

No início era o verbo (Da tutela jurídica pré-natal no ordenamento da RAEM)

Vera Lúcia Raposo

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo:

Embora antes do nascimento não exista uma pessoa em termos jurídicos, tal não significa que o ordenamento jurídico não possa-ou mesmo não deva-dispensar à pré-pessoa algum tipo de protecção.

Esta protecção não tem que ser rigorosamente equivalente no plano criminal e no plano civil (por exemplo, o início da protecção poderá reporta-se a momentos distintos da vida humana em formação consoante estejamos no direito civil ou no direito criminal), mas terá que existir entre ambos os ramos de direito uma harmonia teleológica que evite contradições entre as respectivas soluções jurídicas.

O estudo que se segue pretende abordar as linhas gerais da protecção legal providenciada ao nascituro no ordenamento civil e criminal da RAEM, apontando as suas virtualidades, mas, especialmente, discutindo as suas fragilidades e inconsistências. O objectivo final é o de descrever e comentar o quadro legal de protecção instituído para a criança que ainda o não é.

Palavras-chave: nascituro, aborto, lesões fetais, personalidade jurídica, danos pré-natais, deveres reprodutivos

1. Esclarecimentos iniciais

Não é líquido se o termo “criança” abarca o ser humano antes de nascer. A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959¹ determina, no seu preâmbulo que “a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de protecção e cuidados especiais, inclusive protecção legal apropriada, antes e depois do nascimento”. Logo, no quadro desta Convenção existem “crianças” antes do nascimento², embora não se esclareça se o início do estatuto de “criança” remonta imediatamente à fecundação ou a um momento mais tardio, como seja a nidação ou até a aquisição da forma humana, algures entre a 12.º e a 16.º semanas. Pela nossa parte tendemos a considerar que a expressão “criança” se refere a uma pessoa; e que a pessoa só existe após o nascimento. Logo, o que existe antes desse momento são embriões e fetos, não crianças. Mas porque sem eles tão-pouco existiria uma criança decidimos

¹ Declaração Universal dos Direitos das Crianças, UNICEF, 20 de Novembro de 1959.

² Esta mesma posição em Maria Rita Saulle, “La Convenzione delle Nazione Unite del 1989 sui Diritti del Fanciullo e la Tutela del Nascituro”, in *Per una Dichiarazione dei Diritti del Nascituro* (Antonio Tarantino ed.), Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 182-184.

que este seria um bom tema para uma discussão que pretende versar sobre crianças. Assim, antecipamos a nossa abordagem ao momento mais inicial daquele ser que se tornará numa futura criança: o nascituro.

É certo que este termo – “nascituro” – poderá levar a pensar que as nossas reflexões apenas incidirão sobre seres humanos que já estão em vias de nascer, isto é, embriões uterinos e fetos. Reconheça-se que o embrião in vitro parece sobreviver numa fase mais recuada, e por isso mais distante, do nascimento, o qual se revela face a eles muito mais uma possibilidade do que uma actualidade. Ou seja, os circunstancialismos que rodeiam o embrião in vitro (perecimento natural, número excessivo de embriões e conseqüente destruição ou criopreservação ilimitada) tornam menos provável o seu nascimento do que no caso de nascituros in utero. Ainda assim, a verdade é que o conceito “nascituro” tem sido empregue com referência ao embrião in vitro quer pelo legislador³, quer pela doutrina⁴, pelo que neste estudo também adoptaremos um entendimento amplo do conceito “nascituro”.

³ Veja-se a Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho, sobre procriação medicamente assistida.

⁴ José de Oliveira Ascensão, “A Lei n.º 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, vol. III, 2007, pp. 977 ss.

Feitos que estão estes esclarecimentos justificativos (do tema) e terminológicos, passemos então à análise do tratamento jurídico-criminal e jurídico-civil conferido pelo ordenamento da RAEM àqueles que ainda não nasceram.

