

# A proteção do feto e a autonomia materna

## *(Fetal protection and maternal autonomy)*

*Daniel Bessa de Melo*

**Resumo:** o desenvolvimento científico no campo da obstetrícia, aliado à maior consciência social perante condutas da grávida lesivas do bem-estar fetal, exigem um repensar da extensão e do fundamento da responsabilidade desta por danos pré-natais, de forma a que a tutela do nascituro não comprometa de forma inconstitucional a autonomia da mulher.

**Palavras-chave:** autonomia; proteção fetal; aborto; conflito materno-fetal; responsabilidade materna.

**Sumário:** 1. Uma crise ontológica do direito? 2. O nascituro como pessoa jurídica. 3. O nascituro e os instrumentos de direito internacional. 4. Os conflitos materno-fetais. 4.1 Aspectos históricos. 4.2 Os vetores em jogo. 4.3 Condutas ativas. 4.4 Condutas Passivas. 5. O aborto e o dano-morte do nascituro.

## 1. Uma crise ontológica do direito?

O princípio da dignidade humana, que enforma e predica todo o pensamento jurídico ocidental, erigido mesmo em “património constitucional europeu”<sup>1</sup>, verte uma máxima adquirida pelo labor de vários séculos<sup>2</sup>. Na sua essência, vocaciona-se para a proteção daqueles que, em tempos passados, foram alvos dos mais aviltantes atos e que, ainda hoje, coabitam com a marca da vulnerabilidade: as crianças, os idosos, os indigentes, os enfermos<sup>3</sup>, os “degenerados”, etc<sup>4</sup>. Além do mais, o discurso jurídico-político tem clamado em nome de outros entes que não o ser humano, falando-se, ainda que impropriamente, dos “direitos dos animais”, da tutela do ambiente e até do património histórico-cultural.

Contraditoriamente, o Direito tem-se descurado da forma de vida mais inerme: a vida pré-natal<sup>5</sup>. A questão obtém particular acuidade nos últimos tempos, em face da revolução biotecnológica e dos seus instrumentos paulatinamente mais intromissivos, os quais colocam a vida embrionária à revelia do *know-how* científico, subalternizando-se as preocupações éticas e jurídicas. Há mesmo quem fale numa “coisificação do embrião”, submetida ao

<sup>1</sup> A expressão é de A. PIZZORUSSO, citado por C. SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 98. A nossa Constituição (doravante, CRP) não garante de forma expressa tal princípio – como o faz a *Grundgesetz*: “a dignidade do homem é inviolável” (n.º 1 do artigo 1.º) – mas explicita-a por referência a outros princípios fundamentais (*idem.*, p. 101).

<sup>2</sup> Veja-se, por exemplo, o Parecer 26/CNEV/99, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, onde se alude ao cariz “evolutivo, dinâmico, abrangente” de tal princípio (p. 6).

<sup>3</sup> Recorde-se que a eugenia foi sancionada em muitos países democráticos. Nos Estados Unidos da América, temos a lamentável – senão mesmo ignóbil – decisão *Buck v. Bell* (1927), sobre a esterilização de mulheres afetadas de doença mental (V. LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 132).

<sup>4</sup> Nas palavras de P. OTERO, “existe um reforçado dever de protecção da dignidade daqueles seres humanos que se encontram em situações mais débeis, precárias ou que nem tenham consciência ou possibilidade de reivindicação de respeito pela sua dignidade” (*Direito Constitucional Português*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 38). Nesta alçada havemos de incluir, certamente, a pessoa não nascida.

<sup>5</sup> P. OTERO, “Personalidade: um repensar do seu início?”, in J. MIRANDA e A. MARQUES DA SILVA (coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 1018, falando numa “preocupante contradição axiológico-sistemática”.

tráfego negocial, como se fungível fosse<sup>6</sup>. Impõe-se reorientar todo o progresso científico para uma axiologia humanista: nada em detrimento do Homem, tudo em favor do Homem<sup>7</sup>. Se, tradicionalmente, a tutela jurídica do nascituro<sup>8</sup> limitava-se ao reconhecimento da sua capacidade sucessória, os novos desafios jurídicos exigem uma resposta mais vigorosa por parte do sistema jurídico. Tais desafios reportam-se à procriação medicamente assistida, clonagem, experimentação em embriões, reprodução pós-morte, gestação em substituição, entre tantos outros que se furtaram à clarividência do legislador histórico<sup>9</sup>.

Importa, assim, empreender uma abordagem personalista da tutela jurídica do nascituro, obviando a que, não obstante reconhecer-se a capacidade jurídica civil a todos (n.º 1 do artigo 26.º CRP), o não nascimento permaneça como uma última *capitis deminutio*, conduzindo à reificação, desconsideração ou obnubilação da vida humana pré-natal; relegando-a a coisa ou, quanto muito, parte do corpo da mãe sobre a qual esta é soberana.

## 2. O nascituro como pessoa jurídica

Esta problemática, ainda que tratada primeiramente entre os civilistas, não é constitucionalmente insignificante. Efetivamente, nas vezes em que foi confrontado com a conformidade constitucional da interrupção voluntária da gravidez<sup>10</sup>, o Tribunal Constitucional (doravante, TC) pugnou que, não obstante a vida pré-natal cair sob a alçada objetiva do artigo 24.º da Constituição da

<sup>6</sup> J. FUJITA e A. P. SILVA, “Embrião, Nascituro e Proteção da Vida Humana”, in A. C. SCALQUETTE e R. SCALQUETTE (coord.), *Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*, Vol. I, Indaiatuba, Editora Foco, 2019, p. 109.

<sup>7</sup> Laconicamente, é esta a função da Bioética, descrita magistralmente por H. MARIA DINIZ, “O Respeito à Dignidade Humana como Paradigma da Bioética e do Biodireito”, in J. MIRANDA e A. MARQUES DA SILVA (coord.), *Tratado Luso-Brasileiro*, pp. 968-971.

<sup>8</sup> Usamos os termos “nascituro”, “feto” e “embrião” como sinónimos, querendo-nos referir àquele que já foi concebido, mas que ainda não nasceu.

<sup>9</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Início da Vida”, in OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008.

<sup>10</sup> Trata-se dos Acórdãos 25/84, 85/85, 288/98, 617/2006 e 75/2010, disponíveis em «<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>». Para uma análise desenvolvida, cfr. D. LORENA BRITO, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2007.

República Portuguesa, sendo um bem constitucionalmente protegido, revestido até de dignidade penal, ao nascituro não se pode conferir um direito à vida, na medida em que este não é pessoa jurídica. Expressivamente, no Ac. n.º 85/85, o TC argumentou que a vida intrauterina “não pode gozar da proteção constitucional do direito à vida propriamente dito – que só cabe a pessoas –, podendo, portanto, aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos”. Antes, no Ac. n.º 25/84, o TC expôs que “no confronto de um valor não juridicamente subjetivado — o da vida humana intrauterina — com outros valores juridicamente subjetivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais, é lícito admitir a possibilidade de sacrifício daquele, que não deixe de observar os aludidos três requisitos, principalmente quando tal é apenas admitido — como sucede no decreto em apreço — nas primeiras semanas da gravidez”. Além do mais, para o TC não há uma imposição constitucional de criminalização dos atos que atentem contra a vida fetal. Mais recentemente, no Ac. n.º 617/2006 firmou-se que “da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a proteção contra agressões postule um direito subjetivo do feto”. Desse modo, reconhecendo a vida pré-natal como um valor constitucional objetivo (autónomo e inconfundível com a integridade física da grávida), o TC confere-lhe tutela; porém, negando a subjetivação de tal bem, por o nascituro não ser pessoa, o mesmo terá de sucumbir no confronto com verdadeiros direitos subjetivos, mormente os da mulher grávida<sup>11</sup>. A mesma posição foi

---

<sup>11</sup> Que não se deve confundir com um pretense “direito a abortar”, liminarmente recusado pelo TC (J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 506).

adotada pelo TC espanhol<sup>12</sup>, enquanto que o TC alemão deixou a questão da titularidade de direitos fundamentais em aberto, por a considerar despicienda<sup>13</sup>.

Indubitavelmente, a vida humana não nascida é um bem constitucionalmente protegido. O inciso constitucional não discrimina entre a vida nascida e a embrionária, pelo que, *in dubio pro vita*, deve-se adotar a interpretação que “atribua ao direito em causa a maior latitude”<sup>14</sup>, abarcando nela a vida pré-natal.

Nitidamente, a rejeição da pessoalidade do nascituro resulta de uma interpretação literal do art.º 66º do Código Civil (doravante, CC). Aparenta que o TC incorreu no erro de interpretar uma norma constitucional de acordo com uma disposição infraconstitucional, quando devia ser aquela a comandar a interpretação desta<sup>15</sup>. Na mesma falácia terá incorrido o TC espanhol<sup>16</sup>.

Abstraindo-nos desta questão, por não haver certezas quanto à existência de um conceito constitucional de “pessoa” dissemelhante do conceito civil<sup>17</sup>, compete-nos analisar o referido normativo civil, cujo conteúdo tem brotado uma atribulada alteração doutrinal e jurisprudencial. O artigo é corolário da tradição romanista, para a qual o nascituro, desprovido de personalidade, seria mera víscera da mãe - a aptidão para a titularidade de direitos e deveres dependeria, de entre outras condições, do nascimento completo e com vida<sup>18</sup>. Os direitos (patrimoniais) que a lei reconhece aos nascituros, nomeadamente os de âmbito sucessório, corresponderiam, de

---

<sup>12</sup> Por todos, J. DEVERDA Y BEAMONTE, “La Protección Jurídica del Concebido en el Derecho Español”, *Iuris Tantum: Revista Boliviana de Derecho*, Vol. XXII, 2016, «[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572016000200002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000200002&lng=es&tlng=es)» (21-07-2019).

<sup>13</sup> J. GONÇALVES LOUREIRO, “Aborto: Algumas Questões Jurídico-Constitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, p. 347.

<sup>14</sup> A. ALMEIDA COSTA, “Aborto e Direito Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 44, n.º III, 1984, p. 617.

<sup>15</sup> M. A. CARNEIRO DA FRADA, “A Protecção Juscivil da Vida Pré-Natal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, n.º 4, 2010, p. 314.

<sup>16</sup> SANTOS BOTELHO, *A Tutela*, p. 107.

<sup>17</sup> LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 110 e ss..

<sup>18</sup> Por todos, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, Vol. I, 5.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 107 e ss..

acordo com a leitura pessoal dos estudiosos, a estados de vinculação de bens, fenómenos de retroação da personalidade, a direitos sem sujeito ou a uma obnubilação de um dos sujeitos da relação jurídica<sup>19</sup>. Em qualquer dos casos, correspondem a fórmulas eivadas de formalismo e de ficção. Desde logo, o direito subjetivo, enquanto poder jurídico, pressupõe um sujeito a quem se atribua tal poder, ou seja, uma pessoa<sup>20</sup>. Também o período de transitória vinculação de bens pode durar tanto uns fugazes dias como uns longos anos<sup>21</sup>. As demais teorias nunca tiveram acolhimento para além dos autores que as capitanearam.

Contudo, a nossa preocupação não é com a tutela patrimonial do nascituro, mas sim com a sua proteção pessoal, a qual tem logrado uma maior importância na sensibilidade jurídica atual.

A responsabilidade civil por danos pré-natais – particularmente, resultantes de negligência médica – é atualmente incontestada, independentemente dos danos próprios sofridos pela gestante. Na jurisprudência norte-americana, desde *Bonbrest vs. Kotz* (1946) que se admite o arbitramento de uma indemnização ao recém-nascido por danos sofridos enquanto nascituro. Ulteriormente, dispensou-se o requisito do nascimento com vida: o feto, atingido de forma tão grave que não chegou a sobreviver, adquiriu um direito a uma indemnização, legado aos sucessores<sup>22</sup>. Na outra margem do Atlântico, os tribunais têm ensaiado decisões similares<sup>23</sup>, mesmo

<sup>19</sup> P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.a ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 70-71.

<sup>20</sup> L. ENNECCERUS, T. KIPP e M. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, 3.a ed., Barcelona, Bosch, 1971, p. 318.

<sup>21</sup> J. GONZÁLEZ, “A Personalidade Jurídica Pré-Natal”, in A. MENEZES CORDEIRO, L. MENEZES LEITÃO e J. COSTA GOMES (ed.), *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 635.

<sup>22</sup> G. M. BAMBRICK, “Developing Maternal Liability Standards for Prenatal Injury”, *St. John's Law Review*, Vol. LXI, n.º 4, 1987, «<https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol61/iss4/3>» (26-07-2019), 594-596.

