

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1987
ANO 24 • NÚMERO 96

Os seres monstruosos em face do direito romano e do civil moderno

SÍLVIO MEIRA

Professor Catedrático de Direito Romano,
Membro da Academia Brasileira de Letras
Jurídicas. Senador Suplente

1. O nascimento de seres monstruosos, sem figura humana, sempre despertou a atenção dos legisladores de todos os tempos. Encontram-se numerosos preceitos nas legislações antigas, especialmente no direito romano, em que se dava tratamento cruel a esses seres, vindos ao mundo com anomalias: cabeça semelhante à de animais, membros disformes, número de braços ou pernas superior ou inferior ao das pessoas normais, um olho apenas etc. Supersticiosos, os romanos viam naqueles entes feios um sinal de mau agouro e, por isso, procuravam eliminá-los, não lhes reconhecendo direitos.

Admitiam a possibilidade de comércio carnal entre a mulher e animais.

A falta de reconhecimento de direitos importava, sem dúvida, em muitas conseqüências jurídicas, principalmente no caso de heranças. Deveriam ou não ser considerados *personas* e, como tal, sujeitos de direito, esses entes anormais? Até onde a anormalidade seria suficiente para retirá-les todos os direitos? E se tivessem condições de sobrevivência?

Muitas produções literárias e jurídicas tratam do assunto. Não podemos deixar de dar valor às obras literárias, como fonte de investigação do direito, nas mais antigas épocas. Os escritores de vária natureza, poetas, teatrólogos, gramáticos, historiadores, todos eles refletem costumes coevos. Sua palavra merece fé. Nenhum jurista pode negá-la.

2. Fontes literárias

Vejam, em primeira mão, o que dizem algumas fontes literárias:

CÍCERO, tão menosprezado por Mommsen, constitui, no entanto, um dos melhores mananciais para pesquisas dessa natureza.

No *De Divinatione* escreve: "Quid ortus androgini, nonne fatale quodam monstrum fuit; quid?" (*De Div.* I, cap. 43).

Na mesma obra, 2, 22, alude ao parto da mula, considerado um *prodigium*. E no mesmo passo: "Quod ante non vidit, id si evenerit, ostentum esse censet".

Observa-se que ora utilizava a palavra *Prodigium*, ora *Monstrum*, ora *Portentum*, ora *Ostentum*.

Ainda no *De Divinatione*: "Quia enim ostendunt, portendunt, monstrant, praedicunt, ostenta, portenta, monstra, prodigia, dicuntur." (I, 22)

Variavam, sem dúvida, as denominações, de acordo com a natureza e o grau da anomalia física. "Chama-se-lhes, segundo o caso, *Ostenta* (anomalias significativas), *Portenta* (aparições inquietantes), *Monstra* (monstruosidades), *Prodigia* (prodígios)".

E indaga CÍCERO: "o nascimento de um andrógino não é também uma monstruosidade expressiva?" (1, 43 cit.)

AULO GÉLIO, no seu *Noites Áticas*, IX, 4, *in fine*, faz alusão aos hermafroditas: "Gignuntur homines utriusque sexus, quos hermaphroditos vocamus olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, num vero in deliciis".

Outras fontes literárias podem ser invocadas: SUETÔNIO, in *Domitiano*, cap. 4, e em *Augusto*, cap. 83; NICÉFORO, liv. XVIII, cap. 35, faz alusão ao imperador bizantino Maurício, que mandou eliminar os monstros do ano; SÊNECA, *Controvers*, lib. X, declamat. 4; SÃO JERÔNIMO, epist. 63.

Um dos mais valiosos subsídios para estudo dessa matéria se acha em TITO LÍVIO, XXVII, 37: "Apenas acalmaram-se os escrúpulos religiosos, um novo prodígio renovou o alarme: anunciou-se ter nascido em Frustionne uma criança que pelo aspecto parecia ter quatro anos. O mais surpreendente é que o seu tamanho era como o daquele que nascera dois anos antes em Sinuesse, hermafrodita. Os arúspices chamados da Etrúria declararam que era um prodígio horrível e ameaçador; que se tornava necessário retirar esse monstro do território romano, purificar a terra e o mergulhar nos mares. Com efeito, foi recolhido vivo a uma caixa, conduzida para o alto-mar, onde foi lançada".

