aqui no sentido de *superstitos*, porque Paulo diz precisamente o contrario no livro 4º, tº 9, § 9º, em que se trata de filhos legitimos, e *pleni temporis* se refere á presumpção da concepção durante o casamento, pois não se olhava para a legitimidade dos filhos, quando se tractava do *jus liberorum* e, sobretudo, do direito de successão reciproca existente entre a mãe e seus filhos, como o ensina o mesmo Paulo no liv. IV, tº. 1º, § 1º., Assim Paulo entende sem duvida, que, para se contarem os filhos no numero dos necessarios ao *jus liberorum*, relativamente á mãe, cada um delles deve nascer vivo e, mais ainda, conforme a duração da gravidez, viavel — *pleni temporis*. » (54)

Antes de tomar em consideração este argumento, torna-se necessario, para perfeita comprehensão do texto, examinar — qual o tempo que Paulo considera — *plenum* —, necessario para se poder considerar o parto como — *maturior* — e o nascimento *a termo*: è o que passamos a fazer.

(52) «Ad Sc. Tert., liv. IV, tº IX, § 1º.,

(53) Ibidem, § 5º.,

(54) Op. cit. pag. 384

Quanto ao primeiro tempo — o minimo da concepção, elle o diz na primeira parte do § 5.º supra — *septimo mense* — e esta regra concorda com a que estabelecemos no § 3.º, isto é, 182 dias depois da concepção.

Mas, na segunda parte do mesmo texto, querendo apoiar-se sobre a auctoridade de Pytagoras, elle vae de encontro a esta regra, pois exige que o septimo mez esteja completo — *aut septimo pleno* — quando, segundo os principios adoptados pelo Direito Romano, basta que elle esteja começado, bastam 182 dias de gestação, conforme os textos que já citamos no § 3.º e, o que é mais, conforme a opinião do proprio Paulo, que, no Dig. liv. 1.º, t.º 5.º, fr. 12, diz: « *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi vivi Hypocratis: et ideo credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.* »

Para solver esta difficuldade Noodt, (55) propõe ao § 5.º cit. a seguinte correcção: -antepor-se a—pleno—a virgula que lhe está posposta, de sorte que, em vez de «aut septimo pleno, aut decimo mense, partus maturior videatur, como está no texto, teremos:—aut septimo, pleno aut decimo mense, partus maturior videatur —.

Mas esta alteração posposta, apezar de confirmada por um manuscripto a que se refere a edição de Bon (Appendice, pag 187), (56), com a deslocação da virgula, apenas tambem deslocou a difficuldade, que, de *septimo pleno* passa agora para — *decimo pleno* —, exigindo que a creança nasça somente no fim do decimo mez e não em todo o decurso deste, de accordo com os principios a que nos referimos no § 3.º.

(55) « Ad Pandectas, lib. 1.º, t.º 6.º, cit. por Savigny, op. cit., pags. 387 .

(56) Vide Savigny cit., pag. 385.

Resumamos, a respeito, a opinião de Savigny. (57)

Este notavel romanista resolveu a difficuldade, dizendo que Paulo admittia as mesmas regras de Ulpiano (as que expozemos no § 3.º, isto é, que o nascimento pode ter logar dos 182 aos 300 dias da concepção), mas que, referindo-se a Pytagoras, quiz alardear erudição, e, no caso, erudição *superflua e inintelligente*.

Com effeito, Pytagoras só admittia duas epochas determinadas, dous dias fixos em que uma creança podia nascer viavel, a saber, o ultimo dia do septimo e o ultimo dia do decimo mez, como nôl-o mostra (além de outros argumentos que, para nos não alongarmos mais, deixamos de reproduzir) a disjunctiva—aut, que, repetida, *aut* septimo pleno, *aut* decimo mense, designa uma alternativa entre os dous dias ou termos determinados e não estes mesmos termos e o intervallo entre elles comprehendido.

Eis, pois, em resumo, a opinião de Paulo :

Entre os requisitos necessarios para que a mãe possa succeder aos filhos, é preciso que estes nasçam vivos e a termo, isto é, *viaveis*, e a viabilidade (ou nascimento a termo) se dará, quando os mesmos filhos nascerem do principio do septimo ao fim do decimo mez.

Explicada, assim, a passagem de Paulo, verificado que esta passagem se refere expressamente e unicamente á *viabilidade* ; porque julgamos ainda improcedente este segundo argumento, deduzido de texto tão claro e tão frisante ?

