

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

González, José A.R.L., 1965-

Personalidade jurídica pré-natal

<http://hdl.handle.net/11067/7041>

<https://doi.org/10.34628/p3v6-yt32>

Metadados

Data de Publicação	2023
Tipo	bookPart

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T10:24:01Z com informação proveniente do Repositório

PERSONALIDADE JURÍDICA PRÉ-NATAL¹

José A. R. L. González

Professor Associado com agregação na Universidade Lusíada - Lisboa

ORCID: 0000-0001-5473-6708

DOI: <https://doi.org/10.34628/p3v6-yt32>

Resumo: A vida humana é continuidade. Não contém etapas estanques entre si. Ao invés, é incessante evolução contínua – é transformação sucessiva. Em cada momento que passa, a vida de cada ser modifica-se (física e espiritualmente), ainda que impercetivelmente para o próprio e para os demais. É uma constatação resultante da experiência ordinária que, portanto, não demanda nenhuma comprovação das ciências exatas. Razão pela qual a marcação do “nascimento completo e com vida” como o instante em que começa a vida humana se revela um critério inteiramente arbitrário. Por que não algures antes ou algures depois?

Palavras-chave: Nascituro; Personalidade jurídica; Pertença do corpo humano.

Abstract: Human life is continuity. It does not contain stages that are watertight from each other. Instead, it is incessant, continuous evolution – it is successive transformation. With each passing moment, the life of each being changes (physically and

¹ O presente artigo foi anteriormente publicado: A personalidade jurídica pré-natal, *in* Estudos de homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, Coimbra, 2007.

spiritually), although imperceptibly for themselves and others. It is a finding resulting from ordinary experience that, therefore, does not require any confirmation from the exact sciences. Which is why, marking “complete and alive birth” as the moment in which human life begins turns out to be an entirely arbitrary criterion. Why not somewhere before or somewhere after?

Keywords: Unborn child; Legal personality; Self-ownership.

1. No Código Civil de Seabra a personalidade jurídica, ou capacidade jurídica (dado que literalmente não se distinguia ^{2 3}), adquiria-se pelo nascimento (artigo 6.º).

A elaboração doutrinária e jurisprudencial subsequente à respetiva promulgação, e por causa do que se dispunha nos seus artigos 110.º, 1479.º e 1776.º, conduziu ao entendimento segundo o qual a ocorrência do *nascimento* pressupunha para este efeito ⁴:

- “a completa separação do feto do corpo materno”;
- e “que a creança, depois de ter saído do ventre materno”, tivesse “vivido ao menos um só instante”.

Apesar de a lei o não exigir explicitamente, não faltava, porém, quem considerasse ainda como condição de aquisição da personalidade a chamada *capacidade de viver* ⁵.

Insólita e notavelmente, continuava o referido artigo 6.º: “mas o indivíduo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e

² Como, de resto, ainda sucede com a atual Constituição da República Portuguesa (artigo 26.º, n.º 1).

³ Dada a proximidade, mesmo Inocêncio Galvão Telles (*Dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, pág. 239), diferenciando, ainda assimilava os conceitos de personalidade e de capacidade de gozo.

⁴ Ver, por exemplo, José Tavares, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1928, págs. 8/9.

⁵ Cujas exigências se fundava no disposto no artigo 110.º do referido Código: “Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com vida e com figura humana”.

tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código”⁶.

2. Na anterior versão do Código Civil Espanhol, por força do que se dispunha nos seus artigos 29 e 30, “el nacimiento determina la personalidad” e “para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Para além da quase mitológica referência à necessidade de “figura humana” como condição do reconhecimento de personalidade, exigia-se ainda um prazo mínimo de sobrevivência extrauterina. A sua exigência, manifestamente arbitrária⁷, tem, contudo, uma virtualidade: permitir decidir (mais) objetivamente a viabilidade da vida extrauterina⁸.

Actualmente, com a nova redação conferida àquele último preceito, “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. A solução não difere literalmente, portanto, daquela que se adoptou através do disposto no n.º 1 do artigo 66.º do nosso Código Civil.

3. No Código Civil Italiano (artigo 1), diz-se, muito chãmente, que “la capacita giuridica si acquista dal momento della nascita” e que “i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”. Todavia, “prima della separazione, se un tempo si diceva che il feto non si distingue dalla madre (*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*: Ulpiano), oggi una piú raffinata coscienza non può disconoscere il valore del diritto anche del nascituro.

⁶ Será uma aplicação do brocardo *infans conceptus pro nato habetur, quoties e commodis ejus agitur*.

⁷ José Tavares, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, pág. 10.

⁸ Apesar da antiguidade do Código Civil Espanhol (1889), é de assinalar que nenhuma das compilações forais (ou seja, das compilações de leis civis autonómicas) toca no problema da aquisição da personalidade (pesa embora algumas delas, como a de Aragão ou a de Navarra, serem autênticos códigos civis).

Occorre aggiungere che il feto separato ha bisogno di un altro requisito per cominciare la sua existência jurídica: deve cioè nascer vivo”⁹.

Também, por sua vez, no §1 Código Civil Alemão, de forma praticamente idêntica à do Código Italiano, se diz unicamente que “Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt”.

4. Para o Código de Direito Canônico, só “pelo batismo o homem é incorporado na Igreja de Cristo e nela constituído pessoa” (cân. 96). E “tem capacidade para receber o batismo todo e só o homem ainda não batizado” (cân. 864).

Por causa da necessidade do batismo, a aquisição dos “deveres e direitos que, atendendo à sua condição, são próprios dos cristãos” (cân. 96) pressupõe a separação em relação ao corpo da mãe. É que o referido sacramento confere-se por imersão ou por infusão (cân. 854) com água benzida (cân. 853). Por isso, “os fetos abortivos, se estiverem vivos, quanto possível,” devem ser batizados (cân. 871); por isso também, uma coisa é o homicídio (cân. 1397), outra, o aborto (cân. 1398)¹⁰.

Curioso que seja, de todos os diplomas citados, o único que *literalmente* não contém referência alguma¹¹, em geral, à proteção da vida intrauterina. A falta da alusão correspondente deve-se justamente ao facto de, para obtenção de personalidade, não bastar o simples nascimento. Imprescindível é antes que o sacramento do batismo seja ministrado. E, dado o fundamento bíblico a que se

⁹ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 25.^a edição, Cedam, Padova, 1981, pág. 69.

¹⁰ “Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de aborto, sem maior dano, o culpado será obrigado a indemnizar o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará o que os árbitros determinarem” (AT, Ex 2, 22).

¹¹ Ainda que “a ideia de que o nascituro será verdadeira pessoa” seja “apoiada por vários documentos recentes do Magistério eclesiástico, como a Instrução *Donum vitae* (22.2.1987) da Congregação para a Doutrina da Fé, o *Catecismo da Igreja Católica* (11.10.1992) e a Encíclica *Evangelium vitae* (25.3.1995) de João Paulo II” [Bigotte Chorão, *Bioética, Pessoa e Direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §7, pág. 4].

sujeita a sua realização¹², este só é concebível para o ser humano nascido. Ainda que solução diversa não fosse juridicamente inimaginável.