<sup>23</sup> C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 58-59 e, especialmente em Itália, C. RUPERTO (coord.), *La Giurisprudenza sul Codice Civile Coordinata con la Dottrina*, Vol. I, Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, p. 11-12.

que o dano tenha sido provocado antes do momento da concepção<sup>24</sup>. A jurisprudência portuguesa não se tem apartado deste rumo<sup>25</sup>. Para certos autores, como Carneiro da Frada, os tribunais, ao acolherem as pretensões indemnizatórias por danos pré-natais, implicitamente reconhecem ao nascituro a qualidade de sujeito jurídico ao tempo da lesão sofrida. No seu entender, «tem de haver a lesão de uma posição jurídica ancorada na titularidade de alguém – no dizer da lei, “a violação ilícita de um direito de outrem” – para que o dano seja reparado. Ao tempo daquela lesão terá de existir assim um sujeito de direito, titular da posição jurídica atingida»<sup>26</sup>. Na página seguinte, ministra que “só há dano se for temporalmente possível individualizar alguém – um sujeito - que tenha sido privado de uma vantagem que até aí lhe assistia”. Advogamos esta posição, que entendemos como sendo a mais coerente: se se viola um direito, é porque se pressupõe a existência do mesmo; se se inflige um dano, é porque se admite a titularidade de uma vantagem (ou da expectativa da sua aquisição) que, conseqüentemente ao ato tortuoso, frustrou-se. Além do mais, ao não se reconhecer personalidade jurídica ao nascituro, vedar-se-ia que os seus representantes pudessem agir em juízo (necessariamente em seu nome, se a esfera jurídica da grávida permanecer incólume) pedindo o decretamento de providências atenuantes ou preventivas<sup>27 / 28</sup>, dado que não se pode representar em juízo quem juridicamente é inexistente<sup>29</sup>, nem o nascituro é um daqueles casos aos quais o legislador atribui personalidade judiciária (veja-se o

<sup>24</sup> B. MARKESINIS e H. UNBERATH, *The German Law of Torts - A Comparative Treatise*, 4.a ed., Nova Iorque, Hart Publishing, 2002, p. 147: criança infetada com sífilis por a sua mãe ter sido contaminada com sangue num momento que predica a concepção.

<sup>25</sup> Atente-se na pesquisa feita por D. COSTA GONÇALVES, “O Início da Personalidade Jurídica e a Capacidade Jurídica Parcial (Teilrechtsfähigkeit)”, *Revista de Direito Civil*, Ano 3, n.º 3, 2018, pp. 592-594.

<sup>26</sup> ROA, p. 307.

<sup>27</sup> Bem como de uma ação de inibição do poder paternal face a filhos concebidos, tida como plausível por R. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 268 (664).

<sup>28</sup> Sobre elas, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 128-131.

<sup>29</sup> Assim, GONZÁLEZ, *A Personalidade*, pp. 638-639. Reconhecendo que a *ratio legis* do artigo 70.º CC vale para os concebidos, “porque também carentes de uma protecção geral contra ofensas à sua personalidade”, CAPELO DE SOUSA, *Teoria*, p. 269.

artigo 12.º do Código de Processo Civil). Não se entenderia como o regime adjetivo se esquecesse do nascituro...

Os motivos que determinaram o condicionamento legal da personalidade ao momento do nascimento, ao que perscrutamos, carecem atualmente de razão. Defendê-lo porque “a vida intrauterina não é «autónoma» do ponto de vista biológico e social e tem que ser mediatizada pela pessoa da Mãe”<sup>30</sup> dificilmente comora com os ensinamentos da biologia, segundo os quais o feto tem um código genético distinto dos progenitores (uma “substância individual”, no sentido boecciano). É igualmente sabido que, durante a gestação, ele interage quer com o ambiente intrauterino, quer com o meio exterior, sendo capaz de reagir a sons e emoções<sup>31</sup>. Por seu turno, a dependência social não é razão legítima para denegar o caráter de pessoa, sob pena de estendermos o mesmo pensamento aos recém-nascidos (igualmente carentes da mãe), enfermos e idosos; nem o ventre materno deve ser configurado como um estorvo à “sociabilidade” do nascituro, pois que essa barreira há muito que foi soçobrada pela ciência moderna. Maiores cautelas merecem o argumento adiantado por Antunes Varela. Para o insigne jurista, a segurança jurídica demanda que ao início da personalidade jurídica corresponda “um momento quanto possível *certo, seguro, inequívoco, objetivamente determinável*”, momento esse que só pode ser o do nascimento, “por virtude da notoriedade e do fácil reconhecimento”, e não o da conceção, que peca pelo seu “secretismo natural e social”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> R. LOBO, XAVIER “O Direito Civil e a Protecção dos Nascituros: Algumas Considerações Acerca do Momento da Aquisição da Personalidade Jurídica no Direito Português”, *Broteria*, Vol. CXLVII, 1998, «[https://www.broteria.pt/?detail=1&books\\_id=231](https://www.broteria.pt/?detail=1&books_id=231)» (27-07-2019), p. 81.

<sup>31</sup> M. C. SOTTOMAYOR, “Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro”, in MANUEL VAZ E AZEREDO LOPES (coord.), *Juris et de Jure*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 188. Atualmente, não existem razões legítimas para determinar uma cisão extremada entre a vida embrionária e vida nascida, já que o nascimento não representa nenhuma mudança fisiológica radical. Pelo contrário, temos que a vida é um *continuum*.

<sup>32</sup> “A Condição Jurídica do Embrião Humano perante o Direito Civil”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 632-633.



Mesmo que assim seja, tal raciocínio é próprio da esfera patrimonial do nascituro. Se fizermos uma redução teleológica do n.º 2 do artigo 66.º - como se parece impor, de forma a evitar uma interpretação ab-rogante do preceito<sup>33</sup> -, então chega-se a uma solução perfeitamente coerente. Se o artigo supracitado não convoca problemas de maior quanto aos direitos patrimoniais legalmente reconhecidos, não nos devemos descurar da existência de uma “lacuna superveniente”<sup>34</sup> proveniente dos desmesurados avanços tecnológicos de uma sociedade de risco, os quais arrojaram novos desafios ao jurista. Para lhes dar responder, para proteger a vida humana no seu momento mais inocente e ténue, não podemos ficar atrelados à natural falta de presciência do legislador de 1966<sup>35</sup>.

No nosso entender, possuímos os elementos para uma reformulação atualista do artigo 66.º. Reformulação essa que restitua ao conceito de pessoa jurídica o substrato antropológico: numa ordem jurídica que preze a dignidade humana como valor matricial, não se pode coibir de reconhecer a personalidade jurídica - como corolário da personalidade ontológica - a todo o ser humano. Sabendo-se que a proteção jurídica do nascituro se pode fazer por outros meios que não a personalidade jurídica<sup>36</sup>, e que doutos autores propugnam que “a melhor forma de proteger uma determinada entidade não passa necessariamente por lhe reconhecer subjectividade jurídica, mas sim pela respectiva elevação à categoria de bem jurídico”<sup>37</sup>, continuamos a propender para a tese contrária. Por três razões que nos parecem inexoráveis:

1. Em primeiro lugar, cremos que a melhor forma de evitar a reificação ou comercialização da vida pré-natal é, precisamente,

<sup>33</sup> CARNEIRO DA FRADA, *ROA*, pp. 322-323 e M. MIRANDA BARBOSA, “O Nascituro e o Direito Civil”, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Cascais, Principia, 2017, p. 156.

<sup>34</sup> CARNEIRO DA FRADA, *ROA*, p. 319.

<sup>35</sup> Paulatinamente, a doutrina tem ultrapassado o ideário formalista-positivista da personalidade jurídica. Assim, M. BIGOTTE CHORÃO, “O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, pp. 640 e ss..

<sup>36</sup> LOBO XAVIER, *Brotéria*, p. 76.

<sup>37</sup> J. MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2009” (comentário ao voto de vencido do Conselheiro João Cura Mariano), *O Direito*, Ano 142, II, 2010, p. 409.

reconhecendo-lhe subjetividade, permitindo-se uma “consciência plena da alteridade do feto”<sup>38</sup>, encerrando o crepúsculo científico romano que o via como *portio viscerum matris* e que ainda hoje é abusivamente arrojado no debate sobre o aborto. Qualificá-lo como uma coisa, ainda que especialmente protegida, à semelhança de um cadáver, seria esvaziá-lo da sua humanidade, além de que alicerçar um *tertium* entre *res* e *persona* seria escamotear que a personalidade é um conceito qualitativo que não admite graduações. Não devemos, ademais, olvidar que a personalidade jurídica é “uma consequência e não uma causa da intervenção do Direito na tutela do ser humano”<sup>39</sup>;

2. Em segundo lugar, a admissão da personalidade do nascituro confere um melhor enquadramento dogmático ao dano decorrente da sua morte<sup>40</sup>. Ao que sondamos, o arbitramento de tal reparação torna-se numa necessidade por um duplice motivo. Primeiro, porque o crime de aborto não é punido a título de negligência (artigo 13.º do Código Penal, doravante CP), em obséquio ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Não obstante tratar-se de uma área penalmente desprotegida, a mesma não deverá coartar uma eventual ação indemnizatória intentada, por exemplo, contra o médico que tenha agido com incúria ou desleixo; sinalizando-se a reprovabilidade do ato, consigna-se ao instituto em causa uma função que lhe é típica e insubstituível: a função preventiva<sup>41</sup>. Tese oposta quedaria numa violação do princípio da proibição do *défice* de proteção<sup>42</sup>. Segundo, notamos que, se as

<sup>38</sup> SOTTOMAYOR, *Breves Reflexões*, p. 190.

<sup>39</sup> OTERO, *Personalidade*, p. 1012.

<sup>40</sup> Ainda que envergonhadamente, por se tratar de um trilho sinuoso, a nossa jurisprudência tem admitido que a lesão do direito à vida do nascituro é um dano indemnizável. Assim, veja-se o Acórdão da Relação de Coimbra de 29.01.2013, proferido no processo n.º 475/04.9TBNS.C1, bem como, do mesmo Tribunal, de 08.03.2017, proferido no processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, ambos pesquisáveis em «www.dgsi.pt».

<sup>41</sup> J. CURA MARIANO, “A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro já Concebido e os Imperativos Constitucionais de Tutela do Direito à Vida”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 109. Contudo, o Autor em causa não reconhece personalidade jurídica ao nascituro, antes baseia-se numa interpretação lata do artigo 496.º CC e da segunda alternativa do regime delitual (483.º CC).

<sup>42</sup> J. MIRANDA, *O Direito*, p. 410: “se o valor social deste bem jurídico poderia não exigir que o direito penal o protegesse de todo o tipo de ameaças, já a ordem jurídica, encarada globalmente,

agressões à integridade do feto consubstanciam um dano indemnizável, seria incoerente que o mesmo não pudesse ser dito acerca da lesão irremediável do direito à vida, sob pena de que “seria premiado o assassino mais eficaz que causasse a morte do concebido, face ao agressor que tão só lhe produzisse danos corporais”<sup>43</sup>. Seria uma intolerável contradição intra-sistemática ou, como diz Miranda Barbosa, um verdadeiro “paradoxo”<sup>44</sup>. Não encaramos o n.º 2 do artigo 66.º como um óbice a este entendimento, já que, conforme aludimos, o mesmo só se aplica aos direitos patrimoniais do nascituro, o que não é o caso. O mesmo raciocínio pode ser adaptado ao dano decorrente da perda da vida do pai, tendo o desditoso evento ocorrido durante a gravidez. Em tal caso, a negação da possibilidade de o nascituro reclamar uma indemnização seria uma das mais sinistras afrontas ao sentimento jurídico. Tal posição foi desventurosamente adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>45</sup>, mas felizmente tornada obsoleta por decisões mais recentes<sup>46</sup>. O reconhecimento da personalidade jurídica não é *condictio iuris* da afirmação do direito à indemnização, conforme assevera Dias Pereira<sup>47</sup>, mas a procura por soluções alternativas entronca numa análise meramente gramatical dos preceitos (no caso, a noção de “filhos” do n.º 2 do artigo 496.º CC), miscigenando-se, na nossa perspectiva, o ofício de jurista com o de filólogo;

---

não poderia permanecer indiferente a actos que atentassem contra a vida intra-uterina, nomeadamente os resultantes de comportamentos negligentes”.

<sup>43</sup> CAPELO DE SOUSA, *Teoria*, p. 272 (673) e, a propósito do abandono da regra do “born alive” nos Estados Unidos, BAMBRICK, *SJLR*, p. 595.

<sup>44</sup> *O Nascituro*, p. 156.

<sup>45</sup> Acórdão de 17.02.2009, proferido no processo n.º 08A2124, pesquisável em «www.dgsi.pt»: “O nascituro não é titular originário de um direito de indemnização, por danos não patrimoniais próprios, provenientes da morte de seu pai, em consequência de facto ilícito ocorrido antes do seu nascimento, à margem do fenómeno sucessório da herança da vítima, direito esse que apenas é reconhecido aos filhos, e estes, na acepção legal, são, tão-só, os nascidos com vida e que existam, à data da morte da vítima”.

<sup>46</sup> Acórdão de 03.03.2014, proferido no processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, pesquisável em «www.dgsi.pt»: “Ainda na fase intra-uterina 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”.