Pelos seguintes poderosos motivos :

a) porque este texto se refere á uma questão completamente differente da de que nos occupamos — de um privilegio concedido ás mães que tinham tres filhos,

(57) Op. cit., pag. 385 a 387.

quando ingenuas, ou quatro, quando libertinas, e, por conseguinte, não podemos applical-o ás condições de capacidade dos recém-nascidos: fazel-o, seria abusar do *parallelismo*, que, no dizer de Paula Baptista, (58) exige relação *intima e scientifica* entre as questões;

b) porque, quando não seja procedente esta razão, tal texto não tem força de lei por não ter sido incluído na consolidação Justinianèa;

c) porque este texto, tendo por objecto o jus liberorum, funda-se nas leis Julia e Papia, leis que, derogadas por Caracalla e por Constantino, forão, na phrase de Ortolan, (59) *completamente e textuellement abrogées par Justinien*.

Passemos, pois, a considerar o

TERCEIRO ARGUMENTO

§ 7.º

Elle é deduzido dos seguintes textos de Paulo: «Septimo mense nasci *perfectum* partum jam receptum est etc.,» (60); e das palavras de Justiniano: «Si vivus *perfecte natus* est... si vivus ad orbem *totus* processit.» (61).

Estes textos nos são apresentados, não só pelo mesmo Namur, (62) como por Van-Wetter, o qual diz que d'elles, «interpretados sem espirito preconcebido», resalta a doutrina da viabilidade. (63)

Assim não è:

a) porque as palavras — *perfectum partum* — do texto de

(58) «Hermeneutica Juridica» § 42

(59) «Legislation Romaine, vol. 1.º § 70, pag. 299

(60) «Dig.» liv. 1.º tit. 5.º § 12.

(61) «Cod.» liv. 6.º, tit. 29, § 3.º.

(62) «Op. cit.» § 37 pag. 51.

(63) «Cours de Droit Romain» vol. 2.º pag. 81.

Paulo, segundo o dizem Savigny (64) e Maynz, (65) significam o parto perfeito, completo, em opposição ao simples aborto ; pois, como até aqui temos já repetido, era este o espaço minimo que o Direito Romano admittia para que uma criança pudesse nascer viva ;

b) porque este texto de Paulo não trata da viabilidade, mas de questão completamente differente — da legitimidade dos filhos — como se vê pelo seu final : « et ideo credendum est eum qui ex justis nuptiis natus est, legitimum filium esse », não se podendo, pois, applical-o á viabilidade, o que seria applicação absurda do parallelismo; (66)

c) porque é verdadeiramente incrível que, para exprimir um parto viavel, uzasse o jurisconsulto Paulo de um termo improprio — *perfectum*, quando ha, em Latim, o termo tecnico—*vitalis*, empregado pelos classicos. (67)

De grande peso é esta razão, attendendo-se a que, no dizer de Bruggi, « la precisione del linguaggio fu eminentemente caratteristica dei giuriconsulti romani che formarono una dottrina *de verborum significatione* », (68) e, como accrescenta Cogliolo, (69) em Roma, o conceito de que gosavam os grandes juriseconsultos, estava na razão do modo por que sabiam manejar a technica juridica : e, quanto ao conceito em que era tido Paulo, basta considerar-se que elle foi um dos cinco contemplados na celebre *lei da citação*.

Quanto ao argumento que se pretende deduzir do texto de Justiniano « si vivus perfecté natus est », não procede :

(64) «Op. cit.» pag. 382.

(65) «Droit Romain» vol. I. § 80, notas 14 e 15, pag. 394.

(66) Vide nota 58.

(67) « Plinio » Hist. Nat. » liv. VII, cap. IV.

(68) «Introd. alle Sci. Guirid.» pag. 70.

(69) «Filosofia del Diritto. Priv.» pag. 94.

a) — porque o adverbio de modo *perfecté* — não modifica o adjectivo *vivus*, pois lhe está posposto, mas o verbo — *natus est*, — a que está anteposto : assim ninguém traduzirá o texto em questão — si perfectamente vivo, nasceu, mas — si vivo, nasceu perfectamente.