Conclui-se, por esse fragmento do historiador, que várias consequências produzia o nascimento de um ser disforme: a) maus presságios; b) contaminação do solo romano; c) lançamento no mar alto. O mar não se contaminava; pelo contrário, era fator de purificação. Lê-se em QUINTO CÚRCIO *Vida de Alexandre*, IX, 1: "Genitos non parentum arbitrio tollunt aluntque, sed eorum, quibus expectandi infantium habitum cura mandata est. Si quos insignes aut aliqua membrorum parte inutiles notarunt, necari jubent."

Descrevia QUINTO CÚRCIO o reino de Sophités e afirmava: "Eles não criam os filhos à vontade dos pais e mães, mas de certas pessoas des-

tinadas a esse fim, que se preocupam com a forma e a constituição de seu corpo, e, se observam alguma disformidade, fazem-nos morrer.”

Além das palavras já citadas — *monstrum, prodigium, ostentum, portentum* —, usavam os romanos o vocábulo *Insignis*. BOUCHEAUD, I, p. 463, explica: “*Insignis* est celui qui porte quelque marque qui le distingue des autres; et ce mot se prend soit en bonne, soit en mauvaise part. Plaute, parlant des enfants qui ont quelque difformité, les appelle *insigniti pueri*”. Como a palavra *sacer*, que tanto significava *sagrado* como *execrado*, o vocábulo *insignis* era aplicável no bom (como insígnia, distinção) quanto no mau sentido.

O depoimento dos gramáticos é de alto valor, razão por que invocamos FESTO: “*Insignis* tam ad laudem quam ad vituperationem inflecti potest.”

Outras fontes: QUINTILIANO, *Inst. Orat.* lib. 1, cap. 6 (sobre o sentido da palavra *Insignis*); TIBULO, lib. II, efg. 5, v. 80: “*Haec ffluere olim, et tu jam mitis Apollo, prodigia indomitis merge sub aequoribus*”.

VARRÃO no *De lingua latina*, V. 144: “*Oppidum... ex hoc prodigio post Lavinium conditum annis triginta haec urbs facta, propter colorem suis et loci, naturam Alba Longa dicta*”.

VARRÃO quer referir-se a Lavínia, primeira cidade fundada no Lácio pelos romanos, asilo dos deuses penates. Essa cidade foi assim denominada em memória de uma porca branca (*alba*) que escapou do navio de Eneas e se refugiou em Lavinium, onde parira trinta filhos. A recordação desse prodígio fez dar o nome de ALBA à cidade construída trinta anos depois da fundação de Lavínia e chamada A LONGA por causa da natureza local. Nessa mesma cidade nasceu Rhéa, mãe de Rômulo, cujo nome, derivado de Rhéa, deu origem a Roma.

ÊNIO, na tragédia *Menalippe*, faz alusão à cremação de crianças monstruosas: *pueros cremari iube*.

O hábito de eliminar os recém-nascidos disformes perdurou durante quase toda a vida histórica do povo romano. Foi, no entanto, abolido, ao fim do Império, talvez por influência do Cristianismo. Ressurgiu, porém, no Império Bizantino, ao tempo do Imperador Maurício, já citado.

Segundo NICÉFORO, lib. XVIII, c. 35: “*Aparecem então muitos prodígios, como jamais se tinham visto nem ouvido dizer iguais. Na Trácia, uma mulher teve um filho monstruoso, a quem a própria natureza parece ter feito vítima de expiação. Essa criança não tinha nos olhos nem pálpebras, nem sobrancelhas. O resto do corpo não era melhor formado. Não tinha mãos, nem braços e suas nádegas formavam um aspecto de peixe. Quando o Imperador viu esse monstro ordenou que o matassem, o que se fez pela espada. Nos arredores e vilas próximas à cidade nasceram ainda outros monstros: por exemplo, uma criança com quatro pés e outra com duas cabeças. Ambas foram estranguladas*”.

Lê-se em SÊNECA, lib. 1, cap. 15: "Portentosos foetus extinguimus liberos quoque si debiles monstruosique editi sint, mergimus; non ira, sed ratio est, a sanis inutilia secernere".

Por esse testemunho, conclui-se que os monstros eram exterminados por ocasião do nascimento. Afogavam-se as crianças disformes e assim agiam, não por motivo de cólera. A razão aconselhava a afastar do que é sadio o que é enfermo.

