

Prazos da gestação *or or or*

(ARTS. 344 A 347 DO PROJECTO)

O notavel medico legista brasileiro, DR. NINA RODRIGUES, censura estes artigos por não se terem modelado pelos ensinamentos da physiologia. E' bem possivel. Afundidos como se acham os juristas nos tremedaes obscuros do *Corpus Juris* e da rotina, pouco sabem das sciencias que rebrilham faustosas em altitudes que lhes parecem inacessiveis. Todavia, é certo que o officio os fez cautelosos. Os romanos pediram luzes a HIPPOCRATES (21); os organizadores do Codigo Civil Francez acostaram-se a FOURCROY, celebre chimico e naturalista, discipulo em medicina de um dos maiores vultos da sciencia medica franceza no seculo XVIII, o conhecidissimo VICQ

(21) D. 1, 5 fr. 12: *Septimo mensa nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri—HIPPOCRATES; D. 38, 16 fr. §§ 11 e 12: Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, HIPPOCRATES scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum.*

A duração da gravidez, segundo HIPPOCRATES, era, na media, de 280 dias, e no minimo de 182 dias e 15 horas (*Œuvres*, trad. LITTRÉ, VII, p. 437, citação de BROUARDEL, *Marriage*, 172).

D'AZIR (22); e os allemães não descuraram as competencias medicas quando tractaram de articular esta parte de seu codigo civil.

E' já uma excusa que deve ser aceita em boa fé. E ha outras ainda, que facilmente acudiriam á penna de advogado mais habil do que o escriptor destas linhas.

Não me proponho responder agora ás criticas do operoso professor a quem me prendem fortes laços de affeição pessoal, a par de muita estima por sua excepcional cultura. Para tanto faltar-me-hia, de todo, a competencia. Falarei apenas como legista, procurando respigar no proprio ataque os elementos da defeza.

E, desde logo, observo que, si homens da estatura de TAYLOR, de CRECCHIO, LAZZARETTI, TOURDES, STRASSMANN e LACASSAGNE, combatem a doutrina aceita pelo *Projecto*, auctoridades não menos respeitadas como HOFFMANN, SOEXINGER, LEGRAND DU SAULE e BROUARDEL, lhe não recusam apoio. E combater é talvez uma expressão muito forte; pelo menos, para alguns dos mestres do primeiro grupo, visto como é de LACASSAGNE a seguinte affirmação: «Em regra, a viabilidade não se mostra antes do 180° dia: é inteiramente excepcional no correr do sexto mez e torna-se frequente no setimo.» (23)

Si antes do tempo indicado pelo *Projecto* não apparece a viabilidade, é que apparece depois, logo depois, deixa perceber o sabio professor de Lyon.

Deante dessa divergencia das summidades scientificas, na especialidade, e eu ainda poderia in-

(22) *Précis présenté au conseil d'Etat sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives*, apud LOCRIÉ, *Legislation civile*, VI, p. 50.

(23) *Précis de médecine judiciaire*, Paris, 1886, p. 515.

vocar LITTRÉ ET ROBIN, (24) ANGIOLÒ FILIPPI (25) e outros em favor do *Projecto*; deante das concessões daquelles mesmos que lhe não offerecem franco apoio, julgo que foi muito rigoroso o DR. NINA RODRIGUES, escrevendo que «o Projecto vae de encontro a todos os ensinamentos da observação e da experiencia e não faz mais do que facilitar a introducção impune, na familia legitima, de filhos concebidos antes do casamento.» (26)

Não são somente os legistas, tenazes na sua ignorancia, que se prendem aos prazos que o *Projecto* recebeu das legislações dos povos mais cultos; são tambem os medicos, são tambem os que fizeram desta especialidade da medicina objecto de accurados estudos. Devo citar textualmente as palavras de FILIPPI: --- Entrando però dentro alle ragione storiche del diritto civile si rileva che il legislatore, prudente al evitare scandali e questioni interminabili, prescelse di indicare quelle due date estreme dei 180 e dei 300, senza pretendere stabilire una disposizione assoluta... Questa ragione storica, che io vedo da pochissimi autori, quanto si meriterebbe, poco valutata, *è quella che concilia stupenamente i principii del diritto civile e i predicati della scienza medica.*

O prazo de 180 dias é condemnado por excessivamente curto; deveria protrahir-se até o 230º dia. Convenhamos que assim seja; mas é preciso attender, por outro lado, a que não se tracta, no *Codigo Civil*, de dar força de lei a uma indicação, verdadeira ou falsa, da physiologia ou

(24) *Dictionnaire de médecine*, v. b. ACCOUCHEMENT.