Para a primeira traducção seria preciso que depois de *perfecté* — houvesse uma virgula, o que não ha, e mesmo assim, seria errada a collocação deste adverbio ;

b) pela ultima razão que vimos de dar para o texto de Paulo, pois se trata da palavra — *perfecté*, que é derivada do adjectivo — *perfectus* —, ao passo que, em Latim, se tem o adverbio — *vitaliter* que seria o termo proprio ;

c) — porque, no texto em questão, o que Justiniano diz é que, com o nascimento do filho, se romperá o testamento do pae, si o mesmo filho, depois de completamente separado das visceras maternas, estiver vivo, como se vê pelas palavras subseqüentes — *si vivus ad orbem totus processit* (si, estando vivo, foi completamente dado á luz) ;

d) — porque, quando as razões precedentes nenhuma força tivessem, logo depois do texto em questão, Justiniano acrescenta: « *licet illico, postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit,* » embora morra logo depois, ou ao cahir em terra ou nas mãos da parteira, o que constitue argumento irrespondivel contra a doutrina da viabilidade, como já o mostramos no § 4.º.

Examinemos finalmente, o

QUARTO E ULTIMO ARGUMENTO

§ 8.º

Sebastian Gianzana, Francesco Bo e Pietro Tapari (70)

(70) Vide «Codice Civile d'Italia,» nota (2) ao art. 724, n. 2, pag. 248,

commentando o art. 724 do *Cod. Italiano*, defendem a theoria da viabilidade com o texto do Dig., liv. 50, tit. 16, fr. 135 « Queret aliquis si portentosum. vel, monstruosum vel *debilem* mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an quia enixa est, prodesse ei debeat ? »

Este argumento funda-se exclusivamente na palavra — *dibilem* —, querendo elles que ella signifique — inviavel.

O argumento é fraquissimo, parecendo até haver engano na citação, e, pois, não deveriamos perder tempo em lhe dar uma resposta.

Já, porém, que o apresentamos, pela honra devida aos padrinhos, ahí vão as razões de sua inadmissibilidade :

a) — trata-se de um parto monstruoso, como se vê pelo contexto : — se uma mulher tiver dado á luz um monstro, ou um menino debil, que, pelo que manifesta de extraordinario no rosto ou no grito, tem mais de animal que de homem;

b) — para exprimir a palavra — inviavel — tinham os Romanos os termos — *vitalis* — precedido de qualquer negativa, por exemplo, — *haud* — como usou Plinio, e — *intempestivus*, como usou Aulo Gellio; (71)

c) — neste texto, Ulpiano trata do privilegio inherente ao—*jus liberorum*, como se vê, já pela epigraphe — *Ad legem Juliam et Papiam* —, já pelo verbo — *prodesse*.

Suppomos, pois, estar provado que o Direito Romano não exige a viabilidade como condição de capacidade das pessoas naturaes.

(71) Vide notas 67 e 45.

Passemos a examinar a questão perante as legislações modernas.

Não exigem a viabilidade os seguintes códigos :

Portuguez, art. 6º,

Argentino, art. 72,

Chile, art. 55º,

Perù, art. 4º,

Prussia, art. 8º. e

Zurich, art. 8º,

O Hespanhol, no art. 3º, apenas estabelece o seguinte: « Para os effeitos civis não se reputará nascido o feto, senão si tiver forma humana e si viver 24 horas, depois de completamente separado do seio de sua mãe.»

Identica disposição contem o art. 4º do Cod. do Perú.

Estas disposições, porém, não se referem á viabilidade, mas á vida.

Sómente exigem a viabilidade os Cod. Civ. Fr., arts. 314, 725, e 906; Cod. Ital., art. 724, n. 2 e Cod. da Luiziania, art. 917 e 948.

Não só se achão em grande minoria estes códigos, mas ainda, para soiver as grandes difficuldades relativas á prova da viabilidade, procuram os mais distinctos jurisconsultos, em seus commentarios, restringir a accepção da palavra, tomando-a no sentido restricto de que falamos no § 2º, isto é, considerando *viaveis* todas as creanças que nascerem vivas, *embora morram immediatamente depois* do nascimento, *qualquer que seja a causa* e só tendo como *inviaveis* as que nascerem antes de 180 dias depois da concepção.