Como veremos, a diferença entre o plano civil e o criminal não se revela apenas ao nível da sanção aplicável às violações das respectivas normas. Também nos pressupostos da respectiva actuação se denota uma diferença. A tutela civil surge antecipada face à tutela penal, dado que enquanto aquela primeira parece valer (na falta de qualquer ressalva legal, doutrinal e jurisprudencial) a partir da formação do embrião, isto é, logo após a fecundação, já esta última tem o seu início no momento da nidação, ou seja, 14 dias após a fecundação. Porém, embora o direito civil proteja desde um momento mais recuado, também é certo que dilata para um momento mais tardio o upgrade de protecção. De facto, ambos estes ramos do direito tutelam o nascituro, mas sem que lhe conferir o grau de protecção que reservam para a pessoa. Qualquer deles elege um momento-o tal upgrade-em que deixa de tratar o novo ser como não-pessoa e passa a tratá-lo como pessoa, sendo que este turning point aparece primeiro no direito criminal do que no civil, pois enquanto o direito criminal reporta a protecção da pessoa ao início do trabalho de parto, já o direito civil aguarda pelo nascimento completo e com vida.

2. A tutela jurídico-criminal

2.1 A protecção da vida

A vida humana não nascida é considerada um bem jurídico-criminal carecido de protecção penal⁵, ainda que se trate de uma protecção diminuída face àquela outra prevista para a vida humana nascida.

Esta diferença de graus de protecção manifesta-se, desde logo, nos diferentes tipos legais de crime em jogo, pois enquanto a vida humana nascida é tutelada pelo crime de homicídio, já a vida humana não nascida vem protegida pelo crime de aborto⁶, sendo que a linha de fronteira entre ambos os tipos legais se reporta ao início do trabalho de parto. Assim, embora estes dois tipos legais de crime visem tutelar a vida humana, fazem-no

⁵ Sobre a legitimidade do uso do direito penal para proteger o nascituro, inclusive em termos de direito comparado, Conceição Cunha, *Constituição e Crime (Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização)*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, pp. 375 ss.

⁶ Distinguindo o bem jurídico “vida intra-uterina” do bem jurídico “vida”, Jorge de Figueiredo Dias, “Nótula antes do Art. 131.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, (Jorge de Figueiredo Dias dir.), 2.º ed.. Coimbra Editora: Coimbra, 2012. No mesmo sentido, J. M. Damião da Cunha, “Art. 140.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, (Jorge de Figueiredo DIAS dir.), 2.º ed.. Coimbra Editora: Coimbra, 2012, p. 224.

em moldes distintos: não só incidem sobre seres diferentes (a pessoa e o ser humano, respectivamente), como se fundam em distintos bens jurídicos (“a vida humana nascida” e a “vida humana não nascida”). Assim, não só a pena prevista para o crime de homicídio é substancialmente mais gravosa do que a prevista para o crime de aborto, como, além do mais, este último permite a actuação de várias causas de justificação da ilicitude omissas no crime de homicídio, de tal forma que existindo um conflito entre a vida humana nascida (a da mãe) e a não nascida (a do embrião-feto) prevalece sempre aquela primeira (Artigos 3/1/a/b do Decreto-Lei n.º 59/95/M, de 27 de Novembro, que regula a interrupção voluntária da gravidez⁷).

A protecção jurídico-criminal conferida ao nascituro começa por ser muito frágil nos momentos iniciais da vida humana, *rectius*, começa por nem existir nesses momentos iniciais, dado que só após a nidação se considera existir um crime de aborto⁸. No ordenamento macaense esta restrição não consta expressamente da letra da lei, tal como de resto sucede no CP português (veja-se, ao invés, o par. 218 do Código Penal

⁷ No ordenamento macaense o aborto sem consentimento da mulher vem regulado no Artigo 136.º do CP, ao passo que a o aborto com consentimento desta tem o seu regime jurídico na legislação extravagante, no referido Decreto-Lei n.º 59/95/M.