5. No title 18, chapter 90A, § 1841, do USCode¹³, estabelece-se que:

“(a) (1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section. (2) (A) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child’s mother. (B) An offense under this section does not require proof that: (i) the person engaging in the conduct had knowledge or should have had knowledge that the victim of the underlying offense was pregnant; or (ii) the defendant intended to cause the death of, or bodily injury to, the unborn child”.

Não obstante o autor da ofensa poder ser sancionado ainda que desconheça a situação de gravidez, a responsabilidade ante “the unborn child” nasce por causa de um dano próprio causado à criança imputável a uma conduta do *defendant*. Por isso, é irrelevante que a mãe (grávida) tenha igualmente sofrido um dano. Mas é também irrelevante que, havendo dolo, o autor do dano conhecesse a situação de gravidez ou que, com a sua conduta, pretendesse lesar o feto.

6. A Constituição da República Portuguesa não contém igualmente qualquer referência expressa à vida intrauterina ou à sua proteção.

¹² Por exemplo: Mt 3, 13-17; Mc 1,9-11; Lc 3,21.

¹³ Compilação oficial de *statutes* que revistam carácter geral e permanente.

É verdade que o seu artigo 24.º tem por epígrafe “direito à vida” e que esta forma de expressão acolheria sem esforço o direito a nascer. O mesmo se diga para o que se dispõe no seu n.º 1: “a vida humana é inviolável”. Falta obviamente saber, entre outras coisas, a partir de que momento se pode dizer que *há* vida humana. Com efeito, se apenas houver vida humana a partir do nascimento (e a Constituição não confirma nem infirma esta asserção) o direito a nascer não existirá¹⁴.

Da mesma largueza ou vaguidade se pode acusar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 3º: “todo o indivíduo tem direito à vida”), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 2º/1: “o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 2.º, n.º 1: “todas as pessoas têm direito à vida”).

7. No atual Código Civil português (artigo 66.º, n.º 1), “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”.

Apesar de literalmente distinto e mais acabado do que o artigo 6.º do Código Civil de Seabra, a referida disposição acabou por consagrar pois o que, como se disse, seria já o entendimento predominante na vigência deste.

Acrescentou-se ainda um n.º 2, extraído do Código Civil Italiano (artigo 1/2) e formalmente inverso ao que se continha no supramencionado artigo 6.º do Código Civil de Seabra, segundo o qual: “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Não obstante o que antecede, no Código do Registo Civil (artigo 209.º) está prevista a necessidade de se proceder ao depósito do chamado certificado de morte fetal sempre que esta tenha ocorrido “com

¹⁴ Por isso, entre outras razões certamente, não se regista unanimidade sobre o alcance do disposto no artigo 24.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa relativamente à vida intrauterina. Consulte-se, exemplarmente, o conteúdo do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/06, de 15/11/2006, Proc. n.º 924/2006, e compare-se o mesmo com o sentido das declarações de vencido dele constantes.

tempo de gestação de 22 semanas ou superior”. Embora se dispense o referido depósito “quando ocorra a interrupção voluntária da gravidez, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, bem como, até às 24 semanas de gestação, quando a interrupção da gravidez seja espontânea” (artigo 209.º - A, Código do Registo Civil). “São aplicáveis ao depósito do certificado médico de morte fetal os preceitos relativos ao assento de óbito” (artigo 209.º, n.º 4, Código do Registo Civil). O que significa, entre outras coisas, que deve o mesmo ser obrigatoriamente entregue (sob pena da aplicação da coima decorrente do disposto no artigo 295.º do Código do Registo Civil) pelas pessoas identificadas no artigo 193.º e dentro do prazo estabelecido pelo artigo 192.º, ambos do Código do Registo Civil.

Este regime decorrente do Código do Registo Civil, se para mais não chegar, permite tirar ao menos uma ilação: o feto não pode ser considerado uma coisa. De facto, caso contrário, não haveria justificação para instituir de um arquivo público destinado a constituir um repositório de casos de morte fetal (aliás, nem de morte se poderia falar). E, juridicamente, o que não for pessoa ou, no mínimo, entidade equiparada, só pode ser tido como coisa (ou objeto, em geral)¹⁵: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut serui* ¹⁶.

8. A disposição do Código Civil citada por último sugere justamente o seguinte tema.

Os diversos regimes compreendidos no atual Código Civil relativos ao nascituro impõem uma distinção inicial por demais conhecida: a que se faz entre *nascituro* e *concepturo*. Aquele é o ser concebido, mas ainda não nascido (completamente e com vida) e este é o não-ser ou, no máximo, um projeto de ser. O conceito de *concepturo* serve primacialmente para marcar a fronteira entre o que é, ou pode ser pessoa, e o que não é ou não o pode ser.

¹⁵ E, inversamente, o que não é pessoa é coisa. Por isso é que *cum servo nulla actio est* (Gaio, D.50.17.107) e também por isso é que *in personam servilem nulla cadit obligatio* (Ulpiano, D.50.17.22pr.) ou *servile caput nullum ius habet* (Paulo, D.4.5.3.1).

¹⁶ Gaio, Inst, 1.9.

O nascituro representa um substrato biológico suficiente para alicerçar o reconhecimento de personalidade jurídica e para autorizar a concessão de direitos subjetivos; o concepturo, não. Juridicamente, o concepturo é o nada¹⁷. No que toca ao concepturo, é claro, por isso, que o problema da atribuição ou reconhecimento de direitos subjetivos não se coloca¹⁸. Não há um mínimo de substância (física, social ou de outra ordem) à qual faça sentido outorgar direitos ou conferir personalidade jurídica. Pese embora, em algumas circunstâncias, a lei levar em consideração o referido “projeto de ser” para lhe salvaguardar alguns efeitos jurídicos potenciais [confira-se, por exemplo, o disposto nos artigos 952.º e 2033.º, n.º 2, alínea a) do Código Civil].

9. No que concerne ao nascituro propriamente dito, o disposto no n.º 2 do artigo 66.º do Código Civil explica-se habitualmente pelo recurso à conceção dos chamados *direitos sem sujeito*. O que, à partida, anuncia a tese segundo a qual só com o nascimento se é pessoa jurídica.

De harmonia com o referido entendimento, desde que seja expectável e objetivamente antecipável o seu futuro surgimento, é admissível que, temporária ou transitoriamente¹⁹, certo direito

¹⁷ Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões, Quid Juris*, Lisboa, 1999, pág. 141.

¹⁸ Por isso, por exemplo, se carece de sentido considerar, para efeitos de começo da contagem de um prazo de caducidade, que o direito não pode ser “legalmente exercido” (artigo 329.º, Código Civil) até à verificação do nascimento estando em causa o “direito” de um concepturo (pelo que ele correrá independentemente deste chegar a nascer), já é razoável admitir que o direito possa ser “legalmente exercido” (e, portanto, tal prazo comece a correr) a partir da conceção. Nesta medida, se não acompanha a solução encontrada para o caso decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/11/2004, Proc. n.º 04A2661): A e B divorciaram-se em 25/03/1987 e realizaram a consequente partilha de bens simuladamente e em prejuízo do autor, que nasceu em 03/02/2000 e era filho de um dos divorciados; a ação intentada por este contra aqueles com fundamento em simulação tinha data de 27/02/2002; o Tribunal entendeu que o prazo de cinco anos instituído para este caso pelo revogado artigo 780.º do Código de Processo Civil já havia corrido (independentemente, portanto, da existência do autor).