Eis a opinião de Aubry et Rau :

« Toda a creança nascida viva deve ser considerada como nascida viavel, bem que tenha morrido *immediatamente depois* de seu nascimento. Todavia, si decorreram menos de 180 dias entre a concepção e o nascimento de uma creança, a lei a reputa não viavel, ainda que ella tenha vivido durante um certo intervallo de tempo. » (72)

E em a nota 4 a este §, depois de citarem, em apoio da doutrina supra, Merlin, Chabot, Grenier, Troplong e Zacariæ, eis o que elles acrescentam :—« Resulta das duas proposições enunciadadas no texto que, conforme nossa maneira de ver, a presumpção de viabilidade ligada ao nascimento com vida não póde ser efficazmente combatida sinão pela prova de que o menino veio ao mundo antes dos 180 dias da concepção».

Os arestos citados na nota precedente parecem admittir que esta presumpção deveria igualmente cessar, si se viesse a provar que o menino, posto que nascido depois dos 180 dias da concepção, não estava provido dos orgãos necessarios á vida ou se achava affectado de um vicio de conformação que lhe não permittisse viver. Esta opinião, nos parece, deve ser rejeitada, porque conduziria a difficuldades insoluveis e só poderia dar soluções mais ou menos arbitrarías .

Bem comprehendemos que a privação de certos orgãos, que a existencia de taes ou taes vicios de conformação seja de natureza a fazer afastar, como incertos ou equivocos, os pretendidos signaes de vida dados por uma creança.

Mas, quando está claramente estabelecido que uma creança viveu, não ha, a nosso ver, que duvidar entre

(72) « Droit Civil Francais, » Vol. 1º, § 53, f.º 262.

a certeza da vida e a allegação mais ou menos arriscada da não viabilidade, allegação de que a lei, alhures, parece rejeitar a prova, todas as vezes que decorrerem mais de 180 dias entre a concepção e o parto »

Esta mesma interpretação tem sido a seguida pelos jurisconsultos que commentam o Codigo Italiano.

Eis como argumenta a respeito e irresponsavelmente Pacifici Manzoni :

« Se um menino nasce a termo e vivo, manifestamente já completou o desenvolvimento organico necessario para viver vida propria ; poderá ser fraquissimo, requerer maiores cuidados, mas isto não exclue a aptidão para viver. Quando, porém, um ou mais órgãos estão viciados, mas o menino vive verdadeiramente, ainda que por poucos instantes, quem ousará affirmar que elle não teria podido viver mais instantes, mais horas, mais dias, mais mezes, mais annos ?

Quantos homens, nascidos, quiçá, com defeitos organicos, não têm chegado á idade madura e adeantada ?

Que não podem os mais attentos cuidados e a arte ? Um menino nasceu sem a abertura anal ; foi operado por um habilissimo cirurgião ; viveu poucos dias e morreu: foi elle viavel, teve capacidade juridica ?

Pelo defeito organico não podia viver, pelo subsidio da arte tel-o-ia podido : fareis prevalecer a impossibilidade natural ou a possibilidade artificial para declaral-o inviavel ou viavel ? » . (73)

Reconhecemos que é muitissimo procedente a argumentação destes notaveis commentadores e que razão lhes sobra para restringirem o mais possivel os casos de inviabilidade.

(73) Cod. Civ. Comm. (*Delle Success*), Vol., 1.º cap. 3.º, Secç. 2.ª pag. 66.

Mas, nem por isso deixam de ser incoherentes :

a) porque o Cod. Francez e o Italiano estabelecem a viabilidade sem distincção alguma, e, pois, não devem os interpretes fazel-a.

Seria, pois, preferivel que, em vez de assumirem illegalmente o papel de legisladores, como o fazem estes escriptores, propondo distincções que se não encontram na lei, em vez de quererem *fazer um novo codigo civil*, se limitassem a explicar os absurdos innumerados que se derivam da exigencia da viabilidade, que mostrassem sua inapplicabilidade, vista a impossibilidade absoluta de prova e, deste modo, se batessem pela revogação dos artigos que a estabelecem: assim cumpririam elles a grandiosa missão, que, em todas as epochas e em todos os paizes, têm sempre desempenhado os verdadeiros jurisconsultos, a qual se acha synthetisada na bellissima formula juridica -- *pro jure contra legem*. (74)

E' o que faz o eminente Laurent :

«Nous insistons sur la question, parce que, á notre avis, la théorie du code est fausse. C'est l'opinion de Domat et de Savigny. (75)

b) — porquanto, si — *ubi eadem ratio, ibi et eadem dispositio*, e si o motivo porque os sectarios da viabilidade a admittem e os codigos citados a consagram, é que não deve ter direitos quem só nasceu para morrer, esta razão procede muito mais quanto aos que nascem com defeitos organicos, que quanto aos que nascem perfeitos, e apenas antes de termo.