⁸ J. M. Damião da Cunha, “Art. 140.º”, p. 225.

alemão). Porém, tem-se entendido que não pode deixar de assim ser, na medida em que só após a nidação se verifica a certeza da existência de uma gravidez; em contrapartida, até este momento é elevada a probabilidade de o embrião ser naturalmente expelido pelo corpo da mulher (aborto espontâneo), nomeadamente quando o produto da fertilização é, na realidade, um tumor ou uma aberração genética, que nem humana chega a ser⁹. Posteriormente, e à medida que o embrião se desenvolve e se transforma em feto, a tutela penal vai-se adensando, de tal forma que se nos estádios iniciais da sua existência a lei considera lícitas algumas interrupções da gravidez, já a partir de certo momento do desenvolvimento fetal (as 24 semanas de gestação no caso do ordenamento de Macau) deixa de prever qualquer causa de justificação da ilicitude para o delito de aborto, excepto tratando-se de feto inviável, o qual pode ser abortado a

⁹ Sobre a relevância da nidação (formação da linha primitiva, delimitação do sistema nervoso central, diferenciação dos tecidos embrionários) para o desenvolvimento embrionário, Maria Carcaba Fernández, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*. J. M. Bosch Editor: Barcelona, 1995, especialmente p. 160; Conceição Cunha, *Constituição e Crime*, pp. 364; Silke Hetz, *Schutzwürdigkeit menschlicher Klone?: Eine interdisziplinäre Studie aus medizinrechtlicher Sicht*. Nomos: Baden-Baden, 2005, pp. 187 ss.; Vera Lúcia Raposo, *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*. Almedina: Coimbra, 2014, pp. 410 ss., 527 ss.

todo o tempo (Artigo 3.º/1/c do Decreto-Lei n.º 59/95/M) e para os casos de “perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde físico ou psíquica da mulher grávida” (Artigo 3.º/1/a do Decreto-Lei n.º 59/95/M), situação em que pode igualmente ser realizado a todo o tempo.

A construção do tipo legal de aborto pode fundar-se quer no modelo dos prazos (que opera mediante períodos de tempo), quer no modelo das indicações (o qual se traduz na descrição de circunstâncias típicas)¹⁰. O ordenamento macaense optou por conjugar ambos os modelos, criando assim um sistema misto, que combina períodos temporais com indicações¹¹ relativas quer ao nascituro, quer à mãe.

O crime de aborto apenas se aplica à vida humana intra-uterina, como resulta do título do Capítulo no qual se inclui o crime de aborto no Código Penal, designado “crimes contra a vida intra-uterina”; e ainda do facto de o legislador edificar a construção deste tipo legal de crime em torno do decurso de uma gravidez. Logo, a destruição de vida humana não

¹⁰ Sobre os vários modelos possíveis e suas conjugações, Diogo Lorena Brito, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Publicações Universidade Católica: Porto, 2007, pp. 38-45.

¹¹ Sublinhe-se que nem todas estas indicações têm carácter médico, como decorre do Artigo 3.º/1/d do Decreto-Lei n.º 59/95/M, que refere o crime sexual contra a gestante que tenha dado azo à gravidez em causa.

nascida extra-uterina, i.e., de embriões in vitro, não se encontra criminalizada no ordenamento da RAEM. Não constitui crime de aborto, pelos motivos expostos; não constitui crime de homicídio, pois que este apenas se aplica após o início do trabalho de parto; não constitui crime de dano, o qual apenas pode abarcar *res* susceptíveis de propriedade, categoria na qual obviamente não se enquadra o embrião, nem mesmo o embrião in vitro.

2.2 A protecção da integridade física

Que sucede caso a actuação lesiva não destrua a vida do nascituro, ou seja, não impeça o seu nascimento, mas lhe cause danos graves e permanentes, que o acompanharão o resto da vida?

A posição tradicional no que respeita à tutela jurídico-penal do não-nascido restringia a sua actuação ao bem jurídico vida. Em boa verdade, o problema da tutela criminal da integridade física do nascituro apenas se suscitou com o famoso caso Contergan-Talidomida¹², que deu azo ao nascimento de vários milhares de

¹² Sobre este caso Teresa Quintela de Brito et al., “Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares”, in *Direito Penal-Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, pp. 29-31 e Manuel Cancio Meliá, “Caso Contergan”, in *Casos que Hicieran la Doctrina Penal* (Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez ed.). La Ley-Wolters Kluwer: Madrid, 2011, pp. 207-222.

crianças com deformações físicas gravíssimas, causadas ainda durante a gestação por um medicamento ministrado à gestante.