(25) *Principii di medicina legale*, Firenze, 1892, p. 54.

(26) *Diritto*, vol. 88, p. 16.

da obstetrícia. Não pretende a lei affirmar que com 180 dias de gestação o feto alcança a plenitude de seu desenvolvimento e se acha apto para a vida extra-uterina. Seus intuitos são antes sociaes e moraes do que biologicos, e si anteriormente ao 180º dia os partos são abortivos, em regra, e depois dessa época vão se accentuando as condições de resistencia, não devemos accusar os legisladores que o adoptaram como ponto inicial da progenitura legitima, antes cumpre que se veja na largueza da lei o nobre empenho de não prejudicar o filho e de não facilitar uma grave injuria irrogada á mãe.

É, porventura, o prazo de 270 dias estaria isempto de qualquer censura? Creio que não, pois que o desenvolvimento do embryão não se faz obedecendo a uma marcha fatal que se reproduza sem discrepancia, em todos os casos. Segundo LITTRÉ ET ROBIN (27), a época do parto de tempo varia entre 260 e 280 dias, considerando-se prematuro o que se verifica antes do primeiro termo indicado. Teriamos, assim, um periodo de trinta dias, fornecendo largas ensanchas para a *introducção impune, na familia legitima, de filhos concebidos antes do casamento*. Mais concludente ainda é o ensino que se colhe das seguintes considerações de BROUARDEL : (28) « Todo o mundo admittiu que creanças nascidas antes do sexto mez de gestação tivessem podido dar alguns signaes de vida, porém a maior parte dos auctores, MAURICEAU, BAUDELLOCQUE, MAHON, EDÉVÉ, não pensavam que a viabilidade pudesse começar antes de completado o setimo mez. Foi nessas condições que TARNIER fez a sciencia dos

(27) *Loco citato*.

(28) Obra citada, pag. 180 a 181.

partos realizar uma conquista admiravel por um novo methodo de criação dos meninos nascidos antes do termo normal, pelo incubador e pela ceva. Desde essa época os factos publicados permitem pensar que o termo da viabilidade avança notavelmente.» Mas o DR. NINA RODRIGUES, muito ao contrario, pensa que se deve ter por inaceitavel o prazo minimo da lei, e nós os leigos, os profanos, ficamos perplexos.

Note-se ainda que, de accordo com a regra, o *dies a quo non computetur in termino*, o prazo minimo fixado pelo *Projecto* ficará accrescido de um dia. E' verdade que o art. 946, I, parece encurtal-o, mas ha, sem contestação, equívoco no modo de dizer. E' necessario emendar essa disposição, reproduzindo o *Projecto* primitivo art. 398, 1.º: — *Provando-se que o marido se achava physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam ao nascimento.*

O prazo de 300 dias é accusado tambem de curto, apesar de ensinarem os mestres que a gravidez não se prolonga, geralmente, além dos 280 dias. A estatistica de REID, em 40 parturientes, não vae além de 294 dias; a de OLDHAM, além de 285 dias, e a de RAVN alem de 272 dias. (29) Os casos que excedem ao lapso de tempo indicado nas leis devem ser tidos, consequentemente, por exceptionaes. Ha estatisticas, bem sei, que fazem crer nessa duração maxima acima dos 300 dias, mas, além de que são raros os casos, é talvez necessario diminuir, ainda assim, alguns dias dos que se dizem consumidos pela gestação. E' ob-

(29) *Apud BROUARDEL cit.*, pag. 175.

servação de HIPPOCRATES que JOULIN (30) ainda aconselha.