<sup>47</sup> A. DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (tese de doutoramento), Coimbra, 2014, «<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/31524>» (07-08-2019), p. 264.

3. Em terceiro lugar, e conforme depreendemos logo inicialmente, não estamos perante uma questão constitucionalmente inócua<sup>48</sup>. Vimos que uma interpretação literal deste vetusto artigo foi um veículo para menosprezar a posição do feto, delineando-se uma situação inédita no sistema jurídico: que uma pessoa, e só ela (a grávida), possa arbitrariamente (*ad nutum*), aniquilar uma vida<sup>49</sup>. A isto retornaremos...

Feita esta excursão, só uma interpretação atualista do artigo 66.º poderá trazê-lo para o novo milénio. Nesse sentido, propomos o seguinte: o nascituro é sujeito de Direito desde o momento da concepção; adquire uma capacidade jurídica pessoal, consistente, em princípio, nos direitos à integridade física e à vida, mas também num direito à paternidade certa<sup>50</sup>; os direitos patrimoniais que a lei lhe reconhece estarão sob condição resolutiva da morte antes do nascimento, a qual, a verificar-se, extingue retroativamente tais direitos, tudo se passando, para efeitos patrimoniais, como se ele nunca tivesse existido<sup>51</sup>; naturalmente, padece de uma incapacidade geral de exercício.

### 3. O nascituro e os instrumentos de direito internacional

Ao nível do Direito Internacional, são poucos os instrumentos que explicitamente protegem a vida pré-natal. Na verdade, só a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tutela o direito à vida, ainda que “*in general*”, desde o momento da concepção (artigo 4.º). A presença de tal expressão tem erigido dúvidas sobre o eventual reconhecimento do direito à vida do nascituro<sup>52</sup>. A Comissão Inter-Americana pronunciou-se no sentido de que o

---

<sup>48</sup> LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 138 e ss..

<sup>49</sup> SANTOS BOTELHO, *A Tutela*, p. 109.

<sup>50</sup> J. FUJITA e A. P. SILVA, “Embrião”, p. 104.

<sup>51</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 68.

<sup>52</sup> R. BARCIA LEHMANN, “Derecho a la Vida del Nasciturus en España”, *Ius et Praxis: derecho en la región*, Vol. VI, n.º 2, 2000, «<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12874.pdf>» (21-07-2019), p. 19.

supradito artigo não confere um direito à vida ao feto equivalente ao de uma pessoa nascida, nem invalida leis liberais de aborto<sup>53</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem também aparenta excluir do seu âmbito subjetivo de aplicação o feto. Logo no seu artigo primacial, lê-se que “*all human beings are born free and equal in dignity and rights*”. A opção pelo termo *born* excluiria, ao que parece, o nascituro<sup>54</sup>. Contudo, já no artigo subsequente se usa o vocábulo mais lato de “*everyone*”, o qual já poderá ancorar a vida embrionária<sup>55</sup>. Além do mais, os *travaux préparatoires* elucidam que o direito à vida, previsto no artigo 3.º, foi o sucessor de um pretense “direito à existência”<sup>56</sup>. A aparente desconsideração pelos direitos nascituros pode explicar-se pelo facto de que os mesmos não eram objeto de discussão em 1948, sabido como a vida pós-natal foi assolada uns anos antes<sup>57</sup>. Mantém-se em aberto uma interpretação atualista, ainda que sem certezas.

Também os *travaux préparatoires* do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos nos permitem inferir que o direito à vida consagrado no artigo 6.º não tem aplicação pré-natal<sup>58</sup>.

Maior atenção clama o artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Também não há firmezas quanto ao âmbito subjetivo dessa norma<sup>59</sup>. No caso *Patton* (1980), a Comissão Europeia dos Direitos do Homem admitiu

<sup>53</sup> R. COPELON et al., “Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights”, *Reproductive Health Matters*, Vol. XIII, n.º 26, 2005, «[https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080\(05\)26218-3](https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080(05)26218-3)» (27-07-2019), p. 125.

<sup>54</sup> COPELON et al., *RHM*, p. 121.

<sup>55</sup> V. LÚCIA RAPOSO, C. PRATA e I. ORTIGÃO DE OLIVEIRA, “Human Rights in Today’s Ethics: Human Rights of the Unborn (Embryos and Foetus)?”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n.º 62/63, 2011, «[https://www.researchgate.net/publication/264497549\\_Human\\_Rights\\_in\\_Today's\\_Ethics\\_Human\\_Rights\\_of\\_the\\_Unborn\\_Embryos\\_and\\_Foetus](https://www.researchgate.net/publication/264497549_Human_Rights_in_Today's_Ethics_Human_Rights_of_the_Unborn_Embryos_and_Foetus)» (21-07-2019), p. 101.

<sup>56</sup> J. DORSCHÉDIT, “Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection”, *European Journal of Health Law*, Vol. XVII, n.º 5, 2010, «[https://brill.com/view/journals/ejhl/17/5/article-p433\\_2.xml](https://brill.com/view/journals/ejhl/17/5/article-p433_2.xml)» (27-07-2019), p. 434.

<sup>57</sup> A. TARANTINO, *Diritti Umani e Questioni di Bioetica Naturale*, Milão, Giuffrè, 2003, pp. 215-216.

<sup>58</sup> COPELON et al., *RHM*, p. 122

<sup>59</sup> V. LÚCIA RAPOSO, “O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, 2007, p. 76 e ss..

que, quanto ao mencionado artigo, digladiam-se três hipóteses: o feto está excluído da sua aplicação; o feto tem um direito à vida, embora com limitações; o feto tem um direito absoluto à vida. Esta última solução foi negada, caso contrário o aborto – em qualquer situação – seria inadmissível<sup>60</sup>. Todavia, a Comissão coibiu-se de ensejar uma resposta, por considerar estar-se perante “matérias de extrema sensibilidade, demasiado ligadas às concepções éticas e morais de cada sociedade [...] pelo que a Comissão reconheceu uma margem de liberdade a cada Estado na criação do regime legal do aborto”<sup>61</sup>. Tal margem de liberdade não é absoluta, como admitiu a Comissão em *Open Door e Dublin Well Woman* (1992), devendo-se articular a posição conservadora que apela a uma maior proteção do fetal com as exigências de uma sociedade pluralista. No famigerado *Vo v. França* (2004)<sup>62</sup>, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem mais uma vez eximiu-se de dar resposta à qualificação jurídica do nascituro e, consequentemente, se ele poderia gozar ou não do direito à vida. A tutela da sua vida, a ser admitida, apresentar-se-ia mediatizada pelos direitos e interesses da mãe. Rute Teixeira Pedro alerta que “o Tribunal ressalva a possibilidade de, em certos casos, pode[r] ser estendida a proteção ao nascituro, mas sempre mediante uma ponderação dos interesses envolvidos no caso”<sup>63</sup>. Alertou-se também que, conquanto o artigo 2.º obrigue os Estados a munirem-se de um sistema jurídico que defenda a vida humana, tal proteção não se tem que efetuar por via do Direito Penal, recapitulando assim as considerações exaradas em *Calvelli e Ciglio v. Itália*<sup>64</sup>. Numa novel decisão, o Tribunal clarificou que o

---

<sup>60</sup> *Idem.*, p. 78.

<sup>61</sup> *Idem.*, p. 79.

<sup>62</sup> Em especial, J. PICHON, “Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment *Vo v. France*”, *German Law Journal*, Vol. VII, n.º 4, 2006, «<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/does-the-unborn-child-have-a-right-to-life-the-insufficient-answer-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-judgment-vo-v-france/43F06BB66112648B7273CB7C7ACE1059>» (27-07-2019).

<sup>63</sup> “A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Biodireito”, in A. C. SCALQUETTE e R. SCALQUETTE (coord.), *Novos Fronteiras*, p. 36.

<sup>64</sup> RAPOSO, *JC*, p. 80-81.

conceito de “criança” não pode ser equiparado ao de “embrião”<sup>65</sup>. Feita esta incursão, podemos concluir que, em princípio, o nascituro não recebe a proteção que o artigo 2.º confere ao ser humano nascido<sup>66</sup>, e, mesmo assim, tal direito nunca poderia ser absoluto, tolerando-se uma ofensa do seu núcleo essencial para salvaguardar posições jurídicas igualmente valiosas.

#### 4. Os conflitos materno-fetais

Reconhecendo-se o nascituro como sujeito de direito e, em tal qualidade, titular de um núcleo imprescindível de direitos absolutos, máxime o direito à vida e à integridade física, tais direitos podem sofrer lesões. Inclusive, podem ser lesados pela própria mãe. Durante a gravidez, poderá adotar estilos de vida danosos para a saúde do feto, como poderá demonstrar relutância em se submeter a intervenções médicas indicadas para garantir o bem-estar fetal. Em ambos esses casos, em que se verifica um conflito entre o interesse objetivo do feto e a autonomia da grávida, verifica-se um conflito materno-fetal<sup>67</sup>.

A responsabilização da mulher grávida por lesões ao feto – decorrentes quer de atos *stricto sensu*, quer de omissões - não é uma novidade, antes é assaz reconhecida pela doutrina. Aliás, se de tais lesões advier a morte do feto, incorre-se na prática do crime de aborto (n.º 3 do artigo 140.º CP). Capelo de Sousa escreve que “embora, em princípio, seja lícito à mulher grávida praticar desporto ou fumar em recintos não proibidos no âmbito do seu direito de liberdade, tais práticas deixarão de ser lícitas [...] quando delas [...] resultarem normalmente lesões ou ameaças de lesões para a saúde do concebido”<sup>68</sup>. Para

<sup>65</sup> *Costa e Pavan v. Itália* (2013) (TEIXEIRA PEDRO, *A Jurisprudência*, p. 36 (152)).

<sup>66</sup> No mesmo sentido, I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.a ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 88-89. Criticamente, veja-se PICHON, *GLJ*, p. 439-444, considerando que o uso do termo “everyone” no artigo 2.º poderá abarcar o feto, quer porque tal hipótese nunca foi arredada, quer porque não existe nenhuma diferença crucial entre o feto e o recém-nascido.

<sup>67</sup> K. SUMMERER, “Libertà della Donna e Tutela del Nascituro”, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (coord.), *Trattato di Biodiritto*, Tomo II, Milão, Giuffrè, 2011, p. 1625, e L. FARBER POST, “Bioethical Consideration of Maternal-Fetal Issues”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. XXIV, n.º 4, 1997, «<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol24/iss4/10>» (21-07-2019), p. 758.

<sup>68</sup> *Teoria*, p. 277.



Miranda Barbosa, “as circunstâncias da gestação fazem com que entre mãe e filho se estabeleça uma relação de domínio que aproxima a mulher grávida de um *garante* da incolumidade do filho”<sup>69</sup>. Semelhante entendimento descortinamos na doutrina brasileira<sup>70</sup>. Os tribunais italianos já afirmaram que “a atividade procreativa deve ser exercida com a consciência dos eventuais riscos que dela possam resultar”<sup>71</sup>. Na jurisprudência estadunidense, desde *Grodin v. Grodin* (1980) que se reconhece um dever da grávida para com o seu filho; atualmente, a maioria dos estados abandonou a doutrina da *parental tort immunity*<sup>72</sup>.

Todavia, são poucos aqueles que entre nós se debruçaram sobre a extensão dessa responsabilidade: isto é, até que ponto se pode exigir que uma mulher grávida evite todo e qualquer comportamento potencialmente danoso para o feto, sem que, com isso, se cerceie desproporcionalmente a sua autonomia? Poderá lhe ser exigida que, durante nove meses, interrompa o seu projeto de vida<sup>73</sup>? Na solerte observação de Lobo Xavier, “não se deve permitir que a personalidade da Mãe seja instrumentalizada ao ponto de ser considerada como um mero «invólucro» de outra pessoa, uma «máquina de gerar» que se deve comportar de uma forma «desumanamente irrepreensível», ingerindo todos os dias uma determinada quantidade de leite, descansando todos os dias umas certas horas, sob pena de vir mais tarde a ser responsabilizada pelas cáries

<sup>69</sup> *O Nascituro*, p. 164.

<sup>70</sup> J. FUJITA e A. P. SILVA, *Embrião*, p. 105, referindo-se à recusa da gestante em submeter-se a intervenções médicas aconselhadas, S. CHINELATO E ALMEIDA, “Direito do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro”, *O Direito*, Ano 129, n.º 1/2, 1997, pp. 74 e ss., e M. DELGADO, “Responsabilidade Civil da Gestante por Danos ao Nascituro”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, n.º 4, 2018, «[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1483\\_1490.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1483_1490.pdf)» (09-08-2019).

<sup>71</sup> E. IORIATTI FERRARI, “Tutela della Vita Prenatale nel Contesto della Gravidanza”, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (coord.), *Trattato*, p. 1613 (tradução livre).