3. Fontes jurídicas

Passemos agora às fontes jurídicas.

JULIANO, D. 1.5. fr. 26 (*Digestorum*): "Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse". Vale dizer: "Os que estão no útero, reputam-se em quase todo o direito civil integrantes da natureza".

PAULO, D. 1, 5, 7: "qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur quoties de commodis ipsius partus quae ritur, quamquam alio antequam nascatur, nequaquam prodit". Isto é: "O que está no útero é tido como se já estivesse entre as coisas humanas, desde que se trate das conveniências de seu próprio parto, mesmo que, antes de nascer, de maneira alguma favoreça a um terceiro".

Ainda em PAULO se lê, D. 1, 5, 14 (*Sent.*). "Não são filhos os que, fora do costume, são gerados com forma contrária à do gênero humano, como se uma mulher desse à luz alguma coisa monstruosa ou prodigiosa. Mas o parto que ampliou os ofícios dos membros humanos até certo ponto parece perfeito; e assim é contado entre os filhos".

ULPIANO, D. 28, 2, 12 (*IX ad Samium*): "Com relação ao que foi dito que o filho nascido rompe o testamento, entende-se que nasceu, embora haja sido dado à luz com abertura do ventre; porque também este rompe o testamento, supondo-se que nasceu sob poder (*in potestate*). § 1.º — Mas que se dirá, se como animal não foi dado à luz integralmente, mas com espírito, romperá também o testamento? Não obstante isso, rompe-o."

Por esse trecho verifica-se a importância da matéria, no que diz respeito à validade dos testamentos.

Em outro passo, diz ainda ULPIANO: D. 50, 16, 38 (*Ad Edictum*, lib. XXV): "Labeão define o prodígio como o que foi gerado e feito contra a natureza de qualquer coisa. Mas há dois gêneros de prodígios: um que nasce com alguma coisa contrária à natureza, por exemplo com três mãos ou pés, ou com alguma outra parte do corpo contrária à natureza; outra quando alguma coisa parece prodigiosa, que os gregos chamam "fantasma".

Aspecto interessante, que cabe analisar, é a diferença de tratamento dado às filhas monstruosas. A grande preocupação dos romanos eram as

guerras constantes em que se envolviam, de forma que não lhes convinha a criação de homens aleijados, incapazes para a luta.

Lei de Rômulo, referida por DIONÍSIO DA HALICARNASSO (II) e por CÍCERO, no *De Legibus*, III, 8, 19, não autorizava a eliminação das filhas que nascessem monstruosas. *Puer* seria a criança do sexo masculino. Se se tratasse de monstros e prodígios, a lei não falaria em *Puer*, mas usaria outro vocábulo no qual não se incluíssem as crianças do sexo feminino. GODEFROY traduz *Puer* por *Filius* (sexo masculino). A mesma diferença de tratamento se observa também na emancipação (XII Tábuas). E CÍCERO afirma: *ad insignem deformitatem puerum* e não *ad monstrorum deformitatem* (Terrasson, pp. 75-79).

Lê-se em QUINTO CÚRCIO: "insignes aut aliqua membrorum parte inutiles" (IX, cap. 1).

Outras fontes: FESTO: *insignis tam ad laudem, quam ad vituperationem inflecti potest*. PLAUTO, in *Milite Glorioso*, act. III, sec. 1, v. 127. Os romanos queriam apenas cidadãos fisicamente capazes de servir à República (Terrasson, pp. 75-79).

A questão, aparentemente simples, assume, no entanto, aspectos muito complexos, relacionados com o direito civil e a medicina legal. A possibilidade de sobrevivência deveria ser levada em conta, isto é, a viabilidade, ou vitalidade, ou vidabilidade.

Por esse motivo, o nosso EDMUNDO LINS, em *Estudos Jurídicos na Cátedra e na Judicatura*, afirma: "Se o filho não viável deve ser reputado como morto e se realmente o direito civil assim o considera, é força reconhecer, como observa SAVIGNY, que tal filho não poderá ser objeto de delito algum, porque não há delito possível contra um cadáver" (p. 75). E a profanação, indagamos nós?

E em outro passo: "Questão difícil de solução varia ante a legislação dos povos cultos, suscitando longos debates entre os comentadores do direito romano e entre os modernos civilistas, prestando-se a grandes controvérsias e a divergências de opiniões em face do direito constituído, prendendo-se intimamente à medicina legal e ao direito criminal" (ob. cit., p. 57).

