

O aborto como ilícito civil

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS (*)

“Admitido o direito à vida do embrião e por decorrência a ilicitude civil do aborto, não há qualquer dificuldade em conceber-se a ação de responsabilidade civil daí derivada contra os agentes, cúmplices ou partícipes do fato. O pai — se não participou do ato criminoso — a mãe — se nele não consentiu, na hipótese do art. 125 do Código Penal — ou mesmo o curador do nascituro têm legitimidade para obter indenização por dano moral contra os autores do aborto”.

No âmbito do Direito, o aborto tem sido discutido quase exclusivamente do ponto de vista penal. No entanto, pode e deve ser debatido no Direito Privado, indagando-se a respeito de sua licitude civil. A solução correta deste problema só pode ser uma: **o aborto é um ilícito civil** e vários argumentos fundamentam esta conclusão. Em primeiro lugar, logo após a concepção já existe vida humana. Certamente, trata-se de vida diferente, intra-uterina, dependente do organismo materno, mas nem por isso deixa de ser vida (a respeito, SÉRGIO FERRAZ, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 47). Também o recém-nascido, mesmo depois de passados muitos meses do nascimento, tem uma vida dependente dos pais — sobretudo da mãe — e ainda assim se trata de vida humana. Como escreve LIMONGI FRANÇA, “o embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa” (*Manual de Direito Civil*, 4. ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1980, v. 1, p. 144). Em outras palavras, o grau de desenvolvimento da vida humana de modo algum é levado em consideração, quando se a protege (HOERSTER, NORBERT. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 226).

Fosse este grau relevante, como observa o jurista alemão, o feto só teria um direito à vida de segunda classe — e tal distinção não existe no Direito Positivo.

Ora, quer da perspectiva constitucional (Constituição, art. 5º *caput*) quer da do Direito Civil, todos têm direito à vida, um dos direitos da personalidade. Como todos os outros direitos desta natureza, absoluto, não-patrimonial, intransmissível, indisponível e irrenunciável (v., sobre estas características, ADRIANO DE CUPIS, *I Diritti della Personalità*. Milano, Giuffrè, 1950, p. 40 e seg.). Se o próprio titular do direito não pode determinar o seu destino, se é impossível dele despojar-se unilateralmente, com maior razão nenhum terceiro (mesmo o pai ou a mãe) pode dispor da vida do embrião, feto ou nascituro ou a ela renunciar. Ao contrário, dado o caráter absoluto do direito à vida, ou seja, prevalecendo contra quaisquer terceiros simultaneamente, estes estão juridicamente vinculados a respeitá-la.

Em segundo lugar, o aborto é um crime, previsto nos arts. 124 a 127 do Código Penal. Delito contra a vida, contra a “vida germinada” (MEZGER, EDMUND. *Strafrecht (Besonderer Teil)*, 3. Afl. München, Beck, 1952. p. 28), reveste-se de extraordinária gravidade, impedindo qualquer defesa da vítima inocente. Enquanto que, nos outros tipos penais, sempre há alguma possibilidade, mesmo remota, de defesa, isto não ocorre no aborto. Ora, se a conduta é criminosa, também é ilícita no Direito Civil.

Em terceiro lugar, porque a lei protege os direitos do nascituro desde o momento da concepção, conforme dispõe a segunda parte do art. 4º do Código Civil. Com o aborto, tais direitos seriam violados. Lembre-se, a propósito, que atualmente se reconhece a personalidade (ou capacidade) jurídica do nascituro: o nascimento apenas a consolida (LIMONGI FRANÇA, *op. cit.*, p. 143, ANDRÉ FRANCO MONTORO e ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA. *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1953, p. 70 e seguintes, mais recentemente, JAIRO VASCONCELOS DO CARMO, em artigo publicado na imprensa, em 4 de junho de 1993, sob o título “Direitos de pessoa-embrião: personalidade e legitimidade”). Em consequência, o aborto frustraria a existência desta personalidade, privando o nascituro de seus direitos.

Em quarto lugar, porque o argumento, muitas vezes usado para justificar o aborto, segundo o qual o embrião, feto e nascituro seriam partes integrantes do organismo materno, é duplamente falso: biológica e juridicamente. Aliás, sequer goza do prestígio duvidoso da novidade: tal afirmação errônea encontra-se no Direito Romano (*mulieris portio est vel viscerum*). Mas, de um lado, como já se viu, o embrião, o feto e o nascituro têm uma vida diversa da materna. A circunstância de depender da mãe não os torna parte dos órgãos desta. Por outro lado, não existe um “direito ao próprio corpo”, como às vezes se afirma, mas um direito à integridade física. E este direito subjetivo,

como os demais direitos da personalidade, também é indisponível e irrenunciável. Mesmo que o nascituro fizesse parte do corpo materno, ainda assim ela não poderia dispor dele como bem entendesse, nem privar-se dele voluntariamente (neste sentido, v. MAURACH, REINHART. *Deutsches Strafrecht — Besonderer Teil*. 4. Afl. Karlsruhe, Müller, 1964, p. 56).

Admitido o direito à vida do embrião e por decorrência a ilicitude civil do aborto, não há qualquer dificuldade em conceber-se ação de responsabilidade civil daí derivada contra os agentes, cúmplices ou partícipes do fato. O pai — se não participou do ato criminoso —, a mãe — se nele não consentiu, na hipótese do art. 125 do Código Penal — ou mesmo o curador do nascituro (art. 462, Código Civil) têm legitimidade para obter indenização por dano moral contra os autores do aborto.

Supondo-se, entretanto, fosse o Código Penal alterado, abolindo-se os tipos penais relativos ao aborto, isso em nada modificaria a situação no Direito Civil. Um dos argumentos acima expostos não mais poderia ser utilizado, mas persistiriam os outros.

E, se alguma norma jurídica admitisse o aborto, seria inconstitucional. “O direito à vida”, escrevem MANGOLDT-KLEIN (*Das Bonner Grundgesetz*. 2. Afl. Berlin, Franz Vahlen, 1957, v. 1, p. 186), “compreende também a vida germinada, ainda não nascida, desde o momento da concepção”.

Portanto, tanto em uma como em outra hipótese, o aborto continuaria a ser ilícito civil.

(*) CARLOS DAVID SANTOS AARÃO REIS é Juiz Federal no Rio de Janeiro.