Si os primeiros se podem salvar por meio de attentos cuidados e da arte, (razão principal de Manzoni) porque o não poderão tambem os segundos ?

(74) Jhering. «L'Esprit du D. R.», vol. 3º., § 49, pag. 157.

(75) «Cours de Droit. Civil.» vol. 81., pag. 646, n. 546.

Muitos casos registra a Medicina Legal de meninos que nasceram antes do termo legal e que, no entanto, nasceram perfeitos e *viveram*; (76)

c) — porque a dificuldade de prova relativamente aos defeitos organicos (razão principal de Aubry et Rau) é muito maior quando se tracta do nascimento *a termo*.

Como, de facto, poderão os medicos determinar o dia da concepção, que é um segredo da natureza?

Foi exactamente graças a esta impossibilidade que, segundo vimos no § 3º., o Direito Romano tomou, por ponto de partida de seu calculo, o dia do nascimento, que é conhecido e certo.

Vencida, porém, esta dificuldade *invencivel*, que medico, pergunta Savigny, (77) ousaria decidir que o menino que se lhe apresenta, esteve exactamente, precisamente, 182 dias no seio materno e não 183, ou 181 e algumas horas?

Feito este exame perfunctorio das legislações dos povos cultos, vê-se que se achão em grande minoria os que exigem a viabilidade como condição de capacidade das pessoas naturaes, e, attenta a impossibilidade absoluta de prova a respeito, a doutrina e a jurisprudencia procuram (78) applicar a palavra na accepção restricta de que falamos no § 2º., e, mesmo assim, estabelecem, como presumpção *juris*, que — sempre que a creança nascer viva, será viavel, *embora morra immediatamente*, de sorte que tal condição se torna quasi *lettra morta* nos respectivos codigos, servindo, apenas, para mostrar « a contradicção em que, no dizer de Mat-

(76) Vide 'Gluck, vol. 28, pag. 129 e Oltze « De Partu vivo vitali, » § 37, cits. por Savigny, op. cit. pag. 375, nota (I).

(77) «Op. Cit.» pag. 378.

(78) «Aubry et Rau,» op. cit., pag. 263.

tirol », (79) cahe o legislador quando, depois de tutelado o feto no ventre materno, declara-o incapaz de adquirir e transmittir direitos, quando elle nasceu e está vivo.»

§ 10º.

Outra contradicção, porém, ainda maior é a que se manifesta nas relações desta materia com o Direito Criminal : si o filho não viavel deve ser reputado como morto e si realmente o direito civil assim o considera, é força reconhecer, como observa Savigny, (80) que tal filho não poderá ser objecto de delicto algum, porque não ha delicto possivel contra um cadaver.

Entretanto, diz Teixeira de Freitas, (81) « todos fogem á applicação dessa doutrina em materia penal ». E o Cod. Francez, como o da Luiziana, como o Italiano, punem o infanticido e o abandono de recém-nascidos, sem fazerem distincção alguma quanto á respectiva viabilidade ou inviabilidade.

Carrara procura resolver esta contradicção, dizendo que do civil se não pode argumentar, a este respeito, para o criminal : « Quaesquer que sejam as maximas do direito civil acerca dos direitos do filho nascido inviavel, não procede a argumentação do civil para o criminal. Este ser (diz-se) não tem direitos de successão. Logo a sociedade não o reconhece capaz de direitos e, pois, não pode querer proteger-lhe a vida com uma sancção penal.

Esta ordem de idéas, que é sempre viciosa, é ainda mais viciosa aqui, porque se argumenta *a pari* en-

(79) «Filosofia del Diritto» pag. 249.

(80) «Op. cit.,» pag. 379.