<sup>72</sup> BAMBRICK, *SJLW*, pp. 599-600. Desenvolvida em *Hewlett v. George* (1861), tratava-se da imunidade parental por danos causados ao filho, no intuito de evitar pedidos indemnizatórios fraudulentos e de preservar a harmonia familiar. A proteção das crianças contra condutas violentas dos seus progenitores passaria tão-só pelos instrumentos de Direito Penal.

<sup>73</sup> “As medical science becomes increasingly aware of the severe effects that maternal diet, activity and surroundings may have upon a developing fetus, the question arises as to what degree a pregnant woman should be under a duty to refrain from engaging in activities that are harmful to the unborn child” (BAMBRICK, *SJLW*, p. 598),



do filho ou pelo seu insucesso escolar”<sup>74</sup>. Se há um legítimo interesse do poder público em salvaguardar a integridade do feto<sup>75</sup>, e se este mesmo é titular de direitos absolutos, tal não poderá degenerar numa ofuscação da liberdade da pessoa por detrás da mãe, sob pena de a instrumentalizarmos ao serviço de outrem, em opróbrio ao mandamento kantiano e à sua dignidade<sup>76</sup>. Conforme esclarece M. Oberman, “*at the center of the maternal-fetal conflict debate is the question of when and whether it is appropriate for the law to dictate a pregnant woman's behavior in an effort to benefit her unborn fetus*”<sup>77</sup>.

À medida que a vanguarda científica nos permite conhecer e avaliar a saúde do feto, detetando malformações ou doenças que antes nos eram imperscrutáveis, a gravidez desliza progressivamente para a esfera pública e a grávida vê-se submetida ao tato invasivo da medicina<sup>78</sup>. Por outro lado, à medida que se avistam os malefícios de certas condutas anteriormente dadas como indolentes – tornando-se previsíveis e, portanto, evitáveis<sup>79</sup> –, erguem-se maiores obstáculos à autonomia da mulher.

---

<sup>74</sup> Brotéria, p. 81.

<sup>75</sup> Consiste na doutrina da *parens patriae*: a autoridade conferida ao poder público para assegurar o bem-estar dos seus cidadãos mais vulneráveis, que não possam prover por si próprios. Por exemplo, em *Prince vs. Massachusetts* (1944), determinou-se que o direito conferido aos pais de educar os filhos conforme os seus valores cede quando se coloque em risco a saúde ou a segurança do mesmo (FARBER POST, *FULR*, p. 762).

<sup>76</sup> SUMMERER, *Libertà*, p. 1650.

<sup>77</sup> “Mothers and Doctors’ Orders: Unmasking the Doctor’s Fiduciary Role in Maternal-Fetal Conflicts”, *Northwestern University Law Review*, Vol. XCIV, n.º 3, 2000, <<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1535&context=facpubs>> (26-07-2019), p. 452.

<sup>78</sup> Para um resumo histórico das intervenções fetais, J. RECKZIEGEL e T. S. SILVA, “Limites das Intervenções Fetais: uma Análise Ética e Jurisprudencial”, *Revista Brasileira de Direito*, Vol. XIV, n.º 3, 2018, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6786097>> (10-08-2019), pp. 104-107.

<sup>79</sup> L. TEN HAAF, “Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches—The Subject of Rights and the Subject of Interests”, *German Law Journal*, Vol. XVIII, 2017, <<https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/36109>> (26-07-2019), p. 1094.

#### 4.1. Aspetos históricos

O debate no qual empreendemos participar é relativamente recente e, como se compreende, o produto do desenvolvimento da prática obstétrica<sup>80</sup>. Juridicamente, ela também acompanha a maior percepção forense para com a vida pré-natal. Reconhecendo-se ao nascituro a qualidade de *persona*, trilha-se para o seu reconhecimento como um paciente<sup>81</sup>; desse modo, a relação que se urde na obstetrícia é, na verdade, tripolar – médico, grávida e feto –, reclamando-se um repensar da tradicional deontologia médica quando os interesses dos pacientes colidam entre si<sup>82</sup>.

A primeira análise jurídica dos conflitos materno-fetais proveio da jurisprudência norte-americana. A autonomia da gestante foi primeiro tateada em *Dietrich v. Inhabitants of Northampton* (1884), em que sobrepujou a doutrina de que o feto é uma parte da mãe, à semelhança de um órgão, não sendo protegido autonomamente<sup>83</sup>. Como já reportamos, em *Bonbrest v. Kotz* mudou-se radicalmente de rumo. Por seu turno, a responsabilização de um estabelecimento hospitalar pela morte de um nascituro foi acolhida pela primeira vez em *Verkennes v. Corniea* (1949). Em *Grodin v. Gordin* (1980), na senda de *Womack v. Buckborn* (1971) (que reconheceu que "a child has a legal right to begin life with a sound mind and body"), condenou-se uma mãe na obrigação de compensar os danos pré-natais sofridos pelo filho decorrentes do consumo de droga. Os primeiros casos em que os juízes ordenaram um

<sup>80</sup> SUMMERER, *Libertà*, p. 1623.

<sup>81</sup> A noção do "paciente fetal" não é um ardil da direita política para restringir os direitos da grávida. Como referem B. DICKENS e R. COOK, "on the contrary, such claims can serve to advance common parental, social, and healthcare professional interests that children be born uninjured and healthy. It is legitimate and prudent to extend healthcare professionals' dedication to pregnant patients to their unborn children. The original medical incentive to address fetuses as patients retains full preventive and therapeutic validity" («Ethical and Legal Approaches to 'The fetal Patient'», *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, Vol. LXXXIII, 2003, «<http://old.fygo.dk/files/ukursus/foetal/2008/fetal%20rights%20ethics%20and%20law%20I%20I%20ogyn-obstet%202003.pdf>» (26-07-2019), p. 86.

<sup>82</sup> SUMMERER, *Libertà*, p. 1625.

<sup>83</sup> J. M. BOUDREAUX, "Maternal-Fetal Rights and Substance Abuse: Gestation Without Representation", *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. XLIII, n.º 2, 2015, «<https://pdfs.semanticscholar.org/29ee/1895a53b26b3e70d5533e0c7c92658143996.pdf>» (28-07-2019), p. 138.

tratamento médico coercivo sobre a grávida, que o recusou pelos mais variados motivos, provêm sobretudo dos anos sessenta, e foram fielmente seguidos nas duas décadas subsequentes<sup>84</sup>: em *Jefferson v. Griffin Spaulding County Hospital* (1981) ordenou-se um parto por cesariana e justificou-se a intrusão no corpo da mãe com base no direito à vida do feto; em *Memorial Raleigh Fitkin-Paul Morgan Hospital v. Anderson* (1964), ordenou-se uma transfusão de sangue, recusada por motivos religiosos<sup>85</sup>. É impossível dissociar estes casos com a crise de saúde pública vivenciada em tais tempos devido, sobretudo, ao consumo de drogas e substâncias afins<sup>86</sup>.

Tal prática disseminou-se além-fronteiras, com um especial enfoque nos países de *common law*. No Reino Unido, por exemplo, juízes já anuíram aos pedidos de médicos em ordenar um parto por cesariana<sup>87</sup>.

Nos Países Baixos, admite-se o internamento compulsório da mulher grávida num hospital psiquiátrico<sup>88</sup>. Essa hipótese não seria de excluir entre nós, bastando uma interpretação extensiva da Lei da Saúde Mental<sup>89</sup>, à semelhança, aliás, do que fazem os juízes neerlandeses.

#### 4.2. Os vetores em jogo

Feito um lacónico esboço dos conflito materno-fetais, rapidamente depreendemos que, a nível bioético (e aplicando-se o modelo principalista<sup>90</sup>), digladiam-se os princípios da autonomia (da mulher) e da beneficência (do

<sup>84</sup> SUMMERER, *Libertà*, p. 1626.

<sup>85</sup> S. WEINBERG, "A Maternal Duty to Protect Fetal Health", *Indiana Law Journal*, Vol. LVIII, n.º 3, 1983, «<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol58/iss3/4>» (09-08-2019), pp. 535-536.

<sup>86</sup> OBERMAN, *NWLR*, pp. 482 e ss..

<sup>87</sup> K. CAO et al., "The Legal Frameworks that Govern Fetal Surgery in the United Kingdom, European Union, and the United States", *Prenatal Diagonosis*, Vol. XXXVIII, n.º 7, 2018, «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6033164/>» (26-07-2019), p. 477.

<sup>88</sup> HAAF, *GLJ*, p. 1095, e DORSCHEDIT, *EJLR*, pp. 442-445.

<sup>89</sup> "O portador de anomalia psíquica grave que crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado" (n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 36/98).

<sup>90</sup> Para uma introdução à principologia da bioética, veja-se M. RIBEIRO BESSA, "A Densificação dos Princípios da Bioética em Portugal. Estudo do Caso: a Atuação do CNECV", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. XI, 2015, pp. 278 e ss..

feto). Porque o feto é dependente do corpo da mãe, qualquer intervenção médica em seu benefício – para evitar uma lesão permanente ou até a morte – passará sempre por uma intromissão num domínio em que a mulher é soberana<sup>91</sup>.

O princípio ético da autonomia é a pedra-toque do conceito de indivíduo e a manifestação mais evidente da noção de liberdade. Aplicado à relação médico-paciente, reflete-se na exigência de consentimento informado e no direito do paciente de recusar todo o tratamento médico, configurando-se assim como um direito sobre o próprio corpo<sup>92</sup>. O seu primado, desde logo sobre o princípio da beneficência, exprime nitidamente a passagem de um modelo paternalista da relação médica para um paradigma antropológico ou dialogante (um verdadeiro “modelo de respeito pela autodeterminação do paciente”<sup>93</sup>), no qual o paciente é um sujeito ativo e não só o objeto da prática médica<sup>94</sup>. A ausência de um consentimento prévio do paciente é uma intervenção arbitrária, criminalmente punida (artigo 156.º CP); como a pessoa humana é o “mais determinante valor programático do direito”<sup>95</sup>, qualquer ato praticado na sua pessoa em contravenção da sua vontade está, em princípio, ferido de antijuridicidade. Na astuta observação de Eduardo Dantas, a arte da medicina era tradicionalmente encarada sob o manto da divindade, como um ofício inquestionável... foi só com o labor de vários séculos, e com os inevitáveis erros médicos, que, paulatinamente, se despiu a arcana profissão do seu esoterismo, e os seus vates passaram a ser encarados como qualquer outro

---

<sup>91</sup> L. BRIOZZO et al., “Abordaje Clínico del Conflicto de Interés Materno Fetal y su Relación con el Estatus del Feto como Paciente”, *Revista Médica del Uruguay*, Vol. XXIX, n.º 3, 2013, «<http://www.scielo.edu.uy/pdf/rmu/v29n3/v29n3ao8.pdf>» (26-07-2019), p. 187.

<sup>92</sup> FARBER POST, *FULR*, p. 758-759.

<sup>93</sup> Neste sentido, com uma valiosa análise do *case law* de Estrasburgo, TEIXEIRA PEDRO, *A Jurisprudência*, p. 12.

<sup>94</sup> RIBEIRO BESSA, *RFDUP*, pp. 294-295.

<sup>95</sup> L. NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 192.

profissional<sup>96</sup>. O princípio da autonomia – em especial, a exigência prévia de consentimento – conhece as suas exceções: em casos singulares, com vista à tutela de outros bens jurídicos, maiormente de terceiros ou de cariz supraindividual, autoriza-se um tratamento sanitário obrigatório<sup>97</sup>.

Já o princípio da beneficência, valor lapidar do juramento de Hipócrates (“applicarei os regimes para o bem do doente”)<sup>98</sup>, dilui-se na imposição de defender, de prevenir lesões e de resgatar aqueles em perigo<sup>99</sup>. Em concreto, tal princípio obriga à ponderação entre os benefícios e os riscos conexos a determinada decisão médica, potenciando-se a possibilidade de cura e minorando-se o perigo de deterioração do estado de saúde<sup>100</sup>. Contudo, o princípio deve ser temperado pelo imperativo acima tratado, ou seja, “as atitudes terapêuticas deverão estar subordinadas à autonomia, à dignificação da morte e ao grau de sofrimento do doente”<sup>101</sup>. Na ausência de assentimento por parte do paciente, independentemente do motivo, cessa a responsabilidade do médico, dado que este “não tem sobre o paciente outros direitos superiores aos que o próprio paciente tem em relação a si mesmo”<sup>102</sup>. “A verdadeira beneficência – esclarece Ribeiro Bessa – é fazer o bem, não apenas do ponto de vista médico, mas também segundo o que o próprio paciente considera benéfico para si mesmo”<sup>103</sup>.

Umbilicalmente ligado ao princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência veda a prática de quaisquer atos que sejam lesivos para o paciente. Há quem sugira que tal princípio assume a forma de uma obrigação

<sup>96</sup> “When Consent is Not Enough: the Construction and Development of the Modern Concept of Autonomy”, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 15, 2011, pp. 101-102.