É não é somente isso; nos casos de divorcio, a separação dos conjuges precede de muitos dias a sentença que o pronuncia. O mesmo se pôde dizer nos casos de dissolução da sociedade conjugal por morte de um dos conjuges, porque, geralmente, a morte é produzida por enfermidades, mais ou menos prolongadas, que servem de barreira aos impulsos genesicos. O mesmo ainda se pôde dizer dos casos de annullação de casamentos pedida por um dos conjuges, pois a situação é a mesma que na hypothese do divorcio.

O que resta, então, para coagir o legislador a prolongar o termo maximo da duração da gravidez, quando elle tem de estabelecer regras para o que ordinariamente acontece? *Jura constitui oportet in his quæ plurimum accidunt, non quæ ex inopinato.* (D. 1, 3 fr. 2.)

É o proprio illustrado censor do *Projecto* parece não reputar muito curto o prazo de duração maxima da gravidez, pois que se contenta com 285 dias. De modo que, com 300 dias, o prazo de duração maxima «constitue uma ameaça de deshonra legal suspensa sobre a cabeça de todas as senhoras brasileiras, pois que ninguem poderá provar a qual dellas caberá a desventura de ver prolongar-se a sua gravidez, fructo de um amor legal, por mais de 300 dias» (31); reduzido, porém, a 285 dias, todos esses perigos cessam, como por encanto.

É verdade que se appella para a intervenção dos peritos profissionaes. Mas, além de que seria difficil ter á mão esses profissionaes nos

(30) *Traité complet d'accouchements*, Paris, 1866, p. 451,

(31) *Direito*, vol. 88, p. 21.

reconditos sertões do nosso vasto paiz parcamente povoado, eu não louvaria o legislador que adoptasse o perigoso alvitre. O já tantas vezes citado BROUARDEL, mestre eminente, cuja palavra deve ser ouvida por todos os que estudam a sciencia que elle professa com excepcional competencia, nos adverte de que, «são inconstantes os signaes que servem de base á apreciação da idade do feto. O peso fornece apenas dados muito vagos; o mesmo se deve dizer do comprimento, e até da autopsia dos recém-nascidos: embora saibamos que o ponto de ossificação do calcaneo se mostra no quinto mez e o do humerus no setimo, existem variações tam grandes que estes signaes não podem, por si somente, formar a opinião do perito». (32) Si os competentes nutrem duvidas, mais densas devem ellas se accumular deante dos que não adquiriram aptidões especiaes. Mas, ainda suppondo que qualquer medico esteja habilitado a determinar com exactidão, a idade do feto, suppondo que a tabella fornecida pelos praticos não soffre alteração, repito, haveria sempre a difficuldade de encontrar um professional ao lado de cada parturiente.

Affirma o DR. NINA que a sua proposta de modificação no modo de determinar os prazos extremos da gravidez com applicação á regra *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant*, equivale de modo claro e manifesto a disposições em vigor do *Codigo Civil Austriaco e do proprio Codigo Allemão. Não obedece, portanto, a uma simples suggestão de estudos theoreticos*, sem justificação nos precedentes do

(32) *Obr. cit.*, pag. 181. Vê-se que SAVIGNY não se achava muito alongado da razão, quando pensava na inconveniencia de entregar-se á decisão dos peritos materia que reclama a firmeza de uma regra inamolgavel.

*direito civil.* (33) Peço permissão para dissentir. O Código Civil Alemão em nada patrocina a inovação proposta ou si a patrocina, também o *Projecto* não a contraria.

São estas as palavras do Código Civil Alemão, art. 1.592: «Reputa-se periodo da concepção o tempo que decorre do 181º dia anterior ao nascimento ao 302º, comprehendendo-se nelle tanto um como o outro dos dois dias indicados. *Estabelecido* que a creança foi concebida dentro de um espaço de tempo maior do que os 302 dias que precedem ao nascimento, considera-se em favor da legitimidade do filho (*so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes*) que esse espaço de tempo é o do periodo da concepção.»