¹⁹ Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978, pág. 106; Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões, Quid Juris*, Lisboa, 1999, págs. 143/144.

subjeto não tenha titular e, apesar disso, mantenha a sua existência. É disto exemplo precisamente o que sucede com os direitos dos nascituros, com os direitos das fundações depois de instituídas mas antes de serem reconhecidas ou com os direitos do *de cuius* antes de a herança ter sido aceite pelos sucessíveis.

É uma explicação técnica que está manifestamente subjacente à letra do disposto no artigo 952.º do Código Civil. Com efeito, se na doação feita a nascituro se presume que o doador reserva para si o *usufruto* dos bens doados até ao nascimento do donatário (n.º 2), a respetiva *propriedade* não pode estar na titularidade de alguém, durante o período em causa, uma vez que justamente (ainda) não existe donatário.

A explicação, no entanto, não é convincente, por duas razões elementares:

- Primeiro, por o período transitório ser potencialmente ilimitado, pelo que, portanto, pode dar-se o caso de “a espera” ser de dias, meses ou anos. Justamente por isso, se pode entender a citada disposição como estando destinada a estabelecer apenas um regime supletivo sobre a questão relativa à administração dos bens doados;
- Segundo, por direito *subjeto* e direito *sem sujeito* serem ideias racionalmente incompatíveis.

Um outro entendimento possível consiste em fazer depender a aquisição de personalidade do *nascimento completo e com vida*, mas atribuindo depois regressividade a tal ocorrência: ou seja, a personalidade só se adquiriria com o referido nascimento, mas com eficácia a uma qualquer data anterior²⁰.

A crítica a que esta opinião se sujeita parece evidente. Além de, em geral, a retroação de eficácia jurídica não dever ser meio normal de resolução de problemas jurídicos devido ao seu carácter ficcioso²¹, restaria ainda decidir até que ponto se admitiria: poderia chegar

²⁰ Dias Marques, *Código Civil Anotado*, 2.ª edição, Petrony, Lisboa, 1968, pág. 23.

²¹ “Quando se deverá recorrer à ficção em direito? Quando, por uma ou outra razão, as

a ir para além do próprio momento da conceção? Por conseguinte, aplicar-se-ia tanto ao nascituro como ao concepturo?

Numa visão relativamente frequente em alguma doutrina portuguesa, considera-se que nas hipóteses descritas sob a epígrafe direitos sem sujeito o que haverá verdadeiramente serão *bens em estado de vinculação* ²². Se bem se compreende a ideia subjacente, trata-se de uma aparência de explicação. Na verdade, enquanto os bens estão vinculados ao eventual surgimento do titular ao qual estão destinados, pertencem a quem? Se já estão vinculados, não podem caber a quem deles dispôs; mas como também ainda não existe quem os deve receber, a resposta, forçosamente, é que pertencem a ninguém. E tudo redundando, portanto, de novo, em direitos sem sujeito.

Acresce que, como resulta da própria descrição, este entendimento apenas permite fornecer enquadramento (pelo menos tal como foi formulado) à atribuição de direitos de natureza patrimonial. Não explica, por exemplo, como ficam eventuais direitos de personalidade do nascituro.

Por fim, uma outra hipótese explicativa, consiste em considerar sujeitos a condição suspensiva (ainda que legal) ²³ os atos pelos quais se atribuem, ou se pretendem atribuir, direitos a nascituros. Eles ficarão implícita e necessariamente sujeitos à circunstância do *nascimento completo e com vida*.

Esta ótica explica de imediato a questão da titularidade: enquanto o nascimento completo e com vida não sobrevém, o direito continua a pertencer ao respetivo disponente, mas precariamente;

categorias e as técnicas jurídicas reconhecidas, aquelas que fazem parte da realidade jurídica aceita, não fornecerem solução aceitável ao problema de direito que se deve resolver. Mas basta modificar, neste ou naquele ponto, a realidade jurídica admitida para que o recurso à ficção se torne supérfluo para resolver tal problema particular” (Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pág. 604).

²² Por exemplo, Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 35; Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a edição, 2005, págs. 196 a 198.

²³ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, tomo III, Almedina, Coimbra, págs. 305/306.

passará depois, automaticamente, para a esfera jurídica do ex-nascituro, agora pessoa.

Mais uma vez, contudo, a explicação acomoda-se somente à atribuição de direitos de natureza patrimonial. Ainda que, de todas, seja a preferível, uma vez que não só autoriza a justificação formal (a questão da titularidade do direito) como também, para o caso de inexistir regime especial, fornece um conjunto normativo que concilia equilibradamente os interesses em presença (artigos 272.º a 277.º do Código Civil, designadamente). O que não obsta a que permaneça uma questão não resolvida: verificado o nascimento, o preenchimento da condição tem eficácia retroativa (artigo 276.º, Código Civil)? Se tem²⁴, então esta tese não se diferencia daquela outra que atribui carácter retroativo à obtenção de personalidade, sujeitando-se às mesmas críticas. Se não tem, então verdadeiramente os nascituros não têm direitos.

10. A explicação que de longe melhor se coaduna com o reconhecimento de direitos ao nascituro, estejam em causa direitos pessoais – *maxime* de personalidade –, estejam em causa direitos patrimoniais, é aquela que pressupõe o reconhecimento da sua personalidade jurídica²⁵. Nesta conceção, o nascituro é pessoa jurídica enquanto tal e o nascimento completo e com vida limita-se a consolidar a personalidade anteriormente obtida. Mas, assumi-la, implica demonstrar que ela é viável, justificável e desejável.

²⁴ É o parecer de Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, tomo III, Almedina, Coimbra, pág. 305, ainda que, ao que julga, restrito à obtenção de capacidade de gozo na sua dimensão patrimonial (cfr. pág. 306). Contudo, para a condição *legal* resolutive, não falte quem sustente que a sua verificação tem mera eficácia *ex nunc* (Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 362).

²⁵ Há quem defenda que nem toda a proteção do Direito se analisa, necessariamente, em termos de atribuição da personalidade (Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 2001, vol., I, págs. 173 e segs.). Se esta afirmação até se pode aceitar para os casos em que está em causa o reconhecimento de uma personalidade meramente instrumental como a coletiva, é inadmissível para a personalidade singular por esta ter natureza pré-jurídica e constituir um corolário do respeito pela dignidade do ser humano.

Tem justificação que, a propósito do nascituro, se considerem os (seus) direitos de personalidade. Por um lado, tendo em conta as possibilidades tecnológicas atuais, mas, sobretudo, considerando as expectativas biotecnológicas futuras, é hoje possível provar, por exemplo, a existência de danos físicos sofridos pelo feto em virtude de agressões externas²⁶. Por outro lado, o nascituro pode ser objeto, enquanto tal, de alguma consideração social: é pensável, por exemplo²⁷, que se lhe reconheça o direito à imagem (*v.g.* uma ecografia) ou ao nome²⁸.