<sup>97</sup> Quer sejam ou não coativos: teste de alcoolemia, vacinação, certificação do estado de incapacidade, tratamentos previstos para doenças mentais ou infecciosas, etc. Assim, A. DIAS PEREIRA, *Direitos*, pp. 456-458.

<sup>98</sup> RIBEIRO BESSA, *RFDUP*, p. 300.

<sup>99</sup> FARBER POST, *FULR*, p. 760.

<sup>100</sup> BRIOZZO, *RMU*, pp. 189-190.

<sup>101</sup> RIBEIRO BESSA, *RFDUP*, p. 301.

<sup>102</sup> E. SGRECCIA, *Manual de Bioética*, Cascais, Princípios, 2009, p. 222.

<sup>103</sup> *RFDUP*, p. 301.

(*primum non nocere*), enquanto que a beneficência seria o *telos* para o qual caminha a medicina<sup>104</sup>. O dever de não causar o mal apresentar-se-ia, portanto, como mais vinculativo do que a exigência de fazer o bem, segundo a doutrina mais ajuizada<sup>105</sup>.

Se, do ponto de vista da Bioética, são estes os princípios que os conflitos materno-fetais chamam à colação, a quezília não se pode refrear de adentrar no plano constitucional, especialmente no que tange aos direitos reprodutivos. Para a Organização Mundial de Saúde, as decisões reprodutivas devem ser ponderadas “*free of discrimination, coercion and violence*”<sup>106</sup>. No entender de Dworkin, os direitos reprodutivos radicariam numa ideia mais lata de *procreative autonomy*, a qual seria tutelada quer pela *1<sup>st</sup> Amendment*, quer pela *14<sup>th</sup> Amendment*<sup>107</sup>. Para Robertson, a liberdade reprodutiva não ofuscaria a consideração dos seus efeitos pela sociedade, não se tratando de uma liberdade ilimitada; todavia, seria sobre aqueles que pretendem restringir tal liberdade que recairia o ónus de provar que a conduta reprodutiva gera um prejuízo significativo para a comunidade<sup>108</sup>. Semelhante raciocínio pode ser efetuado entre nós, já que, desde 1997, a nossa Lei Fundamental admite *apertis verbis* um direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º), o qual consiste numa “decisão valorativa fundamental fundadora, em situações de dúvida, de uma presunção a favor da liberdade de actuação”<sup>109</sup>. Alicerçada na dignidade humana, tal direito institui uma liberdade geral de ação do ser humano, exigindo do Estado os meios para se prosseguir um projeto de vida livremente

---

<sup>104</sup> FARBER POST, *FULR*, p. 760.

<sup>105</sup> RIBEIRO BESSA, *RFDUP*, p. 302.

<sup>106</sup> LÚCIA RAPOSO, *O Direito*, pp. 119-120.

<sup>107</sup> *Idem.*, p. 120. Esta última, na qual se fundou a célebre noção de *privacy*, de certa forma corresponde, entre nós, ao direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º CRP).

<sup>108</sup> *Idem.*, pp. 120-121.

<sup>109</sup> B. MAC CRORIE, “O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in CÂNDIDO DE OLIVEIRA (coord.), *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 168.

concertado e vedando-lhe a criação de “pessoas-modelo”<sup>110</sup>. Consequentemente, entre nós vigora uma noção liberal – e não paternalista, a qual pretenderia impor um particular modo de “ser” ideal aos cidadãos – do princípio da dignidade humana, pelo que não compete ao Estado proteger o ser humano de si mesmo<sup>111</sup>. As restrições à liberdade de atuação só poderão ser concebíveis na medida do exigível para assegurar o projeto de vida de uma outra pessoa (*don't tread on me*) ou quando o próprio indivíduo “anua na destruição ou anulação das condições da sua autodeterminação futura”<sup>112</sup>, daí a inadmissibilidade, em nome da noção dessa dignidade, de institutos como a servidão. E tudo isto importa, já que as intromissões estatais na *privacy* da mulher grávida aparentam querer torná-la na “mãe ideal”<sup>113</sup>, quando, bem vistas as coisas, “não é função do Estado corrigir os cidadãos”<sup>114</sup>.

Contudo, como sabemos, a *privacy* da mulher não é absoluta. Assim o reconheceu o Supreme Court em *Roe vs Wade* (1973), perfilhando que um *compelling state interest* poderá restringir a liberdade de atuação da mulher com vista a assegurar outros bens jurídicos e no necessário para essa proteção<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> F. ARADY MIRANDA, "O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade", *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Ano 2, 2013, «[http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013\\_10\\_11175\\_11211.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11175_11211.pdf)» (07-08-2019), p. 11179.

<sup>111</sup> MAC CRORIE, *O Recurso*, pp. 169-172.

<sup>112</sup> J. REIS NOVAIS, *apud*. B. MAC CRORIE, “A (Ir)renunciabilidade dos Direitos de Personalidade”, in N. PINTO OLIVEIRA e B. MAC CRORIE, *Pessoa, Direito e Direitos*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 290 (30).

<sup>113</sup> SUMMERER, *Libertà*, p. 1644. E, consequentemente, dar à luz a “criança perfeita” (H. GOMES BARBOZA, HELOISA GOMES e V. JUNIOR “(Des)Igualdade de Gênero: Restrições à Autonomia da Mulher”, *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Vol. XXII, n.º 1, 2017, «<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5409/pdf>» (consultado a 09-09-2019), pp. 255-260.

<sup>114</sup> MAC CRORIE, *A (Ir)renunciabilidade*, p. 290.

<sup>115</sup> LÚCIA RAPOSO, *O Direito*, p. 136. De qualquer forma, não se deixa de assinalar a descomunal amplitude com que o Supreme Court interpretou a noção de *privacy*, quando, em bom rigor, nem o aborto nem a qualificação jurídica da vida pré-natal são do foro privado. Como refere GONÇALVES LOUREIRO, “a questão de saber quem é membro de uma comunidade, quem deve ser respeitado, é uma *questão pública*. [...] Trata-se de um elemento da esfera do público insusceptível de privatização” (*RFDUC*, p. 343). No mesmo sentido, SGRECCIA diz-nos que “o direito deve intervir na questão do aborto porque tem, em geral, o dever de intervir sempre que o equilíbrio relacional seja perturbado, sempre que as expectativas de um sujeito fraco sejam ameaçadas pelas pretensões de um sujeito mais forte” (*Manual*, p. 555).



Em *Roe*, reconheceu-se que o Estado tem um interesse na proteção da “potencialidade da vida” que, ao ponto da viabilidade, torna-se suficientemente premente (*compelling*) que impede a mulher de abortar<sup>116</sup>, e assim ela estaria impossibilitada de atingir o mesmo fim indiretamente<sup>117</sup>.

Entre nós, o artigo 68.º CRP perfila a maternidade e a paternidade “conscientes” como “valores sociais eminentes”. Dada a cisão entre sexo e reprodução, cremos que o termo “conscientes” pode e deve ser interpretado como “responsáveis” – quer dizer, ao assumirem voluntariamente a decisão de ter filhos, é legítimo esperar-se dos pais, e em especial da grávida, um certo *standard of care*<sup>118</sup>. Assim é que, como contrapartida da liberdade reprodutiva, se tem palrado de uma responsabilidade reprodutiva<sup>119</sup>: se a gravidez provém de um comportamento pessoal, consciente e voluntário, é perfeitamente razoável reclamar da grávida um estilo de vida que não cause danos evitáveis ao feto<sup>120</sup>.

#### 4.3. Condutas ativas

Não podemos elencar todos os hábitos lesivos para o feto. Contudo, isso não tolhe que possamos listar aqueles para os quais a consciência social está mais apurada: falamos do tabagismo, do alcoolismo, do consumo de drogas (lícitas ou ilícitas), etc. Como não nos queremos ensopar em aspetos reservados a outras áreas do conhecimento, damos por presumidos os respetivos efeitos

<sup>116</sup> BAMBRICK, *SJLW*, p. 610.

<sup>117</sup> É o chamado “*waiver argument*”, ainda que sujeito a prudentes críticas (SUMMERER, *Libertà*, p. 1643), mas que pode ser tomado em consideração em face do nosso regime legal da interrupção voluntária da gravidez (artigo 142.º CP), conquanto entendamos ser possível e aconselhável a responsabilização da mulher por atos cometidos antes das 10 semanas, sob pena de um autêntico vazio de punição até esse momento. Se, tendo preterido a integridade do feto, a mulher decidir abortar, a compensação pela lesão do direito à integridade física torna-se numa compensação pela lesão do direito à vida, conforme veremos *infra*.

<sup>118</sup> Quer durante a gravidez, quer até no momento do parto. Assim, J. ROSAS DE CASTRO, “O parto naturalista na perspectiva do Direito: o conflito grávida/feto”, *Acta Obstétrica e Ginecológica Portuguesa*, Vol. XI, n.º1, Coimbra, 2017, «<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aogp/v11n1/v11n1a02.pdf>» 26-07-2019), p. 9.

<sup>119</sup> LÚCIA RAPOSO, *O Direito*, pp. 153 e ss..

<sup>120</sup> Para CAPELO DE SOUSA, “o concebido tem de suportar, numa perspectiva de ponderação de valores jurídicos, os riscos naturais e sociais corridos por sua mãe e os actos e riscos voluntários que esta assumia e um modo não ilícito” (*Teoria*, p. 275).



sobre a saúde do feto<sup>121</sup>. As condutas aludidas são geralmente aceites como constitutivas de uma obrigação de indemnização a cargo da grávida. Todavia, a jurisprudência não tem tido temores em ampliar tal responsabilidade: nos Estados Unidos, mulheres grávidas já foram condenadas por exporem-se a perigos laborais, praticarem relações sexuais ou residirem em altitudes elevadas<sup>122</sup>. Em princípio, dir-se-ia, onde quer que se prove o nexo de causalidade adequada, a indemnização não deverá tardar (artigo 483.º CC); todavia, tal entendimento turva a materialidade subjacente, isto é, ignora o tangível risco de – dilacerando décadas de progresso social – degredar mulheres em subalternas dos fetos que carregam<sup>123</sup>. A perigosidade desta *slippery slope* tem sido destacada pela doutrina<sup>124</sup>. Conforme alerta Johnsen, “*the state would have to police what a woman ate and drank, the types of physical activity in which she engaged, with whom and how often she had sexual intercourse, and where she worked - to name only a few areas of regulation*”<sup>125</sup>. Já Nocon sublinha como a guerra contra as drogas estendeu-se a uma guerra contra a gravidez, indo-se ao ponto de criminalizar a conduta maternal mediante uma equiparação penal entre nascituros e crianças nascidas<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> Para uma análise pormenorizada, A. J. WEISBERG e F. VANDERVORT, “A Liberal Dilemma: Respecting Autonomy While Also Protecting Inchoate Children from Prenatal Substance Abuse”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. XXIV, 2016, «<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2841&context=articles>» (27-07-2019), pp. 669 e ss..

<sup>122</sup> D. E. JOHNSEN, “The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection”, *Yale Law Journal*, Vol. XCV, n.º 3, 1986, «<https://digitalcommons.law.yale.edu/yjl/vol95/iss3/5>» (20-07-2019), pp. 606-607.

<sup>123</sup> *Idem.*, p. 613.

<sup>124</sup> “*The imperfect womb, while not the object of legal sanctions until after 1946, has been targeted for centuries as the source and foundation of birth disabilities and malformations*” (J. EPSTEIN, “The Pregnant Imagination, Fetal Rights, and Women's Bodies: A Historical Inquiry”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. VII, n.º 1, 1995, «<https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol7/iss1/7>» (20-07-2019), p. 145).

<sup>125</sup> JOHNSEN, *YLJ*, p. 619.

<sup>126</sup> J. NOCON, “Physicians and Maternal-Fetal Conflicts: Duties, Rights and Responsibilities”, *Journal of Law and Health*, Vol. I, 1990, «<https://engagedscholarship.csuohio.edu/jlh>» (26-07-2019), pp. 30-34, e BAMBRICK, *SJLW*, p. 605-607, relatando como tribunais inibiram mães do exercício dos seus poderes parentais por “abuso fetal”. Estados como a Carolina do Sul, o Alabama e o Tennessee continuam a prever a responsabilidade criminal das grávidas por condutas negligentes (assim, WEISBERG e VANDERVOT, *WMBRJ*, pp. 691-696). Há, contudo, provas de que tais medidas punitivas têm o efeito adverso de evitar que certas mulheres

Se a proteção constitucional da autonomia da mulher (26.º CRP) impede que o Estado atue despoticamente como um guardião do feto, há, sem dúvida, casos-limite em que uma adequada ponderação dos interesses em jogo propugna a responsabilização da mulher. Além dos direitos absolutos do feto, de que a mãe não pode dispor<sup>127</sup>, avoluma o interesse estatal em, por um lado, proteger a criança não nascida de negligência parental e, por outro, obviar a despesa pública escusável<sup>128</sup>. Se é inquestionável que a estigmatização da grávida consumidora de drogas é uma solução contraprodutiva que tolda os alicerces axiológicos sobre os quais caminhamos<sup>129</sup>, já que tais comportamentos as mais das vezes antecedem a gravidez, deve-se, contudo, admitir a instrumentalização da função preventiva da responsabilidade civil. Onde quer que as políticas públicas de saúde falhem, tais brechas deverão ser colmatadas pela obrigação de compensação, sinalizando-se a ilicitude da conduta.