Aquando da discussão jurídico-criminal deste caso ponderou-se a aplicação do crime de lesões à integridade física. Porém, assim como o homicídio não é susceptível de aplicação a mortes de não nascidos (isto é, a mortes ocorridas antes de... nascer), tão-pouco o crime de ofensas corporais se pode reportar a períodos temporais prévios ao nascimento, dado que ambos estes tipos legais de crime apenas se aplicam a pessoas, não a não-pessoas.

É certo que o dano causado pela lesão pré-natal subsiste após o nascimento, mas este prolongamento temporal do dano não chega para justificar a aplicação de um crime só válido no período pós-natal. De facto, não podemos esquecer o disposto no Artigo 3.º do CP¹³, segundo o qual o momento criminalmente relevante não é aquele em que o dano se produz, mas aquele no qual a acção lesiva tem lugar.

¹³ “O facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, devia ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido”.

Ora, este vazio jurídico¹⁴ no que respeita à integridade física do nascituro é particularmente preocupante se partirmos do entendimento-que é o nosso¹⁵-de que no caso do nascituro o valor da integridade física sobreleva o valor da sua vida¹⁶. É que se destruirmos a sua vida e o ser nem chegar a nascer, nunca é pessoa e, por conseguinte, nunca adquire direitos, pelo que em bom rigor não há nenhum direito violado, nem mesmo um suposto direito a nascer, nem tão-pouco um igualmente suposto direito a adquirir direitos, pois que qualquer deles, como qualquer direito, pressupõe a existência prévia de uma subjectividade jurídica capaz de titular o direito, o que aqui não existe. Diferentemente, caso o nascituro nasça, tornar-se-á

¹⁴ Carlos Romeo Casabona (Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Persona ly los Relativos a la Manipulación Genética. Editorial Comares: Granada, 2004, p. 255) falava a este respeito de uma “lacuna de punibilidade” do Código Penal espanhol, entretanto colmatada com a previsão deste tipo legal de crime.

¹⁵ Vera Lúcia Raposo, O Direito à Imortalidade..., pp. 630 ss.; Vera Lúcia Raposo, “Aqueles que Nasceram (Breve Excurso Sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-Natais)”, in Livro de Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld (Manuel da Costa Andrade et al, org.). Coimbra Editora: Coimbra, 2013, pp. 1065-1109 e Vera Lúcia Raposo, “Are Wrongful Life Actions Threatening the Value of Human Life?”, Journal of Bioethical Inquiry 14 (3), 2017, pp. 339-345.

¹⁶ Também defendendo esta tese, Antonio Cuerda Riezu, “Límites Jurídico Penales de las Nuevas Técnicas Genéticas”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLI, fasc.2, 1988, p. 422.

pessoa e adquirirá direitos, inclusivamente o direito a pedir em tribunal uma compensação por danos ocorridos antes de ser pessoa. Ou seja, se nunca chegar a nascer não poderá reivindicar tal compensação (apenas os pais o poderiam fazer, mas em seu nome próprio, não em nome de um ser que nunca chegou a existir como pessoa); mas se nascer já poderá pedir uma compensação por danos ocorridos antes do nascimento.

Mas assoma ainda outro argumento para corroborar esta nossa conclusão, o qual assenta na dupla conceptualização dos direitos fundamentais. De facto, desde há muito que a doutrina alemã assinada que nestes, a par e passo com o direito subjectivo que cabe necessariamente a “alguém” (por contraposição com “algo”), existe igualmente um valor objectivo que lhes serve de sustento¹⁷. Ora, no caso do nascituro, a ausência de um “alguém” que titule o direito impede a formação da dimensão subjectiva do direito, pelo que apenas existe a dimensão objectiva-no caso, a vida humana como um valor digno de tutela, independentemente

¹⁷ Sobre a dimensão objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina: Coimbra, 2007, pp. 113-117; Francisco Balaguer Callejón, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II. Tecnos: Madrid, 2006, pp. 35-37; J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. Almedina: Coimbra, 2003, pp. 1255 ss.; Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4.^o ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004, pp. 150 ss.

da presença de uma pessoa-e somente esta se pode dizer violada. O nascimento e o concomitante surgimento de uma pessoa permitem a afirmação da dimensão subjectiva, que passa assim a coexistir com a objectiva.