Que permite o legislador allemão? Que se possa contestar a legitimidade do filho nascido 181 dias depois do casamento de seus progenitores, ou dentro dos 302 seguintes á separação dos corpos? Absolutamente não. Que decidam os peritos profissionaes si a creança, que não attingir a esse termo de duração maxima, foi engendrada por união legitima de seus progenitores? Ainda menos. Que os filhos nascidos antes do termo minimo possam, pelo laudo dos peritos, ser reputados legitimos? Também não. (34)

O que somente é licito no regimen do citado código é *provar que a creança nascida depois dos 302 dias seguintes á dissolução do casamento é producto de uma união legitima.* Esta solução é dada em *beneficio da legi-*

(33) *Direito*, vol. cit., p. 25.

(34) «Porque a creança nascida antes do 181º dia, em regra, não é viavel, dizem as Actas, IV, 461.» (ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 194, nota 13:—*Weil ein von den 181 Tag geborenes Kind ohnedem nicht lebensfaehi ist.*

*timidade.* Mas tambem uma tal prova para o mesmo effeito é admissivel no systema do *Projecto*. Leiam-se os arts. 344 e 346 e se verá que o *Projecto* não acceta contestação da legitimidade do filho nascido dentro dos 300 dias posteriores á dissolução do casamento, á separação dos corpos ou ao ultimo dia em que cohabitaram os conjuges. Defende, assim, a legitimidade de quaesquer ataques aventureosos. Mas não interdiz que os interessados demonstrem, como fôr possível, que a vida intra-uterina da creança excedeu aos limites traçados na lei. O que foi estabelecido em beneficio da legitimidade não pretende o *Projecto* que se volva contra ella.

Mesmo o Codigo Civil Austriaco, art. 157, embora admitta, em contrario ao allemão, que se prove, com exames periciaes, a legitimidade dos nascimentos prematuros sobrevividos antes do setimo mez da gestação, não offerece arrimo franco á innovação, pois que faculta a intervenção medica somente depois do decimo mez ou antes do setimo. Em todo o caso, seria uma voz unica em frente a um numero consideravel de vozes oppostas.

Podemos, pois, repetir com Teixeira de Freitas: «os prazos que temos adoptado, de dez mezes no maximo e seis mezes no minimo são, com pequena differença, os de todos os codigos e os do direito romano. (35)

Ainda o moderno *Projecto* suiso, arts. 277 e

(35) *Esboço*, nota aos arts. 229 e 230. Vejam-se os codigos civis: francez, art. 312; italiano, 160; austriaco 138 (7º e 10 mezes); allemão, 1592 (181 e 302 dias); portuguez, 101; de Zurich, 648 e 469; do cantão dos Grisões, 57; do Peru, 4 e 5 (seis mezes e 30 dias); hespanhol, 108; chileno, 76; argentino, 77; uruguayano, 191; mexicano, 290; boliviano, 160; venezuelano, segundo R. DE LA GRASSERIE, p. 103, direito russo (180 e 306 dias), segundo LEHR, I, p. 71. ADDE: *Projecto* omissio, arts. 277 e 278.

279, mantem os malsinados prazos de 180 e 300 dias.

O ponto de vista medico não pode ser o ponto de vista juridico. O medico attende á evolução biologica do feto, o jurista ás condições de estabilidade da organização social. Enquanto os medicos podem discutir e permanecer em divergencias irreductiveis, o legislador tem que tomar uma resolução e agir como se já estivesse senhor da inacessivel verdade.

Vem a proposito recordar umas palavras sensatas de DRAMARD (36): « O legislador, tomando os termos extremos indicados pela sciencia como sendo os das mais curtas e os das mais longas gestações humanas, collocou a concepção entre 180° e 300° dia que precede o nascimento. Esta solução juridica do problema *foi, é e será, por muito tempo ainda, criticada pela sciencia pura, que, aliás, não tem melhor para dar em substituição*; mas, na realidade, é uma verdade juridica que se impõe e contra a qual não poderia prevalecer, em tal conjunctura dada, uma demonstração scientifica, por mais solidamente estabelecida que se a possa imaginar. O interesse, a segurança, a paz da familia exigiam que assim fosse. »



(36) Grande encyclopédie française, vb. CONCEPTION.