(81) «Esboço do Cod. Civil, vol. 1º, nota ao art. 234 pag. 158.

tre duas cousas *deseguaes* . Os direitos á successão, si se não quer dizer que a sociedade os crêa, deve-se, ao menos, admittir que devem ser por ella sanccionados . Não assim o direito á vida, que ninguem nega ser dado ao homem pela natureza, mandando a lei natural que a auctoridade civil o proteja. Da negação, pois, d' aquelles direitos (de successão) mal se argumenta para a negação destes (os de vida) » .(82)

Não procede a argumentação de Carrara: a) - porque, quando se diz que o inviavel não é capaz de direitos, não se fala só do direito de successão, mas de todo e qualquer outro, pois, a razão que se dá, é que elle é equiparado ao morto e, por conseguinte, como o diz Baudry - Lacantinerie (83) « não é possível que sobre sua cabeça se fixe direito absolutamente nenhum » ;

b) porque, se a sociedade não crêa o direito á vida, tambem não crêa o de successão, que, do mesmo modo que o primeiro, tambem se funda na natureza humana, como o reconhecem M. B., filiado á eschola catholica ; (84) Ahrens, filiado á metaphysica (85) e Cogliolo e D' Aguanno, filiaados á positiva ; (86)

c) porque, si a lei natural manda que a auctoridade civil sancione, com sua protecção, o direito á vida, tambem o manda quanto ao direito de successão, « poi-

(82) «Programma, Parte Especial,» vol. 1.º, § 1234 e nota 1ª., pags. 391 e 392

(83) «Précis de Droit Civil, » vol. 1.º, § 105, pag. 54.

(84) «Institutes de Droit Naturel, » vol. 1.º, pag. 473 e segs.

(85) «Droit Naturel, » pags. 470 e seguintes.

(86) «Filosofia del Diritto », pag. 254 ; «La Genesi e L'Evoluzione del Diritto Civile, » pags. 416 e segs.

ché, diz Miraglia, (87) « il diritto di successione é diritto naturale. »

d) porque Carrara suppõe que ninguem conteste que o direito de vida seja dado ao homem pela natureza: « non cosi il diritto alla vita, il quale nessuno contrasta essere dato á l'uomo della natura etc. »; ora não só muitos escriptores o contestam, como nô-lo mostra Herbert Spencer, (88) mas ainda Rafaelo, Balestrini, (89) apezar de acceitar o argumento que estamos refutando, todavia accrescenta « Veramente noi non possiamo pure accogliendo la conclusione del Carrara, accetarne il ragionamento : tutti i diritti esistono in quanto esiste la societá e non hanno mai la loro origine da una legge naturale » ;

e) porque, ainda que procedesse a razão de Carrara relativamente ao crime de infanticidio, não procedería em relação ao de abandono de recém-nascidos, como elle proprio o confessa, fornecendo-nos, assim, mais um argumento contra a razão dada.

Logo depois de afirmar que, da negação do direito de successão, não se pôde concluir para a negação do de vida, continua elle: « La illazione sarebbe logica soltanto in quei reati, la oggetività dei quali stesse nei diritti di famiglia, ossia dello stato civile.

Questa potrebe essere una buona ragione per spiegare il silenzio che intorno alla circostanza di non vitalità si tenne dai giuristi e dai legislatori intorno al reato di esposizione d'infante. »

Balestrini absolutamente não resolve a difficuldade, mas deixa-a de lado, visto que, á luz dos fundamentos da eschola positiva, ella não tem a menor importancia.

(87) « Filosofia del Diritto, » cap. xxii, pag. 594 .

(88) « L'individu contre l'Etat » pags. 1216 e 130.

(89) « Aborto, Infanticidio ed Espozicione d'infante, » cap. 4.º, pag. 44.

Melhor diremos, para elle é muito procedente a objecção feita, pois, de accordo com os principios que adopta, o recém-nascido só tem direito á vida, quando nasce *maduro*, isto é, *a termo, viavel*.

Como, pois punir-se o infanticidio do inviavel?

Pela mesma razão diz elle, (90) por que se pune o feticidio. E qual esta razão?

Encontramol-a no cap. 6.º da parte 1.ª: pelo direito que têm os cidadãos de não serem offendidos nos seus sentimentos piedosos por actos de crueldade: «in forza di um diritto dei cittadini a non essere offesi nei loro sentimenti pietosi da atti di crudeltá». (91)

Esta razão é inteiramente improcedente á vista dos principios em que se bazea a eschola seguida por Barestini— a theoria de Darwin, segundo a qual elle é o primeiro a reconhecer que se deve resolver a questão: «abbiamo visto che il feto non ha capacità giuridica perché *non fa parte della società e secondo l'applicazione da noi fatta della dottrina Darwiniana in base ai dati delle embriologia comparata, non fa parte neppure dell'umanità* »(92) Ora, attenta a *selecção natural*, attento o aperfeiçoamento da raça e da especie, não deverá ser um *benemerito* quem *eliminar* a um *inviavel*, a uma pessoa que, si conseguir, por um requinte de cuidados, prolongar sua existencia, nunca poderá lutar pela vida, será sempre um *fraco*, sempre pesado a seus semelhantes, sempre um factor pernicioso de seres degenerados e imrpestaveis?!