O *reasonable standard of care* juridicamente reclamado deverá, de todo o modo, ser cuidadosamente delineado<sup>130</sup>: no momento da prática do ato, a mulher deverá conhecer a sua gravidez, bem como o severo risco que tal conduta proporciona ao feto, ajuizado não a partir do conhecimento médico disponível – as mais das vezes, imperscrutável ao comum cidadão – mas sim do *minimum* exigido a um cidadão medianamente prudente e diligente, colocado na posição da mulher (n.º 2 do artigo 487.º CC); deve-se, de todo o modo, considerar as representações pessoais da grávida, posto que desconhecidas dos demais membros da comunidade, bem como as suas condições sócio-económicas.

---

procurem a adequada atenção médica, além de constituírem uma violação da nota fiduciária da relação médico-paciente (BRIOZZO, *RMU*, p. 190).

<sup>127</sup> Numa ponderosa asserção, “não cabe à gestante dispor do direito fundamental do filho a nascer em detrimento de sua liberdade. Apesar de estarem fisicamente conectados, o nascituro e a gestante são seres distintos, com direitos e deveres próprios” (C. PAZÓ / T. BARBOSA, “Os Direitos Fundamentais do Nascituro e a Responsabilidade Civil da Gestante”, *Revista Panóptica*, Vol. VIII, n.º 1, 2013, «<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/293/317>» (09-08-2019), p. 39).

<sup>128</sup> WEISBERG e VANDERVOT, *WMBRJ*, p. 666.

<sup>129</sup> *Idem.*, p. 703, e EPSTEIN, *YLJ*, pp. 155-162.

<sup>130</sup> BAMBRICK, *SJLW*, pp. 610-614 e WEINBERG, *ILJ*, pp. 541-542.

Não nos devemos arrojar para a visão extremada de “*anything which might possibly harm the developing fetus should be prohibited and all things which might positively affect the developing fetus should be mandated*”<sup>131</sup>. No limite, aprisionar-se-ia a mulher nos confins da sua casa durante nove meses. E não devemos olvidar que esta proatividade estatal, além de criar ónus exclusivamente para mulheres, as mais das vezes sem qualquer correlativo para o pai, tem como destinatárias mulheres pobres<sup>132</sup>.

Num sentido inteiramente oposto, tribunais americanos já rejeitaram a existência de qualquer dever de cuidado da grávida para com o feto<sup>133</sup>. Em *Stallman v. Youngquist* (1988), o Supreme Court de Illinois, contrariando uma decisão de um tribunal inferior, determinou que uma criança que tenha sofrido danos prenatais num acidente de viação não poderá acionar a sua mãe por negligência. O tribunal razoou que, como qualquer atitude da mulher molda a fisiologia do feto, seria meandroso impor um dever de cuidado a seu cargo: primeiro, porque seria impossível definir a extensão de tal dever; segundo, seria impossível definir um padrão objetivo genericamente aplicável; terceiro, seria uma “*unprecedented intrusion*” na *privacy* da mulher; quarto, que a promoção da saúde fetal passaria, em vez, pela adequada instrução. Semelhante entendimento primou em *Remy v. MacDonald* (2004) e *Chenault v. Huie* (1999).

Acreditamos que, entre esses dois vértices, e não obstante o “caráter heterogéneo” destas questões pré-natais<sup>134</sup>, é possível encontrar um equilíbrio. Por um lado, os direitos do feto não poderão, só por si, eclipsar os direitos da

---

<sup>131</sup> Decisão de um Tribunal de Illinois, de 1988, citada por EPSTEIN, *YLJ*, p. 159. Em tempos passados, mulheres férteis já foram impedidas de exercer profissões tidas como perigosas. Veja-se, a título de exemplo, *International Union, UAW v. Johnson Controls, Inc* (1989), em que o tribunal, baseando-se nas evidências científicas disponíveis, considerou que a exposição a chumbo poderia causar danos na saúde dos concebidos, o que legitimaria impedir mulheres férteis de exercerem tal ofício (NOCON, *JLH*, p. 28-29).

<sup>132</sup> Mais uma vez, uma política eficiente de combate ao consumo de drogas não se pode abstrair das condições económicas dos consumidores: FARBER POST, *FULR*, pp. 773-774.

<sup>133</sup> L. FENTIMAN., “Pursuing the Perfect Mother: Why America’s Criminalization of Maternal Substance Abuse is Not the Answer - A Comparative Legal Analysis”, *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. XV, n.º 2, 2009, «<http://repository.law.umich.edu/mjgl>» (27-07-2019), pp. 414-416.

<sup>134</sup> DORSCHEDIT, *GLJ*, p. 450.

mãe, já que a decisão de procriar não coenvolve a decisão de “suspender a vida”. Todavia, é um inquestionável aforismo da consciência ético-jurídica que a liberdade não poderá ser desacompanhada de responsabilidade<sup>135</sup>. Acresce que uma imunidade maternal redundaria numa violação da proibição do déficit de proteção, pois colocaria a incolumidade da esfera jurídica (mesmo a sua vida) do nascituro ao alvedrio da grávida; ora, num sistema jurídico em que a vida pré-natal é um bem jurídico-penal, tal seria inconcebível. Além do mais, abominaria aos princípios basilares de justiça que uma criança seja fustigada até aos seus terminantes dias por uma malformação que poderia ter sido evitada.

A obrigação de indemnização decorrerá, desde logo, da prática daqueles atos que, a serem exercidos por um terceiro, constitui-lo-iam em tal dever. Assim, se um terceiro não pode violentar uma grávida nem a envenenar, por maioria de razão ela não pode mutilar-se<sup>136</sup> ou ingerir uma substância perigosa.

Desembaraçadas de quaisquer dúvidas estarão também as atividades ilícitas, tais como o consumo de drogas ilegais ou a atividade criminosa. Certamente, as condutas em postergação da lei não caem sob a alçada do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (26.º CRP), pelo que nem se pode falar aqui de uma restrição da autonomia pessoal<sup>137</sup>.

Mais dúvidas apresentam-se as condutas abstratamente lícitas. No nosso entender, as mesmas abdicarão do seu estatuto de legalidade sempre que,

---

<sup>135</sup> “Se [...] o pilar fundacional do ordenamento jurídico [...] reside na pessoa, e se esta, adequadamente entendida, se predica no binómio liberdade/responsabilidade, então não poderemos falar do exercício legítimo de um direito quando tal exercício acarreta a desconsideração da personalidade do outro, do respeito e do cuidado que ele granjeia” (MIRANDA BARBOSA, *O Nascituro*, pp. 167-168).

<sup>136</sup> Num dramático caso ocorrido no Canadá, uma mulher alvejou e mutilou o seu feto, ainda que sem o matar. Como consequência, a criança padeceu de uma grave deficiência mental (DORSCHEDIT, *GLJ*, p. 452). Para o nosso Direito, a mulher não incorreria na prática do crime de aborto, visto que a tentativa não é punida (n.º 3 do artigo 140.º, articulado com o n.º 1 do artigo 23.º CP). Se a sanção penal não é justificável, não se entende como, verificados os seus pressupostos, a mulher não seria civilmente responsável.

<sup>137</sup> Em termos análogos, ainda que se referindo à responsabilidade criminal, BAMBRICK, *SJLW*, p. 612.

secundando os conhecimentos médicos, criem um perigo ou risco intolerável para a saúde ou vida do nascituro<sup>138</sup>. Portanto, atua ilicitamente a grávida que se sujeita a uma atividade perigosa (como, por exemplo, um desporto radical), que fuma, toma medicação desaconselhada ou que bebe álcool. Mas não entendemos ser prudente dilatar essa responsabilização para outros campos em relação aos quais não se sinta com tanta firmeza o desvalor ético-social, como por exemplo a promiscuidade, a alimentação<sup>139</sup>, as deslocações ou até meros casos fortuitos, à revelia da mulher. Também advogamos que a constituição em responsabilidade só poderá ter lugar se a grávida tiver atuado, pelo menos, a título de negligência grosseira; se, por circunstância não imputável (assim, ignorância dos efeitos adversos de certa medicação por falta de instrução), tiver atuado com desleixo ou incúria, a afirmação da responsabilidade não granjeia qualquer utilidade mensurável<sup>140</sup>. Assim evita-se que as clivagens económico-sociais possam influir, em termos de *law in action*, num diferente tratamento em detrimento dos desafortunados.

#### 4.4. Condutas omissivas

Como não existe um dever genérico de prevenir danos, a responsabilidade por omissão requer a prévia oneração do sujeito com o dever de evitar tal dano, ou seja, a sua constituição como garante da incolumidade de determinado bem jurídico (artigo 486.º CC). Ora, no sistema jurídico português, o artigo 1878.º CC “funciona como o ponto de apoio normativo de tal dever [da grávida perante o feto], que decorreria igualmente dos princípios gerais”<sup>141</sup>. Assim, é por demais evidente que uma grávida não pode rejeitar a

<sup>138</sup> A posição é sufragada, como já vimos, por CAPELO DE SOUSA, *Teoria*, pp. 277-278.

<sup>139</sup> Ainda que ressalvados certo casos-limite, pouco frequentes ou até quiméricos, em que a dieta seja manifestamente lancinante para a saúde da mulher, como seria uma dieta à base de *fast-food*. A greve de fome, porque de uma omissão se trata, será estudada *infra*.

<sup>140</sup> *De iure condendo*, nesta fase da vida tão exposta a riscos desconhecidos e rebeldes a qualquer catalogação (poluição ambiental, OGM's, efeitos secundários de medicamentos, etc.), deve-se debater a adoção de modelos alternativos de compensação do dano. A exigência de um repensar da responsabilidade civil é magistralmente acaudilhada por DIAS PEREIRA, *Direitos*, pp. 730 e ss..

<sup>141</sup> MIRANDA BARBOSA, *O Nascituro*, p. 164.

administração de um medicamento necessário para a vida ou fazer uma greve de fome<sup>142</sup>. Contudo, poderá esse *facere* ser-lhe imposta coercivamente? Poderá a mulher, em divergência insanável com a saúde do feto, ser submetida a uma transfusão de sangue ou a um parto por cesariana? Demos conta que, em certos países, a resposta tem sido positiva. Em Portugal, desconhecemos qualquer caso desse género, mas é previsível que a evolução da medicina no campo da cirurgia fetal e a maior consciencialização para com os direitos do nascituro façam emergir situações desse cariz<sup>143</sup> - do mesmo modo, “novas” tendências como o parto naturalístico apelam a uma resposta coerente do sistema jurídico<sup>144</sup>. É no campo das intervenções médico-cirúrgicas que se denota a maior restrição não só à autonomia da gestante, mas também a outros direitos constitucionais que casuisticamente se possam convocar (como, por exemplo, a liberdade de religião, a liberdade de consciência e o direito à integridade física).

Temos como certo que, nos termos da legislação vigente, uma grávida nunca poderia ser compelida a cumprir uma obrigação positiva de salvar o feto antes das dez semanas da gravidez, pois aí ainda se admite o aborto *ad nutum* (alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º CP). A partir desse ponto, porém, os dados em que nos solevantamos mudam: o direito à vida do feto prima sobre a autodeterminação da grávida, pelo que se consente maiores limitações à sua liberdade de ação.

---

<sup>142</sup> CAPELO DE SOUSA, *Teoria*, p. 274.

<sup>143</sup> Assim, reportando-se ao caso italiano, SUMMERER, *Libertà*, p. 1628. Alertando para o mesmo fenómeno, CAO et al., *PD*, p. 479.

<sup>144</sup> A questão tem sido abordada nos Estados Unidos (B. CHOJNACKI, “Pushing Back: Protecting Maternal Autonomy from the Living Room to the Delivery Room”, *Journal of Law & Health*, Vol. XXIII, 2010, <<http://devel-drupal.law.csuohio.edu/currentstudents/studentorg/jlh/documents/5gChojnacki.pdf>> (09-08-2019), pp. 63-64 e 76-77) mas não é ignorada pela doutrina portuguesa (ROSAS DE CASTRO, *AOGP*, p. 8-9). O autor português, não obstante reconhecer que “o feto é um paciente, excitando pois em si, com as devidas adaptações, todas as exigências ético-jurídicas do profissional médico, a saber e desde logo, dois princípios que estão no âmago da boa prática clínica”, argumenta que “a equipa médica, na lógica operatividade do princípio bioético da autodeterminação da grávida, não pode impor-lhe o seu standard of care, sob pena até de poder estar a cometer um crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” (p. 9).