Para estes casos, será necessário esperar pelo nascimento para que os seus representantes possam e devam atuar contra as agressões de terceiros promovidas contra o nascituro enquanto tal? Não

²⁶ “Hoje, com as modernas técnicas de reconhecimento da vida intrauterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, conhecer os seus movimentos; as suas reações a estímulos sonoros; ver a sua cabeça mover-se no sentido da voz do pai; “fotografar” ecograficamente o seu rosto e dizer com quem é parecido. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intrauterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o inter relacionamento do filho com a mãe. É possível ver o nascituro a defender-se da morte que lhe vão dar e sentir o seu sofrimento como o de qualquer outro ser humano” [Leite Campos, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

²⁷ “Assegurada ao ser humano embrionário a personalidade jurídica – como dimensão inerente à personalidade natural –, dela decorre automaticamente o reconhecimento da capacidade de ser titular de direitos (capacidade jurídica do gozo). Só que, enquanto a personalidade jurídica é um atributo inquantificável (não se é, mais ou menos, mas, ou se é, ou não, sujeito de direito), a referida capacidade pode ser maior ou menor, consoante as circunstâncias. Ainda assim, não pode deixar de abranger, no caso de *conceptus*, aqueles direitos fundamentais exigidos pela própria natureza do sujeito (direitos naturais), a começar pelo direito à vida. Mas vários outros direitos, com título natural ou positivo, cabem naquela capacidade (como os relativos à integridade física, à identidade genética, à honra, ao estabelecimento da filiação e à representação jurídica, a alimentos, à aquisição de bens por doação e sucessão “*mortis causa*”, ao ressarcimento de danos)” (Bigotte Chorão, *Bioética, Pessoa e Direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §12, *pág.* 10).

²⁸ É verdade que, tipicamente, a tutela do nome pressupõe a sua inscrição no registo civil por via da realização do assento de nascimento. Mas, a partir do instante em que “o pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da proteção conferida ao próprio nome” (artigo 74.º, Código Civil), custará aceitar que o nome que os pais hajam escolhido para o nascituro seja protegido mesmo antes do nascimento, ao menos “quando tenha notoriedade”?

poderá, muitas vezes, ser tarde demais? E impor a necessidade de esperar pelo “nascimento completo e com vida” não será, no fundo, conferir eficácia retroativa à aquisição de personalidade?

Verdadeiramente, no que toca aos direitos dos nascituros, o que no essencial está em causa (como de resto sucede com qualquer ser humano) é determinar se são passíveis da concessão de direitos que protejam a sua personalidade. A questão dos respetivos (eventuais) direitos patrimoniais é claramente marginal e acessória.

E, em relação aos direitos de personalidade, das duas, uma: ou o nascituro é deles suscetível e estão adquiridos com a conceção, funcionando a não ocorrência do nascimento como seu facto extintivo (perfeitamente equivalente à morte para a pessoa nascida); ou o nascituro deles não é suscetível e somente os adquirirá com o nascimento.

Já em relação aos direitos patrimoniais de que o nascituro seja passível, o “nascimento completo e com vida” é configurável como condição resolutiva da sua atribuição e não como uma hipótese de sucessão *mortis causa*²⁹. De facto, crê-se que, tanto do ponto de vista social como do ponto de vista ético, não nascer não se deve considerar equivalente a morrer.

Para o concepturo, o reconhecimento de direitos de personalidade é inconcebível: não há um mínimo de humanidade subjacente. E a aquisição de direitos patrimoniais só é configurável subordinada a um facto futuro e incerto de carácter suspensivo: a condição de surgimento do ser.

11. Há uma tendência (particularmente agravada, entre nós, pela realização do referendo sobre o aborto e intimamente ligada aos aspetos emocionais que a questão desperta) para colocar o reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano dependente da determinação do momento do início da vida. Para o efeito avançam-se critérios biológicos, psicológicos, biomédicos, etc., visando precisar tal instante.

²⁹ Pedro Pais de Vasconcelos – Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 80.

É muito provável, no entanto, que assim jamais se consiga estabelecer quando começa a vida, dada a variedade, mas, acima de tudo, dada a contestabilidade de todos os critérios propostos. Efetivamente, em função do tempo decorrido desde a fecundação até ao nascimento, a vida humana passa por uma tal sucessão de fases inter-relacionadas que atender a um determinado critério ou a outro é pura arbitrariedade. Com efeito, nenhuma dessas fases pode ser considerada decisiva ou mais importante.

Aliás, acrescente-se: depois do nascimento, a vida passa analogamente, como é perceptível pela experiência sensorial, por sucessivas e incontáveis fases até à morte. Portanto, o problema que se coloca para a vida intrauterina põe-se também (*continua* a pôr-se, mais precisamente) para a vida extrauterina³⁰. A criança com poucos dias, poucos meses ou poucos anos é certamente vida humana, mas será pessoa jurídica? E, seguindo por esta via, será pessoa jurídica a partir de quando?

Aliás, a fixação do momento da aquisição da personalidade na data do nascimento completo e com vida é pura arbitrariedade. E ousadia arrogante por parte do legislador. A vida apenas *segue* depois do nascimento³¹. E tendo em conta que o momento exato do nascimento, por razões naturais ou artificiais, é pura contingência, porquê considerar tal casualidade como decisiva para adquirir personalidade jurídica?

Por outro lado, entrando-se em preciosismos biológicos, psicológicos, biomédicos, etc., o juízo envolvido na resposta às perguntas que ficaram formuladas nunca poderá ser geral e abstrato. O que é incompatível com as preocupações de certeza e de segurança que o Direito

³⁰ Efetivamente, “na maior parte dos direitos arcaicos e antigos, os filhos não são sujeitos de direito, estando submetidos à autoridade do chefe de família, que pode mesmo dispor da sua vida e da sua liberdade” (John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001, pág. 610). Daí que *qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest* (Gaio, D.41.1.10.1).

³¹ “O nascimento ... nada significa. Só a substituição de um sistema de apoio à vida (o corpo da mãe) por outro (o meio ambiente e os pais)” [Leite Campos, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

deve levar em conta. Que são as razões que justamente levaram, por exemplo, a estabelecer a maioridade, com a consequente aquisição de capacidade de exercício, numa determinada idade, igual para todos, independente da concreta maturidade intelectual, emocional, social, etc., do indivíduo em causa (artigos 122.º e 130.º, Código Civil).

Por conseguinte, parece de assentar: primeiro, que o critério a encontrar para determinar o momento de aquisição de personalidade jurídica deve ter uma qualquer base biológica uma vez que o homem tem um substrato dessa natureza; contudo, os rigores biológicos são, segundo, inteiramente inadequados em virtude de a preferência por algum deles constituir puro arbítrio.

12. A vida humana é *continuidade*. Não contém etapas estanques entre si. Ao invés, é incessante evolução contínua – é transformação sucessiva. Em cada momento que passa, a vida de cada ser modifica-se (física e espiritualmente), ainda que impercetivelmente para o próprio e para os demais. É uma constatação resultante da experiência ordinária que, portanto, não demanda nenhuma comprovação das ciências exatas.