Como pederá offender os sentimentos piedosos de seus semelhantes quem se limita apenas, a auxiliar a

(90) Op. cit., pag. 244.

(91) Ibidem, pag. 118.

(92) Ibidem, pag. 241.

natureza, pois, como o ensina H. Spencer, « é uma lei da natureza sob cujo imperio a vida attingio seu grau actual, a lei conforme a qual uma creatura que não tem energia sufficiente para prover a todas as suas necessidades, deve morrer na lucta » ? ! (93)

Chauveau et Hélie desenvolvem a argumentação de Carrara, ampliando-a com a seguinte consideração : « Et pourquoi sa protection (refere-se á lei criminal) ne lui serait elle pas accordée aussi bien qu' au malade á l'agonie, au vieillard parvenu au terme de son existence, au condamné á mort jusque á l'execution réguliere de sa condamnetion ? » (94)

E' facil a resposta :

(a) Ao doente, embora em agonia, e ao velho, embora chegado ao termo de sua existencia, a lei não lega a capacidade de direitos e sempre os considera como *pessoas*, o que se não dá com o recém-nascido *inviavel*, não podendo, pois, ter logar o argumento *á pari* ;

(b) Esta mesma resposta prevalece em relação ao condemnado á morte, porquanto as legislações modernas, com excepção da da Russia (e esta mesma com *grandes abrandamentos*) não admittem a morte civil. (95)

Puglia, referindo-se a esta difficuldade, apenas se limita a reproduzir os argumentos supra de Carrara e de Chauveau et Hélie, sem lhes citar os nomes, (96) argumentos cuja improcedencia acabamos de mostrar.

Impallomeni dá a seguinte razão : « Sarebbe grandemente pericoloso ammettere che possa invocarsi a causa di giustificazioni la non vitalità del soggetto passivo, giaché

(93) «L'individu contre l'Etat», cap. 2.º pag. 28.

(94) «Theoria do Cod.Penal» vol. 1º, n. 2400, pag. 725.

(95) Clovis Bevilacqua, «Legis. Comp.», pag. 127, nota (1).

(96) «Diritto Criminale» cap.º VII, pag. 181.

in tal modo si riusgicerebbe a fare ciascheduno giudice di una condizione di fatto non sempre facile a conosersi, qual é la vitalità o non del neonato, ed encoraggiare su tal proposito, quindi, degli errori fatali.» (97)

Mas esta difficuldade, alem de prevalecer tamtem em Direito Civil, se removerá com o *corpo de delicto* feito por professionaes.

Muito mais logicos, muito mais coherentes são Fewerback e Mittermaier, (98) são Carmot, Rogron, Rauter, e Morin, (99) bem como Pessina, (100) que acceitam, em Direito Criminal, a theoria da viabilidade com todas as suas rigorosas consequencias e, pois, não admittem o crime de infanticidio, quando o recém-nascido fôr *inviavel*, devendo, em tal caso, a *viabilidade* ser parte integrante do *corpo de delicto*.

Que legislador, porém, teria a coragem de encampar semelhante absurdo ? !

Do estudo feito resulta :

a) que, dentre os codigos examinados, apenas tres admittem a theoria da viabilidade ; mas, mesmo nestes, a doutrina e a jurisprudencia, attenta a impossibilidade da prova, restringem a accepção da palavra, de modo que sómente se considerem *inviaveis* os nascidos *antes de termo* e estabelecem a *viabilidade* como presumpção *juris* sempre que a creança nascer viva ;

b) que estes legisladores se contradizem, visto que,

(97) «Delitti contra la Pessona» § 4.º, pag. 105 da obra de Pietro Coglioto, «Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale» vol. 2, parte 2ª.

(98) citados por Savigny, op. ctt. pag. 380.

(99) citados por Chauveaux et Hélie, op. cit., pag. 725.