Debruçando-se sobre a questão, o American Academy of Pediatrics Committee on Bioethics exarou que, sempre que a intervenção médica proporcione um risco para a grávida ou para a sua integridade, o médico deverá honrar o dissentimento da paciente. Se não houver um risco para a mulher e a intervenção seja indicada e tida como eficaz para obviar a uma lesão insuprível na saúde do feto, o médico deverá contestar a escolha da paciente, recorrendo ao comité de ética do hospital e, em último caso, como solução excecional, a um tribunal<sup>145</sup>. Em sentido análogo, o American Congress of Obstetricians and Gynecologists Committee on Ethics condenou o uso de coerção sobre a grávida, pois tal ameaça a relação médico-paciente e viola o princípio do consentimento informado<sup>146</sup>. Tal atitude enfermaria de um paternalismo que a medicina já superou<sup>147</sup>. No nosso entender, não poderá deixar de haver preterição da nota fiduciária da relação médico-paciente quando, confrontando com a recusa da grávida, o profissional denigre a posição da gestante, como que a sancionando<sup>148</sup>. Summerer explica que o recurso à autoridade judicial muitas vezes reflete o medo do médico em ser penal ou civilmente responsabilizado pelos eventuais danos decorrentes da sua omissão – o que é uma assunção errada<sup>149</sup> –, que assim sobrevaloriza o risco para o bem-estar fetal, as mais das vezes insondável ao juiz<sup>150</sup>.

A restrição da autonomia maternal após as 10 semanas não tem como corolário a obrigação de a grávida submeter-se a toda e qualquer intervenção

---

<sup>145</sup> N. DESHPANDE e C. OXFORD, “Management of Pregnant Patients Who Refuse Medically Indicated Cesarean Delivery”, *Reviews in Obstetrics and Gynecology*, Vol. V, n.º 3/4, 2012, «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3594862/>» (27-07-2019), p. 146. Esta solução dialogante também é perfilhada por BRIOZZO et al.: “[o médico] debe ayudar a la embarazada a comprender que le cabe responsabilidad frente a su feto, al mostrarle las consecuencias de no poder realizar las acciones beneficiosas para su feto, al que ella que lo presentó como paciente porque quería su bien” (RMU, p. 189).

<sup>146</sup> DESHPANDE e OXFORD, loc. cit..

<sup>147</sup> DICKENS e COOK, IJGO, p. 89.

<sup>148</sup> OBERMAN, NWLR, p. 479.

<sup>149</sup> L. NELSON e N. MILLIKEN, “Compelled Medical Treatment of Pregnant Women. Life, Liberty, and Law in Conflict”, *The Journal of the American Medical Association*, Vol. CCLIX, n.º 7, 1988, «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3276942>» (03-08-2019), p. 1064.

<sup>150</sup> *Libertà*, p. 1637.



médica<sup>151</sup>. O *waiver argument*, ainda que vete comportamentos lesivos da saúde fetal, não funda o dever de a gestante anuir a uma intromissão no seu corpo. O Supreme Court, em *Roe*, foi completamente omissivo quanto ao dever da mulher de promover a saúde fetal<sup>152</sup>, pelo que daí não se deve retirar a existência de um *compelling state interest* que elimine os direitos constitucionais da grávida. Outro argumento de peso é o de que na ordem jurídica ocidental, marcada pelo estigma do individualismo e pelo princípio da autonomia, não existe um dever genérico de aceitar uma intervenção médica em benefício de terceiro<sup>153</sup> – as exceções existentes (vacinação obrigatória, por exemplo) são taxativas e não podem aspirar a uma qualidade de generalidade. Assim, salva a assunção de uma específica posição de garante (bombeiros, polícias, militares, etc.), os deveres de auxílio não exigem do salvador que se exponha a um risco para a sua integridade. Independentemente do desvalor ético que possa ser convocado, ninguém pode ser coagido a ser dador de medula óssea a um familiar seu, mesmo que seja o único dador compatível<sup>154</sup>. Se assim é em relação a seres humanos nascidos, não entendemos como se poderia descarrilar deste princípio no que tange a nascituros, nem do artigo 1878.º CC se poderia extrair a verosimilhança de tal dever; desse normativo pode-se retirar um dever de cuidado, mas não de um dever de auxílio<sup>155</sup>.

Com a agravante de que a imposição de tais intervenções, sempre que as mesmas tenham sido recusadas por razões religiosas, poderá ostracizar a mulher da sua comunidade ou provocar severos problemas psicológicos<sup>156</sup>. Além do mais, sabe-se que as mulheres forçosamente submetidas a tais

---

<sup>151</sup> *Idem*, p. 1638.

<sup>152</sup> Neste sentido, NELSON e MILLIKEN, *JAMA*, p. 1062 e NOCON, *JLH*, p. 20.

<sup>153</sup> Seguimos as astutas observações de SUMMERER, *Libertà*, pp. 1640-1642.

<sup>154</sup> Trata-se do famigerado caso *McFall v. Shimp* (1978), dirimido nos Estados Unidos. O Tribunal considerou que uma decisão em sentido contrário “*would change every concept and principle upon which our society is founded. To do so would defeat the sanctity of the individual and would impose a rule which would know no limits*” (citado por SUMMERER, *Libertà*, p. 1641 (48)).

<sup>155</sup> NOCON, *JLH*, p. 21.

<sup>156</sup> Referindo-se às Testemunhas de Jeová e apontando diferenças com crianças já nascidas, NELSON e MILLIKEN, *JAMA*, pp. 1064-1065.



tratamentos são pobres, solteiras, não-brancas e desconhecedoras da língua inglesa<sup>157</sup>. Daqui resulta que os pretensos conflitos materno-fetais são, em boa ótica, conflitos entre o paciente e o médico<sup>158</sup>.

Conforme refere Farber Post, “*a woman's decision to carry a pregnancy to term does not automatically mean that she will put the interests of the fetus ahead of her own and, how ever repugnant that may be to some, it does not by itself give rise to a state obligation to inhibit maternal behavior for fetal benefit*”<sup>159</sup>. Não se pode exigir da gestante que renuncie a todas as suas crenças, sejam elas religiosas, políticas ou meramente caprichosas, nem que ela adote esforços que a ordem jurídica não exige a mais ninguém, prostrando-se o princípio da igualdade<sup>160</sup>. O seu dever de ação deverá limitar-se a uma esfera de risco razoavelmente previsível, traduzida num *reasonable care*<sup>161</sup>, onde não se devem abarcar complicações médicas imprevisíveis ou imperscrutáveis à gestante. Dessa forma, incorre em responsabilidade por omissão a mulher que, na sequência de um acidente fortuito, não procura o adequado tratamento médico; mas, tendo-o procurado, não se pode afirmar a sua responsabilidade para com o feto, nos termos explanados, se recusar submeter-se a uma intervenção cirúrgica. Se o acidente lhe for imputável, responderá pelos danos provocados ao nascituro pela sua relutância, ainda que tal obstinação não possa ser suprida coercivamente. Em suma, na ausência de estipulação legal específica,

<sup>157</sup> SUMMERER, *Libertà*, p. 1652, e DESHPANDE e OXFORD, *ROG*, p. 145.

<sup>158</sup> Para H. DRAPER, “*caesarean sections have been performed for the convenience of obstetricians, as the consequence of incompetent diagnosis, and as the result of a total break-down in communication between carers and the pregnant woman*” (“Women, Forced Caesareans and Antenatal Responsibilities”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. XXII, n.º 6, 1996, «<https://jme.bmj.com/content/22/6/327.short>» (08-08-2019)), p. 331. No mesmo sentido, NOCON, *JLH*, p. 24. NELSON e MILIKEN apontam que, fustigada pelo medo de ser forçosamente submetida a tratamento médico, a grávida tenderá a mentir sobre os seus hábitos ou sintomas ou, no pior do cenário, coibir-se-ia de procurar cuidados pré-natais (*JAMA*, p. 1065).

<sup>159</sup> *FULR*, p. 768.

<sup>160</sup> DRAPER, *JME*, p. 332.

<sup>161</sup> Não poderá a grávida, por exemplo, incorrer numa greve de fome, recusar ingerir medicamentos quotidianos ou obstinar-se a acompanhamento médico não intrusivo. Como vemos, trata-se de condutas em que a reprovabilidade ético-social é tão manifesta que pertence às valorações essenciais da comunidade jurídica.

nunca uma mulher poderá ser sujeita a uma intervenção médica contra a sua vontade - conferindo-se sempre primado à sua vontade, aos seus direitos constitucionais e ao espírito do nosso Direito<sup>162</sup> -, mas será civilmente responsável se tal conduta for juridicamente devida, desde logo se a operação médica for pouco intrusiva, não fizer perigar o bem estar da grávida e o risco para a saúde do feto for elevado.

Confrontada com tal situação, o médico deverá sempre zelar por um diálogo proativo com a paciente, visando entender o motivo da recusa sem perentoriamente menoscar o seu discernimento, respeitando assim os seus valores e crenças. Deverá expor à gestante os riscos da ausência de intervenção médica para a saúde do nascituro, bem como as eventuais sanções jurídicas a que ela se expõe<sup>163</sup>. Se, após todo esse diálogo, a grávida persistir na sua intenção, então a sua vontade deverá ser honrada.

### **5. O aborto e o dano morte do nascituro**

Uma análise dos parâmetros da autonomia da mulher grávida pecaria pela insuficiência se subtraíssemos ao nosso estudo aquele que é o conflito materno-fetal mais vertiginoso: o aborto<sup>164</sup>. Dois aspetos conferem-lhe autonomia: por um lado, o direito violado é a vida; por outro, não se trata de uma conduta negligente, mas sim intencional, dirigida ao aniquilamento da vida pré-natal.

---

<sup>162</sup> Se é de lamentar que uma criança possa padecer de uma lesão irreversível por simples incúria da mãe, deve-se atender que *“l'imposizione di un intervento coativo implica un prezo altissimo: esso impone alla dona oneri e rischi che nessun altro soggetto è tenuto a sopportare, viola i diritti costituzionali dell'individuo e compromete l'integrità dell'ordinamento”* (SUMMERER, *Libertà*, p. 1650). Além do mais, não podemos determinar com inteira propriedade o que será uma lesão irreversível, pois não podemos prever os avanços científicos. Nesse sentido, debruçando-se sobre o aborto eugénico, o Parecer 19/CNECV/97, pp. 7-8.

<sup>163</sup> BRIOZZO et al., *RMU*, pp. 190-191.

<sup>164</sup> Sobre a evolução do regime legal do aborto em Portugal. confira-se LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 27-37.

Na doutrina civilística, a opinião dominante é a de que o aborto é um ato ilícito<sup>165</sup>. Mas, para os penalistas, e em face do regime atual vigente, a questão não tem sido unívoca. Para Figueiredo Dias, o legislador terá consagrado várias causas de justificação, excluindo a ilicitude do aborto quando realizado segundo as suas regras<sup>166</sup>. Todavia, esta não nos parece ser a posição acertada. A tratar-se de uma conduta lícita, desde logo, não se entenderia a adoção de um modelo de aconselhamento obrigatório, que o próprio autor reconhece ser “orientado pelo esforço de encorajar a mulher a manter a gravidez e abrir-lhe perspectivas de uma vida com o filho”<sup>167</sup>; de facto, não se entende qual seria o interesse do Estado em persuadir a mulher a não cometer uma licitude<sup>168</sup>. Além do mais, temos o elemento gramatical ao nosso lado (“não é punível”, refere o artigo 142.º) desde 1995. Incumbe também recordar que, a entender-se que a lei só consagra causas de exclusão de ilicitude, então a mesma seria redundante, pois semelhante resultado adviria das regras gerais<sup>169</sup>. Figueiredo Dias solertemente adverte que, a tratar-se de uma conduta ilícita, então um terceiro

<sup>165</sup> Entre outros, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 52 e COSTA GONÇALVES, *RDC*, pp. 610-613.

<sup>166</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, “Nótula antes do art. 142.º”, in J. FIGUEIREDO DIAS e N. BRANDÃO (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. I, 2.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 262-265.

<sup>167</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Nótula*, pp. 257-258.

<sup>168</sup> Segundo alguns autores (COSTA GONÇALVES, *RDC*, p. 612), a publicidade a serviços de interrupção voluntária da gravidez seria publicidade proibida, por estar em causar a prática de um ato ilícito (artigo 7.º do Código da Publicidade). Pode-se sempre traçar uma analogia com outros atos que, embora conformes ao Direito, sejam desencorajados pelo poder público, como por exemplo o consumo de álcool. Porém, a verdade é que não se imaginaria submeter o cidadão a aconselhamento médico antes de comprar o seu licor favorito, pelo que a analogia nos parece infecunda.