Logo, aquele dano originado antes do nascimento, e que acompanha a agora “pessoa”, põe em casa seu direito à integridade física nas suas dimensões objectiva e subjectiva, o que, obviamente, implica uma violação mais gravosa do que a exclusiva violação da dimensão objectiva de um direito, ainda que seja do direito à vida.

Em suma, a integridade de uma pessoa vale mais do que a vida de uma não-pessoa (como, aliás, decorre dos Artigos 3/1/a/b do Decreto-Lei n.º 59/95/M, que permitem o sacrifício da vida do embrião-feto para preservação da integridade e saúde da mãe). Ou, e adoptando agora a linguagem típica do direito criminal, no que respeita ao nascituro o bem jurídico “integridade física” tem mais valor do que o bem jurídico “vida”, dado que só a lesão daquele primeiro irá afectar uma futura pessoa e todos os bens jurídicos de que esta será titular¹⁸, solução sustentada pelo Artigo 3/1/c do Decreto-Lei n.º 59/95/M, onde o legislador

¹⁸ Cfr. Luis Garcia Martín, Comentarios al Código Penal. Parte Especial-I. Tirant lo Blanch: Valencia, 1997, pp. 619 ss.

manifesta a sua preferência pela não existência face a uma existência fortemente limitada¹⁹.

Com base nesta ordem de argumentos alguns ordenamentos jurídicos incluíram nas suas previsões o chamado crime de “lesões fetais²⁰”. A previsão deste tipo legal levou a doutrina a discutir qual o bem jurídico aqui em causa: se a pessoa que irá nascer com semelhantes deficiências²¹, se o nascituro em si mesmo²². Pela nossa parte cremos que se trata essencialmente de proteger a pessoa que nascerá, ainda que por via da protecção daquele que ainda não nasceu, pois que se o nascituro não chegar a nascer essa pessoa não sofre qualquer dano porque não nascerá e o não nascimento não é um dano juridicamente relevante.

Porém, a maior parte dos ordenamentos jurídicos-incluindo o de Macau-desconhece ainda esta incriminação. Assim, caso

¹⁹ Também assim, Antonio Cuerda Riezu, “Límites Jurídico Penales...”, p. 422.

²⁰ Note-se que se trata do uso impróprio do termo “fetal”, dado que na verdade este tipo legal aplica-se quer a fetos, quer a embriões.

²¹ J. C. Carbonell Mateu e J. L. González Cussac, *Comentários al Código Penal de 1995*, vol. I (T. S. Vives Antón ed.). Tirant lo Blach: Valência, 1996.

²² I. F. Benitez Ortuzar, *Aspectos Jurídico-Penales de la Manipulación Genética y la Reproducción Asistida Humana*. EDERSA: Madrid 1997, pp. 419-420.

um embrião ou um feto sofra uma lesão grave no período pré-natal, que não o impeça de nascer mas perturbe seriamente a sua existência futura como pessoa (por exemplo, por via de um medicamento ministrado à mãe nasceu sem membros; por via de um ataque à pessoa da mãe nasceu com lesões cerebrais), tal prática não constitui qualquer crime. *Rectius*, poderá constituir um crime em relação à pessoa da mãe, mas não em relação à não-pessoa do nascituro, nem mesmo em relação à futura pessoa que irá nascer. É que não existe no ordenamento