(100) — «Elementi,» Vol.2.º § 3.º

em Direito Criminal, punem o crime de infanticídio e o de abandono de recém-nascidos, sem attenderem à viabilidade ou não das victimas ;

c) que os mais distinctos criminalistas, embora o procurem, não conseguem justificar esta contradicção, pelo que muitos delles, e tão distinctos quanto os primeiros, applicam ao direito criminal todas as consequencias logicas do systema ;

d) mas que nenhum legislador teria a coragem de sancionar semelhante opinião.

§ 11

Passemos, finalmente, a examinar a questão perante o *direito co stituendo*, o que é para nós de summa importancia, visto não termos ainda codigo civil.

Convem que se adopte a viabilidade ?

De tudo o que vimos de dizer parece que, do bico da penna, logicamente salta a resposta negativa.

E ella é a unica possivel, porque, como diz Miraglia, «simile condizione non é giusta, perché la capacità di diritto deve dipendere dall'esistenza dell'uomo, e non dalla possibilitá de durare nella vita. L'uomo vi é sempre, astrazione fatta da questa durata ; e se l'uomo vi é, il diritto non può mancare.

«Inoltre la condizione indicata dá luogo a molte incertezze nei giudizi dei perite, e si opone, comi nota Savigny, alle leggi penali, che guarentiscono la vita del neonato non vitale.» (101)

Assim o têm entendido os jurisconsultos incumbidos da confecção do projecto do nosso codigo civil.

(101) «Filosophia del Diritto», lib. 2.º, cap.º 1.º, pag. 267,

Eis o artigo 224 do *Esboço do Código Civil* de Teixeira de Freitas: «Tambem não importará que os nascidos com vida tenham impossibilidade de prolongal-a e que pereçam logo depois do nascimento, ou por nascerem antes de tempo, ou por qualquer vicio de organização interna.»

Disposição identica se encontra no art. 140 do *Código Civil* de Nabuco e no art. 145 do *Projecto* de Felício dos Santos.

O Dr. Coelho Rodrigues, na confecção da lei do casamento civil, promulgada pelo Dec. n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, mostrou-se adepto da theoria da viabilidade; pois, no art. 43, diz: «Este registro fará retrotrahir os effeitos do casamento, em relação ao estado dos conjuges, á data da celebração e, em relação aos filhos communs, á data do nascimento, *si nascerem viaveis.*»

Mas, no *Projecto do Código Civil*, tendo feito, como é natural, estudos mais serios e aprofundados, elle mudou de opinião, como se vê no artigo segundo: «Todo aquelle que nasce com vida e fórma humana, é considerado pessoa natural e capaz de direitos civis.»

Parece-nos, pois, podermos concluir que, em face do direito constituendo, não se pode justificar o requisito da viabilidade.

E, como brilhante synthese dos argumentos até aqui expendidos, vamos concluir com as seguintes palavras de Castellari: »

« E' da retinersi che la condizione naturale ed indispensabile della personalitá giuridica uell'uomo é l'existenza, ma non si puó ragionalmente aver riguardo alla durata piú o meno lunga di tale existenza.

« Se taluno é nato ed existito, é giusto che egli

sia considerato come persona senza badare se abbia vissuto maggiore o minor tempo.

« Egli é poi a notare que col richiedere il requisito della vitalità si abbandonerebbe la determinazione della personalità ai pericoli ed alle incertezze di un giudizio peritale, mentre essa dovrebbe essere stabilita com criter precisi ed immutabili ; a ed « parte, poi, i dubbi che possono nascere dai contrari pareri dei periti, egli é per lo meno strano che di fronte ad un fatto accertato, *la vitta*, vogliasi ancora dubitare della vitalità ossia delli attitudine o *vivere*.

« Qual piú bella prova dell' attitude a vivere che la vita stessa ?

« Nê si dica che in tal modo si protrebbe accordare personalità ad esseri non ancora conformati, ad aborti, i quali pur sovente venendo alla luce si muovono e danno segni di vita.

« L'aborto non é un essere maturo e *completo*, e indubbiamente perché via sia persona é necessario che siave un essere umano conformato e completo.» (102)

Cidade de Minas, 15 de Setembro de 1898.

EDMUNDO LINS.

(102) «Elementi di Diritto Civile, v. 1.º, « Della Persone, » cit. por Balestrini, « op. cit., » pag. 249 e 250.