Essas relações com o direito penal e a medicina legal vêm estudadas também por SAVIGNY, no seu *Sistema do Direito Romano Atual*, p. 379 (tradução italiana).

Na ciência jurídica brasileira atual só conhecemos um trabalho sobre o assunto, de autoria do Prof J. C. MOREIRA ALVES, intitulado *A Forma Humana no Direito Romano*, Rio, 1960.

4. O direito moderno

No direito moderno, herdeiro, sob certos aspectos, do direito romano, não há uniformidade nas legislações.

Leva-se em conta a viabilidade, ao lado do nascimento com vida.

O Código Civil alemão exige apenas que a criança tenha nascido com vida (art. 1).

O italiano de 1865, em seu art. 725, que a criança nascida com vida seja considerada viável.

O espanhol, no art. 30, prevê “que tenha a figura humana e viva 24 horas separada da mãe”. PLANIOL, em *Droit Civil*, 1.º vol., p. 152, escreve: “La personnalité humaine commence à la naissance. Jusqu'à ce moment, l'enfant n'a pas de vie distincte; il est, comme disaient les romains, *pars viscerum matris*.”

“Le code français se borne à faire l'application de la règle aux successions (art. 725) et aux donations et legs (art. 906).

“L'enfant doit naître vivant; l'enfant doit naître viable” — diz PLANIOL e invoca os arts. 314 — 3.º, 725 — 2.º, e 906.

E prossegue: “Viable veut dire capable de vivre, *Vitae Habilis*. Ainsi il n'y a pas à tenir compte des deux catégories où le développement de leurs organes n'est pas assez avancé pour leur permettre de vivre. b) enfants monstrueux, comme les arcadiens, les acéphales et autres, chez lesquels la vie s'arrête dès que le cordon ombilical est coupé.”

5. *Vitalidade, viabilidade ou vidabilidade*

Não basta que a criança nasça com vida, é preciso que tenha possibilidade de viver, ter viabilidade, que alguns chamam vitalidade e outros vidabilidade.

Preferem a denominação viabilidade EDMUNDO LINS (ob. cit., p. 57); CARLOS DE CARVALHO, na *Consolidações das Leis Civis*, p. 74; FELÍCIO DOS SANTOS, in *Projeto de Código Civil*, vol. 1, p. 117; COELHO RODRIGUES (Dec. 181, de 24-1-1890, art. 43). No Projeto Beviláqua de Código Civil, revisto pelo prof. Carneiro Ribeiro, dá-se preferência à viabilidade. TEIXEIRA DE FREITAS, no *Esboço*, p. 157, dá prioridade à expressão *vitalidade*. O mesmo ocorre com RUI BARBOSA, *Código Civil*, v. 2, n.ºs 243 a 254.

LAFAIETE usa a palavra “vidabilidade”, in *Direito de Família*, § 104, III, nota 2.

Qualquer um desses vocábulos é válido.

Viabilidade, vitalidade, vidabilidade, consiste na aptidão para viver, por ter a criança nascido sem defeito algum orgânico que a impossibilite de continuar sua existência. (Ver a respeito Van Wetter, Gianturco, Baudry-Lacantinerie, opinião também de Bouley, Durantou e Demolombe).

O conceito de viabilidade, para alguns autores, não se limita ao nascimento com vida e à aptidão para viver. Deve ter nascido a termo, vale dizer, no tempo que a lei supõe indispensável para que possa viver (Aubry et Rau, Troplong, Pacifici Manzoni, Waechter, Namur).

É bem verdade que nem sempre as opiniões dos especialistas coincidem. Os próprios médicos-legistas divergem (ver BRIAND ET CHAUDÉ, *Médecine Légale*, vol. 1, pp. 300 e segs. e RAFAELO BALESTRINI, *Aborto, Infanticídio*, cap. 40, pp. 241 e 255).

Segundo o conceito do pai da Medicina, Hipócrates, uma criança só pode nascer viva no período entre o mínimo de 182 e o máximo de 300 dias depois da concepção.

Lê-se no *Digesto*, XXXVIII, 16, 3, 12: “De eo autem, qui centesimo secundo die natus est, Hipocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum: nec videri in servitutem conceptum cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esse manumissa.”