Razão pela qual, como se dizia, a marcação do “nascimento completo e com vida” como o instante em que começa a vida humana se revela um critério inteiramente arbitrário. Por que não algures antes ou algures depois?

Aceitando-se – como, julga-se, se deve aceitar – que a vida humana é *continuidade* ininterrupta, o início do ciclo da vida de cada indivíduo não pode dar-se noutra momento a não ser o da *conceção*: é aqui que *começa* o novo ser. Qualquer instante posterior implica a criação de uma rutura injustificada no processo existencial.

Para a generalidade dos efeitos legais, o momento da concepção do filho corresponde, regra geral, aos “primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento” (artigo 1798.º, Código Civil). Por conseguinte, na falta de outra comprovação (médica, ecológica, etc. – artigo 350.º, n.º 2, Código Civil), daqui se retira que:

- Primeiro, o momento da concepção é um qualquer dentro dos primeiros quatro meses da gestação;

- Segundo, se deve considerar, por isso, que a personalidade foi adquirida trezentos dias antes da ocorrência do nascimento.

13. As considerações que ficam feitas não revelam, contudo, a dimensão essencial da personalidade jurídica do ser humano.

Esta apoia-se inegavelmente num substrato biológico. Mas o *conceito* de pessoa humana não tem certamente natureza biológica. Tem, isso sim, natureza ética, social, jurídica, política. Pelo que um qualquer substrato biológico serve e é suficiente para o efeito ³².

Não se requer para tanto um ser nascido completamente e com vida; não se requer o decurso de um certo número de semanas sobre a data da concepção; não se requer alguma ou qualquer maturidade intelectual, física ou psíquica; etc.

Assim, a outorga de personalidade jurídica ao ser humano é verdadeiramente uma simples consequência do reconhecimento da sua *dignidade* e não está por isso ligada primariamente a quaisquer critérios ditos “científicos” ³³.

Ser pessoa jurídica (e, crê-se, ser pessoa do ponto de vista social, político, moral ou ético) não se liga à idade, nem à fase da vida, nem ao estatuto, nem ao sexo, nem à nacionalidade, nem a qualquer outro fator análogo. Isto não levanta qualquer dúvida.

Mas ser pessoa também não pode depender do facto de a vida subjacente ter carácter intra ou extrauterino. A dignidade da pessoa

³² “Não há justificação biológica da dignidade humana. É certo que o substrato biológico é, sem dúvida, uma condição indispensável para a existência da pessoa e, portanto, da sua dignidade: se os seus mecanismos bioquímicos colapsam, a pessoa extingue-se, e com ela a sua dignidade. Mas não são esses mecanismos bioquímicos (basicamente idênticos aos dos animais) que justificam, especificam ou medem a dignidade humana. E, por isso, talvez se possa dizer que a qualidade biológica de uma vida humana não altera a sua dignidade. O demente, o doente terminal que está inconsciente ou em estado vegetativo persistente têm a mesma dignidade que eu” (Documento de trabalho 26/CNECV/99, Reflexão ética sobre a dignidade humana, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 14).

³³ “Os direitos humanos (da personalidade, de ser humano) decorrem do valor moral da pessoa e da dignidade de ser pessoa” [*A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*], Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

humana reclama esta asserção. Se assim não fosse, a vida intrauterina seria pura vida animal e o embrião ou o feto seriam meras coisas³⁴.

14. Por causa da sua humanidade é que “a dignidade do ser humano é inviolável” e “deve ser respeitada e protegida” (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa; artigo 1.º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). “O respeito pela dignidade humana é considerado hoje um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados”³⁵.

E por causa do respeito devido à dignidade humana³⁶ é que a personalidade jurídica, com a conseqüente capacidade, é Direito do Homem (artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem) e é Direito Fundamental (artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa).

15. O disposto no n.º 1 do artigo 66.º do Código Civil não constitui obstáculo a este entendimento.

É naturalíssimo que ali se tenha estabelecido o “nascimento completo e com vida” como o momento que marca a aquisição da personalidade do ser humano, tendo em conta que este diploma entrou em vigor em meados dos anos sessenta do século passado (e acrescentando que ele foi essencialmente elaborado durante a

³⁴ Por isso, a propósito da interrupção voluntária da gravidez, “a questão dos prazos não se reveste, em boa verdade, de qualquer relevância ética. Doze, dezasseis, vinte e duas ou vinte e quatro semanas como limite para a intervenção abortiva, que significado têm, no ponto de vista ético? Nenhum. De facto, a decisão de eliminar a vida humana intrauterina é que é eticamente séria e constitui a questão de fundo” (Relatório/parecer 19/CNECV/97, projetos de lei relativos a interrupção voluntária da gravidez, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 9).

³⁵ Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, trad. bras. de *Éthique et Droit* por Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pág. 401.

³⁶ “Podemos talvez dizer que a abordagem actual da dignidade humana se faz sobretudo pela negativa, pela negação da banalidade do mal: é por se estar confrontado com situações de indignidade ou de ausência de respeito que se tem indício de tipos de comportamento que exigem respeito” (Documento de trabalho 26/CNECV/99, Reflexão ética sobre a dignidade humana, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 6).

sua década de cinquenta). Contudo, os conhecimentos científicos e os meios tecnológicos que, entretanto, se tornaram genericamente acessíveis permitem hoje atestar, com segurança, que o começo da vida se dá antes do nascimento ³⁷. Por outras palavras, é possível atestar a existência de um substrato biológico qualificável como vida humana antes mesmo do nascimento ocorrer. Já é o bastante, como se disse, para se conceder personalidade antes da nascença.

16. Acresce que a ilação que se retira da disposição em apreço é contraditada pelo que se estabelece no n.º 1 do artigo 1878.º do mesmo diploma.

Diz-se, nesta última, que “*compete aos pais, no interesse dos filhos, ... representá-los, ainda que nascituros*”.

A representação, seja a legal, seja a voluntária, pressupõe duas pessoas: representante e representado. Aquele exerce posições jurídicas tituladas pelo último. Por isso se diz que o representante está dotado de uma legitimidade *indireta* para o exercício de direitos. Por isso ainda, o representante só pode atuar o que o representado puder ou pudesse atuar; ou, ao invés, como se dizia no artigo 1332.º do Código Civil de Seabra para a representação voluntária, “*pode qualquer mandar fazer por outrem todos os atos jurídicos, que por si pode praticar, e que não forem meramente pessoais*”. O que é confirmado pela definição do poder de representação parental contida no artigo 1881.º do Código Civil: este “*compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho*”.

E na medida em que quem exerça a representação aja dentro dos seus poderes representativos, o negócio jurídico realizado por aquele em nome do representado... produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último” (artigo 258.º, Código Civil).

³⁷ A conceção do nascimento como o instante que marca o início da personalidade “é pré-científica - ou, pelo menos, “*pré-ecográfica*” - fundando-se na ignorância da vida pré-natal (o ser que nascia era precedido de um mistério que fazia reear os monstros e os lobisomens), em termos de o nascimento ser uma descoberta - um «*dar à luz*» das trevas do ventre” [*A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 44, novembro/dezembro, 2006].

Razões pelas quais “o representante é um substituto”³⁸.