Daqui inferimos ser inconstitucional a solução do n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 16/2007, a qual proíbe os médicos objetores de consciência de participarem na consulta ou no acompanhamento das mulheres grávidas. Neste sentido, acusando a lei de padecer de uma “verdadeira *fobia dos objectores de consciência*”, LORENA BRITO, *A Vida*, p. 35 (20), e P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2009, p. 383, argumentando que o Estado “se demite do seu dever protetor do feto”. Igualmente, a tutela constitucional da vida intra-uterina (24.º CRP) vedaria que o médico que proceda à consulta de aconselhamento seja o mesmo médico que realiza a intervenção abortiva (*idem.*).

<sup>169</sup> Era considerável a discussão dirimida ainda na vigência do Código Penal de 1886 sobre a aplicação de figuras como o conflito de deveres ou o estado de necessidade a certas hipóteses de abortamento. Assim, ALMEIDA COSTA, *ROA*, p. 546 (2).

poderia agir em legítima defesa, impedindo o aborto<sup>170</sup>. Não criticamos tal entendimento, mas entendemos que a legítima defesa é, em tal situação, exercida pelo poder público, através de mecanismos orientados para a conservação da vida humana.

Não revemos esta questão como supérflua, especialmente no plano constitucional. A reconhecer-se licitude ao aniquilamento da vida intra-uterina até às 10 semanas, sem qualquer motivo aparente<sup>171</sup>, como é próprio de um modelo de prazos, seria uma solução manifestamente inconstitucional, pois aí o Estado demitir-se-ia do seu dever de proteger a vida humana (vinculação do legislador aos direitos, liberdades e garantias: n.º 1 do artigo 18.º CRP) e revelaria colusão e conivência com a destruição do “conteúdo mínimo do direito à vida intra-uterina”<sup>172</sup>. O próprio sistema gradualista de proteção da vida humana perfilhado pelo TC<sup>173</sup> - e advogado por certa doutrina<sup>174</sup> - não se sustenta em nenhum critério biológico ou jurídico viável, nem é eticamente justificável<sup>175</sup>. A vida humana desconhece quaisquer saltos qualitativos, antes está sempre em mutação, quer antes do nascimento, quer depois desse evento<sup>176</sup>. Se se reconhece que a vida de um idoso tem a mesma dignidade do que a de um recém-nascido, não obstante as assinaláveis diferenças fisiológicas,

<sup>170</sup> Nótula, p. 262.

<sup>171</sup> “Por a deixar à mercê de uma livre decisão da mulher, que se aceita será lícita, em abstracto, ou seja, independentemente da verificação de qualquer motivo ou indicação no caso concreto”, conforme se lê na Declaração de voto ao Acórdão n.º 288/98 do Juiz Conselheiro P. MOTA PINTO.

<sup>172</sup> MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição*, pp. 509-510. Incumbe relembrar que o direito à vida tem a especificidade de não admitir restrições que, na verdade, não sejam uma destruição do seu conteúdo essencial; quer dizer, ou se vive ou se morre, não havendo graduação possível (*idem.*, p. 502).

<sup>173</sup> Sobre ele e sua crítica, LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 83-98.

<sup>174</sup> J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 449: “a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento”.

<sup>175</sup> Nesse sentido, o já citado Parecer 19/CNECV/97, p. 9. Como refere M. ZANCHETTI, “questa soluzione [proteção gradualista da vida intra-uterina] presuppone infatti una frattura nella continuità di sviluppo della vita prenatale, un momento prima del quale l’embrione possa essere considerato non degno di tutela e dunque sacrificabile all’autodeterminazione della madre. Un tale momento di cesura invece non esiste” (citado por GONÇALVES LOUREIRO, *RFDUC*, p. 357).

<sup>176</sup> LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 87-88.

não se entende como se poderá prevalecer de tal critério para impor um momento (10 semanas) antes do qual o nascituro é como que tido como parte das vísceras da mãe<sup>177</sup> – tanto mais que a inviolabilidade da vida humana não depende do nascimento<sup>178</sup>.

Acertadamente, o TC hospedou a doutrina de que nada “impõe constitucionalmente que essa proteção [da vida pré-natal] tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais” (Acórdão n.º 85/85), os quais, denotam alguns autores, “podem mostrar-se inadequados ou excessivos”<sup>179</sup>. Na verdade, nada impõe que a vida intra-uterina seja um bem jurídico tão valioso como a vida extra-uterina, o que explicará a diferença do regime de punição; alguns podem justificar a distinta moldura penal – mais clemente – com uma menor gravidade objetiva do crime ou por o legislador atender à perturbação emocional da mãe, semelhante ao crime de infanticídio<sup>180</sup>. Todavia, tal explicação claudica quando o aborto é provocado por um terceiro (artigo 140.º CP), não valendo para este aquelas razões determinantes. O que nos permite inferir que, para o Direito Penal, que valora hierarquicamente os bens jurídicos, as vidas nascida e não nascida não assumem o mesmo valor. Tal se explica porque, mesmo com os avanços médicos, o nascimento ainda traduz “o ingresso da pessoa na *polis*”<sup>181</sup> e é nesse significado interpessoal que ele se esgota. Do nascimento, ensina Pais de Vasconcelos, resulta “uma importante modificação no que respeito ao contacto

<sup>177</sup> ALMEIDA COSTA, ROA, pp. 611-614.

<sup>178</sup> Dessa forma, OTERO, *Personalidade*, p. 1013, reconhecendo que “desde o momento em que cientificamente se possa determinar que existe vida, o Direito tem, imperativamente, de a garantir e proteger, proibindo quaisquer formas de violação atentatórias da dignidade dessa mesma vida humana”. Corroborando esta posição, o TC espanhol, no seu Acórdão de 11 de abril de 1985, firmou que, se a Constituição protege a vida, “no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma” (citado por DEVERBA Y BEAMONTE, *IT*, p. 18).

<sup>179</sup> GOMES CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição*, p. 449. No mesmo sentido, como vimos, aponta a jurisprudência do TEDH.

<sup>180</sup> LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 91-94.

<sup>181</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 65.

e relacionamento da pessoa<sup>182</sup>, pois enuncia o momento em que o Homem passa a ser um ente social, interagindo com o mundo exterior e entretecendo relações com a comunidade.

Como vemos, o salto qualitativo não é biológico, mas sim social. Além do mais, não existe na nossa sociedade pluralista um consenso comunitário quanto à tutela da vida fetal, havendo quem equipare integralmente o feto a uma pessoa nascida e quem, diametralmente oposto, recuse reconhecer uma *personalidade* até um certo tempo após a concepção<sup>183</sup>. E, como a intervenção penal do Estado liberal é indiferente a concepções morais, ideológicas ou culturais<sup>184</sup>, explica-se, por um lado, o distinto regime criminal e, por outro, a existência de uma zona penalmente desprotegida<sup>185</sup>.

Mas tal *indeterminação ético-social*, se pode afrouxar as armas penais do Estado, não pode desertar o nascituro de amparo jurídico, sob pena de déficit de proteção. Como refere Cura Mariano, “não é necessário que sejam mobilizados todos os meios que a ordem jurídica possua susceptíveis de fornecer uma forma de tutela à vida intra-uterina, mas é exigível que estejam disponíveis os meios adequados a garantir uma tutela minimamente eficiente deste bem jurídico”<sup>186</sup>. Tais meios não podem passar só por um modelo de aconselhamento obrigatório, manifestamente lacónico e sem uma axiologia explicitamente assinalada. Deverá também passar pelo reconhecimento do dano-morte do nascituro quando este tenha sido abortado, mesmo segundo os trâmites legais. Assim – mediante a função preventiva ou pedagógica do instituto da responsabilidade civil - se evita que certos setores da sociedade, subvertendo a lógica da ordem jurídica, perorem sobre um pretensão “direito a

---

<sup>182</sup> *Idem.*

<sup>183</sup> Por todos, J. CARLOS LOUREIRO, “Estatuto do Embrião”, in L. ARCHER et al. (coord.), *Novos Desafios à Bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, e SGRECCIA, *Manual*, pp. 530 e ss..

<sup>184</sup> Sublinhando esse aspeto, L. FERRAJOLI, “A Questão do Embrião entre Direito e Moral”, *Revista do Ministério Público*, Ano 24, 2003, pp. 10-13.

<sup>185</sup> Sobre a dignidade penal de bens jurídicos, assinalando que os mesmos devem ser “de precípua importância para a convivência comunitária e para a livre realização da pessoa”, veja-se ALMEIDA COSTA, *ROA*, p. 591-594.

<sup>186</sup> *A Indemnização*, p. 107.

abortar”, como se alguma vez houvesse um direito a praticar uma ilicitude<sup>187</sup>; destarte, também repugnaria à consciência jurídica que um dano pré-natal provocado pela mãe fosse indemnizável (nos termos que vimos), mas não o próprio direito à própria vida<sup>188</sup>; e, se incorre em responsabilidade o terceiro que viole tal direito, o mesmo teremos que admitir sobre a grávida.

Dito isto, cremos que logramos um regime perfeitamente coerente. O artigo 142.º CP não excluiria a ilicitude do aborto – a não ser no caso da indicação terapêutica em sentido estrito, caso em que se pode largar mão do instituto do estado de necessidade justificante (artigo 34.º CP)<sup>189</sup> – antes estabeleceria pressupostos negativos de dignidade penal. A interrupção voluntária da gravidez seria, de todo o modo, uma conduta civilmente ilícita, podendo desencadear responsabilidade civil, assim que observados os seus pressupostos<sup>190</sup>. As indicações consagradas na lei penal funcionaram, ao nível da responsabilidade aquiliana, ou como causas de exclusão de ilicitude (artigos 336.º a 340.º CC) ou como fatores de desculpabilização, devendo ser apreciadas casuisticamente. Em princípio, será excluída a ilicitude se se verificar a indicação terapêutica em sentido estrito, como não será culposa a conduta da mulher se a gravidez provier de uma violação, pois não lhe é ético-juridicamente exigível, segundo o padrão que a lei impõe, a continuação da gravidez. Já o aborto por livre vontade da mulher (alínea e) do n.º1 do artigo

<sup>187</sup> MIRANDA BARBOSA, *O Nascituro*, p. 162. Discordamos, salvo o devido respeito, de LÚCIA RAPOSO quando refere que abortar “fora das circunstâncias classicamente consideradas como legitimantes da conduta abortiva [...] deverá ser qualificado de abuso do direito, logo, um não-direito” (*O Direito*, p. 150). Simplesmente, o abuso do direito pressupõe a existência de um direito de que se abuse.

<sup>188</sup> Há ainda quem, em face da lacuna legal da posição do pai perante a interrupção voluntária da gravidez, defenda a existência de um direito deste “à paternidade, a ser pai, a que o seu filho nascituro tenha uma gestação normal e saudável que culmine com o nascimento” (P. PAIS DE VASCONCELOS, “A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez”, in P. COSTA E SILVA, P. PAIS DE VASCONCELOS e A. MENEZES CORDEIRO (coord.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 149) que, a ser lesado pelo aborto, seria indemnizável. Cremos, contudo, ser desnecessário conceptualizar tal direito, pois o pai, na nossa construção, já seria recetor material da compensação do dano-morte do nascituro (n.º 2 do artigo 496.º CC).

<sup>189</sup> Porque não temos possibilidade de analisar a conformidade constitucional de cada uma das indicações, remetemos para a lição de LORENA BRITO, *A Vida*, pp. 195-242.

<sup>190</sup> MIRANDA BARBOSA, *O Nascituro*, p. 158 (348).



142.º CP) será sempre ilícito, cabendo ao juiz, conhecedor da concreta factualidade, formular um juízo ético-pessoal de censura à pessoa da grávida.

Claro que, tendo em conta a singularidade da situação, não será admissível o decretamento de providências atenuantes ou preventivas (n.º 2 do artigo 70.º CC). Não devemos olvidar que a continuação da gravidez não é só a imposição de um *facere*, mas sim de uma verdadeira opção de vida, e, portanto, uma restrição de um conteúdo mínimo de autodeterminação pessoal<sup>191</sup>, ainda que o mesmo funcione privilegiadamente a montante (na decisão de procriar). Tal *conteúdo mínimo*, porque surge na sequência de uma decisão livremente tomada, não assume a densidade para legitimar o aborto, eximindo-a de toda a responsabilidade, mas não a deve obrigar a prosseguir com a gravidez. É preciso, assim, articular o regime penal com a disciplina civil, e harmonizá-los com as coordenadas axiológico-constitucionais<sup>192</sup>. Evidentemente, o aborto realizado fora do artigo 142.º CP será sempre fonte de responsabilidade civil, a qual acresce à responsabilidade penal.

Na ausência de melhor parecer, temos as nossas palavras como verdadeiras.

---

<sup>191</sup> FERRAJOLI, *RMP*, p. 22.

<sup>192</sup> Neste sentido, em cujo raciocínio entroncamos, CARNEIRO DA FRADA: “os tribunais comuns podem, portanto, nas suas decisões concretas, decidir pela relevância civil do aborto como necessidade decorrente da imposição constitucional da protecção do direito à vida. Estando em causa a (mera) ilicitude civil, não se incorre na proibição do *nullum crimen sine lege*” (*ROA*, p. 303).