de Macau (como não existe em muitos outros ordenamentos criminais) qualquer previsão legal neste sentido e o direito criminal não se compadece com interpretações extensivas e/ou analógicas dos tipos legais existentes. Nem sequer poderá a pena correspondente ao crime sofrido pela mãe ser agravada por força da lesão causada ao nascituro. Ou melhor, poderá eventualmente a pena concreta aplicada dentro da moldura penal do tipo de ofensa à integridade física ser mais elevada, dado que este facto poderá funcionar como factor de medida da pena. Mas não é suficiente para remeter a conduta para os tipos legais de ofensa à integridade física grave (Artigo 138.º CP), nem tão-pouco de ofensa qualificada à integridade física (Artigo 140.º CP), dado que nenhum destes tipos legais prevê esta circunstância no seu *Tatbestand*.

De modo que a única via aberta à pessoa assim nascida será a via civil, mas-e como veremos de seguida-mesmo aí com restrições várias.

3. A tutela jurídico-civil

3.1 Personalidade jurídica e protecção do nascituro

O artigo 63.º/1 do Código Civil de Macau faz depender a concessão da personalidade jurídica do nascimento completo e com vida. No obstante a clareza desta norma, a doutrina-referimo-nos à portuguesa, mas dada a semelhança de preceitos o mesmo valerá para Macau-tem avançado várias teorias em relação à personalidade jurídica do nascituro e à sua consequente titularidade (ou não) de direitos²³. Há quem refira que existem direitos dos embriões, mas que estes são direitos sem sujeito²⁴; quem apenas aceite estados de vinculação de bens²⁵; há quem, seguindo a letra da lei, reporte o início da personalidade

²³ Dando-nos conta destas variadas posições, Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora: Coimbra, 1995, pp. 361 ss.

²⁴ Cfr. Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.º ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Da Mota Pinto). Coimbra Editora: Coimbra, 2005, pp. 196, 203; Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I. AAFDL: Lisboa, 1983, p. 209.

²⁵ Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I. Almedina: Coimbra, 1974, p. 35

jurídica ao nascimento, mas depois a faça retroagir a um momento prévio²⁶; e ainda quem reconheça no nascituro uma personalidade jurídica parcial²⁷.

Tudo é defensável do ponto de vista do direito a constituir, mas no plano do direito constituído apenas uma resposta existe: o nascituro não goza de personalidade jurídica nem, por conseguinte, de direitos. Só após o nascimento-e note-se que aqui a linha de fronteira nem sequer é o trabalho de parto, mas o nascimento completo e com vida-tal ocorre.

Tal não obsta a que seja reconhecida alguma protecção ao nascituro, nomeadamente de cariz patrimonial. Assim, a lei permite que o nascituro concorra com os restantes herdeiros de uma herança, que lhe sejam outorgadas doações ou que sejam beneficiários de seguros de vida. A protecção estende-se também ao domínio não patrimonial, permitindo-lhe reivindicar alguma tutela em termos de filiação (por exemplo, o Artigo 1708.º CC). Porém, esta protecção apenas se efectiva em genuínos direitos

²⁶ Cfr. José Dias Marques, Código Civil Anotado. Petrony: Lisboa, 1968, p. 23.

²⁷ Cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, Lições de Direito das Sucessões, I. Coimbra Editora: Coimbra, 1990, p. 243, O Direito Geral de Personalidade, pp. 163, 362 ss. e Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2003, p. 269.

após o nascimento (completo e com vida), pelo que é sempre uma protecção mediante condição.

Uma norma interessante a este respeito é o Artigo 1733.º/1 CC, preceito que elenca os poderes-deveres parentais e que expressamente considera os pais legítimos representantes do nascituro. Curiosamente, nada refere em relação aos outros poderes-deveres aí referidos, pelo que uma interpretação textual levaria a sustentar que os progenitores não têm o dever de velar pela saúde e segurança do nascituro, solução manifestamente incompatível com a teleologia intrínseca aos poderes-deveres parentais²⁸. De modo que acompanhamos a interpretação extensiva e analógica que a este respeito faz Capelo de Sousa, considerando que todos estes poderes-deveres valem também em relação ao nascituro²⁹, e inclusive admitimos uma possível compensação ao filho por omissões ilícitas no cumprimento dos poderes-deveres parentais³⁰. Outra hipótese será entender, como Oliveira Ascensão, que o dever de representação-único que expressamente refere o nascituro-exprime um dever geral

²⁸ Interpretação que também defendemos em “Os Intocáveis-Sobre a (Ir)Responsabilidade dos Pais por Violação de Deveres Reprodutivos no Código Civil de Macau”, em Um Diálogo Consistente-Olhares Recentes sobre Temas de Direito Português e de Macau (em processo de publicação).