Por conseguinte, elementarmente, se os pais são representantes dos filhos nascituros, estes são representados; se estes são representados, têm uma esfera jurídica (artigo 258.º, Código Civil)³⁹ na qual se repercutirão os efeitos da conduta dos pais; ora, a existência de uma esfera jurídica pressupõe a existência de personalidade^{40 41}.

Ainda que se não possa inferir a personalidade do nascituro a partir do que se estabelece no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil, ao menos é certo que a regra decorrente do artigo 66.º, n.º 1 do mesmo diploma fica assim muito desvalorizada. Salvo entendendo-se que no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil se não utilizou o termo representação no seu sentido técnico, mas antes num sentido mais amplo e impróprio como sinónimo, por exemplo, de curadoria ou algo similar. Não se conhece, todavia, que tal significação alguma vez tenha sido sustentada.

³⁸ Galvão Telles, *Dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, pág. 260.

³⁹ Por esta razão se não pode acompanhar Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 299/300, nota1113) quando sustenta a extensão da representação legal dos pais ao concepturo: este é um não ser, não há, por isso, dignidade humana a respeitar, pelo que não pode ter personalidade nem, consequentemente, esfera jurídica.

⁴⁰ Uma vez que a esfera jurídica “é o complexo de direitos e vinculações de que uma determinada pessoa é titular” (Pedro Pais de Vasconcelos – Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 102).

⁴¹ “X, who was seven months pregnant, was injured by the negligence of the M.T.’s servant while she was descending from a tram. Two months later, her child, J., was born with club feet. In an action on J.’s behalf, the jury awarded \$5,500. Judgement was affirmed by a majority of the king’s bench (appeal side) and by four to one in the supreme court of Canada (Smith J. dissenting).

In the supreme court, Lamont J. (with whom Rinfret and Crocket JJ. concurred), after reference to English and American authorities, said that it must be admitted that the great weight of judicial opinion in the common-law courts denied a right of action for prenatal injuries. He then turned to the civil law. Article 345 of the Quebec Civil Code, which he regarded as practically embodying Roman law as set out in *Digest*, 1, 5, 7,68 provides that «The curator to a child conceived but not yet born, is bound to act for such child whenever its interests require it; he has until its birth the administration of the property which is to belong to it, and afterwards he is bound to render an account of such administration» (P. H. Winfield, *The unborn child*, The University of Toronto Law Journal, vol. 4, n.º 2, 1942, pág. 288).

17. A dedução que se extrai a partir do que se estabelece no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil é confirmada pelo que resulta do artigo 1855.º do mesmo diploma: o estabelecimento da paternidade por perfilhação pode fazer-se logo após a conceção ⁴², não dependendo a sua *validade* do “nascimento completo e com vida”.

Assim, o pai já o é desde o instante em que o novo ser foi concebido; portanto, o filho já o é também desde a conceção; pelo que o poder paternal está instituído desde esse momento. Daí o disposto no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil.

Só se concebe a existência e o exercício do poder paternal sobre uma pessoa uma vez que é para tutela desta que ele se instaura.

O poder paternal integra-se na categoria dos poderes funcionais ou poderes-deveres. Estes, em geral, são direitos ou, pelo menos, posição jurídicas ativas, que se devem exercer no interesse de outrem: no caso concreto, no *interesse do filho* (artigo 1878.º, n.º 1, Código Civil) ^{43 44}. De onde decorre que se os pais não atuarem amparando o interesse do filho (ao menos se tiver natureza patrimonial), incorrem, se mais não for, em responsabilidade civil (artigo 483.º, n.º 1, Código Civil). Contudo, se o nascituro não tem personalidade jurídica (e, por isso, não tem direitos), tal suscetibilidade de responsabilização coerentemente apenas surgirá após o “nascimento completo e com vida”. Antes disso não haverá “direito de outrem” que possa ser violado. Será razoável uma solução destas? Poderão os pais exercer o poder paternal de forma absolutamente irresponsável até ao nascimento? Poderão os pais, até ao “nascimento completo e com vida”, apropriar-se, por exemplo, de rendimentos de bens pertencentes a filho nascituro que lhe tenham

⁴² Para o estabelecimento da paternidade por via de ação de investigação é também o momento da conceção que marca o início da relação pai/filho relevante para o efeito: *I – Os atos de tratamento como filho por parte do investigado são suscetíveis de se verificar em relação a nascituros* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/1976, Proc. n.º 066207).

⁴³ Castro Mendes, *O Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1979, pág. 243.

⁴⁴ O poder paternal “consiste no direito de «reger» (dirigir) a pessoa e administrar os bens do filho, no interesse deste” (Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 90).

sido deixados por testamento (artigos 1896.º e 2240.º, n.º 2, Código Civil)? Com o seu comportamento, *quem* é que eles estarão a lesar?

18. O mesmo se diga, estendendo o argumento, para atos de terceiros lesivos da integridade ou do património do nascituro. Se alguém agride mulher grávida e tal conduta lesar fisicamente o nascituro de forma imediatamente comprovável, poderá aquele ser responsabilizado, civil e penalmente, por lesão à integridade física deste e pelo correspondente sofrimento ⁴⁵? Não se reconhecendo personalidade jurídica ao nascituro, a resposta coerente só

⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/04/2014, Proc. n.º 436/07.6TBVRL. P1.S1: “I – Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respetivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai. II – Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art.º 66.º, n.º 1, do Código Civil, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art.º 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB –, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. III – O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica. IV – Ainda na fase intrauterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação. V – No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992). VI – Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos atos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124)”.

pode ser negativa ⁴⁶ ⁴⁷. Mesmo quando, no limite, a agressão seja imputável à própria mãe ⁴⁸.

É claro que, muitas vezes, se obvia este resultado fazendo retroagir a aquisição de personalidade. Mas isso não será, no fundo, reconhecer personalidade jurídica ao nascituro? É que antes de nascer, o ser cuja personalidade é obtida regressivamente era nascituro!

⁴⁶ Exemplarmente neste sentido, ver o acórdão de Supremo Tribunal de Justiça de 21/09/2006, Proc. n.º 06P1575: “De qualquer modo, muito se estranha a alegação de danos sofridos pelo feto que a vítima carregava, uma vez que é sabido que a personalidade jurídica, e, logo, a capacidade de gozo de direitos, apenas se adquire no momento do nascimento completo e com vida (cfr. art.º 66º, n.º 1, do Código Civil) o que não sucedeu na presente hipótese. Além disso, os próprios direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem sempre do seu nascimento (cfr. art.º 66.º, n.º 2, do Código Civil), não podendo aqui ser convocados. Daí que no caso em apreço nenhuma indemnização pudesse ser fixada nesse âmbito”. Afirmando-se mesmo que “a mãe portadora do feto é que teria eventualmente direito a ser indemnizada pelo dano por ela sofrido com a representação ou sentimento (físico, psicológico) do sofrimento e da morte do nascituro”. Estava em causa nesta decisão, como é facilmente dedutível, o pedido de indemnização civil por danos morais fundados no homicídio de uma mulher grávida.