Quanto aos nascidos depois da morte paterna, o prazo era de dez meses: D. XXXVIII, 16, 3, 11: Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.”

Seria sufragada pelo direito romano a doutrina da viabilidade? Respondem afirmativamente: VAN WETTER (*Cours*. v. 1, § 40, pp. 80 e 81); NAMUR (*Cours des Institutes*, v. 1, § 37, pp. 50-51); MACKELDEY (*Manuel de D. Rom.* p. 75, nota 3); WARNKOENIG (*Institutiones*, cap. 1, p. 37); GOSCHEN (*Plan d'un Cours des Pandectes*, vol. 1, § 33); PUCHTA (*Pandectes*, § 114). Respondem negativamente: SAVIGNY (*D. Rom.*, vol. 2, III, p. 371); THIBAUT (*Système des Pand.*, vol. 1, § 104); MUHLENBRUCH (*Doct. Pand.*, v. 1, § 177, nota 2).

Os adeptos da viabilidade argumentam com o texto de AULO GÉLIO, liv. III, cap. 16, “memini ergo Roma accurate atque sollicite quaesitum, negotio non rei tunc parae postulate, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset, quum abortio quibusdam non partus videretur mensis octavi intempestivitas.” Vale dizer: Lembra-se que em Roma se discutira em um processo muito importante se uma criança que nasceu viva e morreu logo depois devia ser levada em conta para se conceder à mãe o *jus trium liberorum*, pretendendo uma das partes que não, porquanto esta criança era *inviável*, por ter nascido aos oito meses.

Outro argumento é apresentado por NAMUR e com fundamento em textos de PAULO, o qual enumera as condições exigidas para que possa a mãe herdar de seus filhos pelo senatusconsulto Tertuliano. Sentenças de PAULO, lib. IV, t. 9, 1: “Matres tam ingenuae quam libertinae cives romanae, ut jus liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficet, dummodo vivos et pleni temporis pariant.”

Nesse mesmo título, PAULO faz referência aos natos monstros: “§ 3: Mulier si monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit nihil proficit. Non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.”

E no § 5: “Septimo mense natus matri prodest; ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.”

Outros textos latinos poderiam ser invocados, que confirmam a exigência da viabilidade e a figura humana para que o recém-nato disponha da personalidade e o amparo do direito.

Lê-se ainda em PAULO, D. 1, 5, 12: “Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est” e no Código 6, 29, 3: “Si vivus perfecte natus est... vivus ad orbem totus processit.”

Nem todas as legislações modernas aceitaram os critérios romanos de viabilidade. Não exigiam a *viabilidade* os códigos de Portugal, art. 6 (de 1867); da Argentina, de 1869/71, art. 72; do Chile, de 1855, art. 55; do Peru, art. 4; da Prússia, art. 8; do Cantão de Zurich, art. 8; do Brasil, art. 4.º (1917).

O Código Civil brasileiro, no seu art. 4.º, prescreve: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Exigiam a viabilidade os códigos da França, arts. 314, 725 e 906; da Itália, do século passado, art. 724; da Luisiania, arts. 917 e 948.

O tema, objeto de tantas controvérsias no passado, perdeu sua importância no mundo moderno, ante os progressos da ciência. A suposta geração de seres monstruosos mediante comércio carnal entre seres humanos e animais é totalmente impossível. Aquelas idéias, que eram fruto da ignorância e das superstições, não merecem mais acolhida em codificações contemporâneas. Cabe verificar, isso sim, ao lado da *viabilidade*, as condições mentais daquele ser, que embora com aspecto monstruoso, pode revelar normalidade mental. O assunto não é apenas da competência dos juristas. Os médicos devem ser chamados a opinar, especialmente os psiquiatras e ainda os psicólogos e parapsicólogos. As distorções mentais e morais não estão na razão direta das distorções físicas. Pelo contrário, muitas vezes seres apolíneos, de bela e impressionante figura humana, revelam-se monstros morais inclinados à criminalidade. São os “baby face”, a que se referem os americanos. Figuras angelicais que guardam almas demoníacas.

Muito embora o tema tenha perdido a sua importância, não perdeu, todavia, o seu relativo interesse para as legislações, que não devem ser omissas a seu respeito. A ciência moderna, cada vez mais avançada no campo da genética e da psicologia, deve colaborar com os juristas no sentido de bem definir a situação dos que, embora monstros, são gerados por seres humanos.