²⁹ Rabindranath Capelo de Sousa, Teoria Geral..., p. 268,

³⁰ Rabindranath Capelo de Sousa, Teoria Geral..., p. 274.

de actuação no interesse do filho, pelo que deve ser entendido como um dever genérico de protecção³¹.

3.2 A compensação por danos ocorridos antes do nascimento

Embora a personalidade jurídica apenas se adquira com o nascimento, não se vislumbra obstáculo a que após o nascimento a pessoa peça uma indemnização/compensação por danos ocorridos antes do mesmo. Esta tese é expressamente

acolhida pelo Artigo 63.º/3 do CC, segundo o qual “[a] tutela da personalidade, desde que preenchida a condição do número anterior, abrange as lesões provocadas no feto”. Esta formulação suscita a seguinte questão: será que o legislador usa o termo “feto” em sentido técnico, de tal forma que apenas admite a indemnização por dano ocorridos na fase fetal; ou usa o termo em sentido amplo (e biologicamente incorrecto), como equivalente de nascituro? Uma vez que o legislador tende a usar no CC a expressão nascituro, cremos que se nesta norma utilizou uma expressão diferente terá sido, precisamente, para descrever uma situação diferente; por conseguinte, para delimitar os danos indemnizáveis àqueles sofridos pelo feto, não pelo embrião.

Porém, outra questão ainda mais premente se suscita neste ensejo. É que o legislador inclui no CC uma ressalva que, mais

³¹ José de Oliveira Ascensão, “A Lei n.º 32/06...”, pp. 14, 19.

do que curiosa, é perigosa. Estipula o artigo 63.º/4 CC que “os progenitores não são responsáveis pelas malformações causadas aos filhos ou pelas doenças a eles transmitidas, no momento da concepção, nem, salvo quando tenham sido intencionalmente provocadas, pelas lesões produzidas posteriormente no feto”³².

Esta norma confere aos pais uma injustificada causa de privilégio nas relações com os seus filhos, desresponsabilizando-os de condutas que, se praticadas por outros sujeitos, implicariam responsabilidade jurídica. Com esta previsão anula praticamente por completo os chamados deveres reprodutivos dos pais, enquanto específica modalidade de poderes-deveres parentais no particular campo das decisões reprodutivas e genéticas³³.

A paulatina afirmação dos direitos reprodutivos³⁴, enquanto direitos e liberdades associados à procriação (quando ter filhos, por via de que método, quantos filhos) não podia deixar de andar associada a uma responsabilidade-a responsabilidade reprodutiva-enquanto seu limite e contra-face. Esta

³² Uma apreciação crítica desta norma em Vera Lúcia Raposo, “Os Intocáveis...”.

³³ Vera Lúcia Raposo, *O Direito à Imortalidade...*, especialmente pp. 170 ss. e “Os Intocáveis...”; Bonnie Steinbock e Ron McClamrock, “When is Birth Unfair to the Child?”, *Hastings Centre Report*, 24(6), 1994, pp. 15 ss.

³⁴ Por todos, Vera Lúcia Raposo, *O Direito à Imortalidade...*

responsabilidade materializa-se em vários deveres reprodutivos e genéticos, os quais se podem traduzir num dever geral de não trazer ao mundo pessoa que viverão vidas de dor e de sofrimento, ou, nas palavras de Steinbock e McClamrock, crianças sem “a decent chance at a good life”³⁵.