⁴⁷ “It was the common law belief that the unborn child was part of the mother, and thus the child who had been harmed by negligent injury to his mother could not recover since the mother was the only «person» who had been injured. This view was reiterated by Mr. Justice Holmes, while still on the Massachusetts Supreme Court, in the first and most famous American case on the subject of prenatal injuries. In this case, the child’s mother, four or five months pregnant at the time, slipped and fell on a negligently maintained highway in the town of Northampton. There was evidence that the fall brought on a miscarriage and the prematurely born infant lived for only ten or fifteen minutes. The administrator of the dead child’s estate sued the town for negligent maintenance of the highway. Justice Holmes, speaking for the court, held that the common law provided no remedy for such injuries and that «as the unborn child was part of the mother at the time of the injury, any damage to it, which was not too remote to be recovered for at all was recoverable by her»” (William J. Maledon, *Law and the Unborn Child: The Legal and Logical Inconsistencies*, Notre Dame Lawyer, vol. 46, 1971, págs. 354/355).

⁴⁸ Cf. *v.g. D (A Minor) v. Berkshire County Council* [House of Lords (8 Oct, 4 Dec 1986) [and] Court of Appeal, Civil Division (19 Mar 1986) [and] Family Division (4 Feb 1986)]: Uma mulher toxicod dependente deu à luz uma criança que apresentava sintomas de abstinência. Alegando que o comportamento da mãe durante a gravidez configurava um caso de maus-tratos, as autoridades locais solicitaram a um tribunal de menores, com sucesso, uma ordem para colocar a criança sob os seus cuidados. Em sede de recurso, a Câmara dos Lordes concordou que o abuso de drogas em período pré-natal ameaçava o normal desenvolvimento da criança. Ver, por exemplo, Jane E. S. Fortin, *Legal protection for the unborn child*, *The Modern Law Review*, vol. 51, n.º 1, 1988, págs. 54-83.

A questão do começo da personalidade jurídica do ser humano tem passado muito por uma outra: a da criminalização *versus* descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. E mais especificamente, perante a legitimação de tal atuação quando a interrupção se deixe exclusivamente ao livre-arbítrio da mãe.

O debate acerca da criação de mais uma exceção à regra segundo a qual o aborto constitui um tipo legal de crime (interrupção voluntária da gravidez por opção da mãe até às dez semanas) que, por isso, o torna justificado nas referidas circunstâncias, seguiu, como é hábito nestas coisas, uma via assistemática e, por vezes, errática.

Podem apontar-se, no entanto, dois tópicos fundamentais. A saber: (i) a mulher é dona do seu corpo; (ii) não é razoável responsabilizar penalmente a mãe que aborta.

19. O primeiro argumento reduz-se usualmente ao *slogan* “o corpo é meu, aqui mando eu”⁴⁹.

Juridicamente, neste tão amplo sentido, ninguém é dono do seu corpo. De facto, tanto de harmonia com o disposto no artigo 340.º do Código Civil como, sobretudo, por causa do que se estabelece no artigo 81.º do mesmo diploma, mesmo quando o próprio tenha consentido na lesão dos seus bens de personalidade, a autorização é inválida (e, portanto, não legitima a conduta que os ofende) se for contrária aos bons costumes ou aos princípios de ordem pública.

Por outras palavras, o consentimento da “vítima” nem sempre isenta de responsabilidade o agente que atue nele fundado. Ainda que se trate de matéria vaga e algo indefinida, é incontestável que é por causa dos referidos limites que, por exemplo, a morte ou a mutilação a pedido daquele que as sofre origina responsabilidade penal e civil por homicídio e ofensa à integridade física, respetivamente.

Não se pode assim afirmar, sem mais, que a mulher é “dona do seu corpo”. Como atrás se disse, *self-ownership* não é sinónimo de *full-ownership*. Acresce, no caso da interrupção voluntária da gravi-

⁴⁹ Uma versão propagandística do brocardo *partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (Ulpiano, D.25.4.1.1.).

dez, que se o feto for considerado vida humana, a mãe que atua de tal modo nem sequer está a dispor do *seu* corpo quando o faz.

Aqui reside de facto o ponto decisivo que merece ser acentuado nesta perspetiva do problema: a relação da mãe com o filho que tem dentro de si é uma relação de *proteção* ou é uma relação de *propriedade*?

Se, como também antes se demonstrou, certamente é uma relação de proteção após o “nascimento completo e com vida” (por causa da simples constatação de que os pais não podem ser proprietários da pessoa dos filhos, como, por exemplo, resulta do disposto no artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil) que razão haverá para que seja uma relação de propriedade antes disso ⁵⁰?

Nesta conformidade, não custa reconhecer um direito de conceber (ou não). Já não pode haver, no entanto, um direito de abortar por que não pode haver o direito de decidir se alguém vive ou não vive. Ninguém pode ser dono da vida de outrem ⁵¹. Por isso, a pena de morte se encontra abolida (artigo 24.º, n.º 2, Constituição).

⁵⁰ “A vida humana, mesmo incipiente, é um bem e a grávida não pode dispor livremente desse bem, que não é seu, já que o novo ser vivo necessita de proteção e sustento para continuar a sua evolução de ser irrepetível, portador da dignidade própria de membro da família humana. Admitir o contrário, invocando razões de carácter sociológico ou económico, é rebaixar a dignidade humana (conceito orientador e chave da Constituição da República Portuguesa) através de argumentação baseada em critérios de interesse particular. Exatamente com argumentos deste tipo se pode propor a instituição da eutanásia involuntária de cidadãos deficientes, incapazes ou dementes, sempre que a sua família não lhe pudesse oferecer «condições razoáveis de subsistência e educação» ou quando a existência desses diminuídos «fosse suscetível de lhe criar uma situação social ou económica incomportável»” (Relatório/parecer 19/CNECV/97, projetos de lei relativos a interrupção voluntária da gravidez, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 5).

⁵¹ Inclusive o “aborto eugénico levanta as mais sérias dúvidas de natureza ética. A sua própria designação suscita o instintivo horror de quem recorda os desumanos e criminosos esforços do totalitarismo nazi no sentido de «melhorar a raça» através da eliminação dos fracos, dos deficientes, dos dementes, dos epiléticos e, mais tarde, dos indivíduos pertencentes às «raças impuras» ou «inferiores»” (Relatório/parecer 19/CNECV/97, projetos de lei relativos a interrupção voluntária da gravidez, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, pág. 7).

20. A questão da oportunidade ou da justificação para a responsabilização penal da mãe que aborta tem sido colocada, no debate, no nível da licitude. Quando, crê-se, deve e devia ter sido encarada sob o prisma da culpabilidade.

Tanto na responsabilidade civil como na responsabilidade penal, o seu despontar pressupõe que determinada conduta seja simultaneamente contrária a valores jurídicos por duas formas: objetivamente, por muito genericamente ser antijurídica (ilícita); subjetivamente, por tal conduta ser censurável (e sê-lo-á sempre que a pessoa em causa pudesse e devesse agir de modo ajustado às regras jurídicas). A apreciação da licitude é naturalmente feita em abstrato (salvo se alguma causa de exclusão da ilicitude estiver preenchida) uma vez que deriva da violação do “direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios” (artigo 483.º, n.º 1, Código Civil). Diferentemente, a apreciação da culpa faz-se em concreto, isto é, faz-se em função das circunstâncias do caso (artigo 487.º, n.º 2, Código Civil).

Com a lei penal anterior à realização do recente referendo, decisiva era a apreciação da culpa: não merecia a mesma censura⁵², por exemplo, o aborto praticado pela criança de 14 anos, o aborto da mulher que o faz por razões estéticas ou, por fim, o aborto praticado pela mulher em cuja vida um filho não tem lugar, por razões profissionais ou outras.

O efeito surpresa que se pretende obter com a afirmação de que, em tempos mais recentes, os tribunais raramente condenaram mulheres que abortaram pela prática do correspondente crime cai assim por terra: tais condenações não aconteceram porque os casos que surgiram em juízo, em geral, não mereceram censura.

Com a redação que, entretanto, se deu à alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, a avaliação da responsabilidade, no âm-

⁵² Razão que em vez de conduzir à inserção de uma nova causa de exclusão da ilicitude no artigo 142.º do Código Penal, poderia ter justificado uma solução assente na intervenção judicial prévia: a mãe que pretendesse abortar até um determinado período (por exemplo, as dez semanas) pediria previamente ao tribunal autorização para o efeito, invocando as suas razões; se estas se revelassem razoáveis, ou seja, se fossem insuscetíveis de censura, o tribunal daria autorização para proceder à interrupção voluntária da gravidez.

bito da exceção que se instituiu, deixa de se fazer no nível da culpa e passa a ser feita no nível da licitude, excluindo-a genericamente. Parece, por conseguinte, que a parte justifica o todo e, também, que é tudo igual.

21. Sem prejuízo do que antecede, do ponto de vista jurídico, a questão da personalidade jurídica do nascituro não se pode, todavia, conezionar com a da criminalização do aborto ⁵³.

A personalidade jurídica é um pressuposto do reconhecimento do direito à vida. Só as pessoas jurídicas podem ter direitos (e, de entre eles, o primeiro de todos: o mencionado direito à vida). Por isso na Declaração Universal dos Direitos do Homem se diz que “todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da personalidade jurídica” (artigo 6.º).

Por outro lado, seja por muitos criminalistas terem pretendido evitar o comprometimento com a questão da definição do momento do início da vida, seja por qualquer outra razão, a verdade é que o motivo que tem sido invocado para justificar a instituição do crime de aborto não reside tanto na proteção da vida intrauterina, mas mais na tutela da saúde, física e psíquica, da mãe. Ou seja, criminalizou-se o aborto, sobretudo, para evitar que as mães praticassem aborto clandestino.

⁵³ Ainda que da conexão entre as duas questões possam emergir sérias perplexidades: “Is it a crime for a woman to misappropriate the estate of her unborn child, and yet no crime for her to kill that child? Can a woman, who has inherited an estate as a tenant-in-common with her unborn child, increase her own estate 100 percent simply by killing the child? Will the law which has recognized the unborn child as an actual income recipient prior to birth allow the child’s heir (the mother) to kill the child for her own financial gain? Will the law that has specifically said that an unborn child’s estate cannot be destroyed where the child has not been represented before the court allow the child himself to be destroyed without being represented before the court? (...) Will the pregnant woman who is hit by a negligent driver while she is on her way to the hospital to have an abortion still have a cause of action for the wrongful death of her unborn child? If ‘so, how is it possible for the law to say that a child can be wrongfully killed only hours before he can be rightfully killed?” (William J. Maledon, *Law and the Unborn Child: The Legal and Logical Inconsistencies*, Notre Dame Lawyer, vol. 46, 1971, pág. 369).

Razão pela qual, por outro lado, a entrada em vigor da causa que exclui a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez por decisão da mãe até às dez semanas de gestação, não põe em causa a personalidade do ser intrauterino. Apenas deixará de existir responsabilidade penal pela liquidação da vida do embrião ou do feto.

Como acima se disse, será sobretudo com base em valorações sociais, éticas e jurídicas que se poderá sustentar ou infirmar a tese segundo a qual a qualidade de pessoa se recebe antes do nascimento (com o conseqüente reconhecimento de personalidade jurídica). Mas não certamente apenas a partir de uma eventual descriminalização do aborto, dado que daí apenas resulta a sua irrelevância penal. Nunca certamente a sua irrelevância jurídica.

22. O direito (fundamental) à dignidade humana, razões éticas, os meios tecnológicos de exame e diagnóstico acessíveis à generalidade das pessoas, o disposto no artigo 81.º do Código Civil e a inutilização da regra contida no artigo 66.º, n.º 1, pelo disposto no artigo 1878.º, n.º 1, ambos do mesmo diploma, conduzem a uma consideração: a vida não começa com o nascimento. Começa com a concepção.

A vida do nascituro é vida humana. Logo deve ser respeitada como qualquer vida humana. “Esse respeito tem de entender-se num sentido forte, que inclui, não apenas o dever de não causar dano (*neminem laedere*), mas também o de dispensar, positivamente, ao *conceptus*, a atenção e os cuidados que ele merece, atentas a sua natureza e dignidade, bem com as circunstâncias particulares da sua extrema fragilidade e vulnerabilidade. Cabem aqui, os imperativos da justiça (*suum cuique tribuere*) e do amor de benevolência”⁵⁴.

23. Sendo já relativamente frequente encontrar referências doutrinárias no sentido do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro⁵⁵, a verdade é que reminiscências do significado literal

⁵⁴ Bigotte Chorão, *Bioética, Pessoa e Direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §10, pág. 7.

⁵⁵ Além daquelas que pontualmente ficaram antes referidas, pode confrontar-se

do que se estabelece no artigo 66.º, n.º 1 do Código Civil permanecem.

É usual, por isso, encontrar expressões como personalidade *parcial* ou capacidade *parcial* para etiquetar a situação do nascituro.

Ambas parecem inaceitáveis.

No que toca à primeira, nunca será demais lembrar que a personalidade, uma vez que é uma qualidade, não pode ter meios termos⁵⁶. Ou existe ou não existe. Acresce que, tratando-se da personalidade jurídica do ser humano, por se encontrar em causa uma qualidade pré-jurídica derivada do respeito pela sua dignidade, a segunda hipótese nem sequer se coloca. É certo que a lei pode não reconhecer personalidade a esta ou àquela entidade, mas o Direito não pode deixar de reconhecer personalidade ao ser humano. E muito particularmente neste caso, não pode haver meias-personalidades.

Por outro lado, a capacidade de gozo do nascituro tão-pouco pode ser parcial no preciso sentido do termo. O que se pode dizer é que, dada a natureza própria do nascituro, a sua capacidade só pode abranger os direitos e deveres concebíveis para a sua situação. Terá, portanto, uma capacidade mais diminuta do que a de um ser nascido. Não deixa, no entanto, de poder ser “sujeito de qualquer relação jurídica” (artigo 67.º, Código Civil). Sucede é que as exceções a esta regra não serão apenas as ditadas por lei, mas serão, sobretudo, as que resultarem da própria natureza das coisas.

uma listagem mais exaustiva em Pedro Pais de Vasconcelos – Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, págs. 84/85.

⁵⁶ Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Centros de Estudos de Direito Civil, 1973, pág. 5.