A ideia do legislador terá sido, supomos, a de afastar indemnizações ligadas aos processos de *wrongful life*³⁶. Referem-se estes aos casos em que o filho (ou um representante em seu nome) nascido com uma doença ou malformação grave pede uma indemnização/compensação aos pais por terem prosseguido com a gestação não obstante saberem da condição de saúde do nascituro. Suponha-se que durante a gravidez os pais foram informados pela equipa médica que o estado de saúde do nascituro era tão gravoso que se verificavam os pressupostos do chamado aborto fetopático (Artigo 3/1/c do Decreto-Lei n.º 59/95/M), mas que estes decidem avançar com a gravidez. Esta será uma pretensão de *wrongful life*.

³⁵ Bonnie Steinbock e Ronald McClamrock, “When is Birth...”, p. 17.

³⁶ Sobre as acções de *wrongful life* vide os nossos Vera Lúcia Raposo, “As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica”, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 21, 2010, pp. 61-99 e “Responsabilidade Médica em sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)”, Revista do Ministério Público, 132, Out/Dez 2012, pp. 71-125.

Os casos em que estas acções foram tentadas contra os pais (também podem sê-lo contra o médico) têm suscitado muita controvérsia doutrinal e jurisprudencial, sendo que nem temos notícia de que alguma tenha obtido acolhimento em tribunal. Pela nossa parte podemos até concordar com o legislador na recusa de indemnização neste tipo de processos. É que o facto de neste particular cenário o cumprimento dos deveres reprodutivos implicar a morte do nascituro, eventualmente já em fase avançada de gestação, poderá justificar a decisão dos pais de não abortar. Em suma, assim como o ordenamento criminal prevê causas de justificação da ilicitude para o aborto, esta seria uma espécie de causa de exclusão da culpa para ilibar os pais de uma possível responsabilidade reprodutiva face à criança que assim nasceu.

O problema é que o preceito em causa não afasta a responsabilidade parental apenas nesta hipótese. Na verdade, exclui a responsabilidade por qualquer dano causado aos filhos na fase pré-natal, apenas com uma singela excepção, de que à frente falaremos.

Ou seja, os pais tão-pouco serão responsabilizados quando, por exemplo, recusem um tratamento a ser aplicado ao embrião in utero (o qual até pode consistir na mera toma de um medicamento totalmente inócuo para a mãe) e deste modo dêem azo ao nascimento de uma criança gravemente doente. Assim como não serão responsabilizados quando, no âmbito de

uma fertilização in vitro e confrontados com vários embriões para uma possível transferência uterina, optam por transferir exactamente aquele embrião ao qual já foi diagnosticada doença grave (por via de um diagnóstico genético pré-implantatório), quando poderiam facilmente ter escolhido um embrião saudável e, assim, promover o nascimento de uma pessoa saudável.

Qual é então a única hipótese em que se admite a responsabilização parental? Quando o dano tenha sido intencionalmente provocado no feto. Ou seja, refere-se o legislador exclusivamente a danos dolosos e, na verdade, apenas aos praticados com dolo directo, pois somente neste se vislumbra a intenção de praticar o dano. Mais, mais do que isso, o dano assim praticado deve ter por objecto um feto, entenda-se, um nascituro com mais de 8 semanas de gestação. Logo, os danos causados ao nascituro na sua fase embrionária (desde a fertilização até às 8 semanas de gestação) passam todos ao lado da punição, por mais intencionais que tenham sido. Isto significa que o preceito afasta qualquer dano causado ao embrião in vitro, exactamente aquele que as novas técnicas reprodutivas e de manipulação genética tornaram alvo fácil do engenho humano, mas também da maldade humana.

4. Notas finais

No início era o Verbo. No início era a não-pessoa. Mas no início era também um ser humano que se poderia desenvolver

e formar uma pessoa (daí que em muitos estudos prévios lhe tenhamos chamado “pessoa potencial”³⁷). Logo, merece protecção jurídica. Não apenas por aquilo que é naquele momento-a humanidade que lhe deriva do ADN humano-mas também, e sobretudo, porque aquilo que virá a ser.

³⁷ Vera Lúcia Raposo, O Direito à Imortalidade..., pp. 512 ss.