



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Tutela Indemnizatória dos Nascituros Já Concebidos à Luz
da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil**

Ana Luísa Teixeira Neves Pereira Fernando

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tutela Indemnizatória dos Nascituros Já Concebidos à Luz
da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil

Ana Luísa Teixeira Neves Pereira Fernando

Dissertação de Mestrado em Direito, elaborada
sob orientação científica do Exmo. Professor
Doutor José Carlos Brandão Proença.

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

“Nós, seres humanos, somos contadores de histórias inatos e gostamos imenso de contar histórias sobre o início das coisas. Temos um êxito razoável quando se trata de amor ou de traição, temas excelentes para histórias que falem de origens. O mesmo não acontece quando nos viramos para a profundidade do mundo natural. Como começou a vida? Como surgiram as mentes, os sentimentos ou a consciência? Quando apareceram os comportamentos sociais e as culturas? De repente, tudo se complica. Quando o laureado físico Erwin Schroedinger se virou para a biologia e escreveu a obra clássica “O Que É a Vida?” note-se que não a intitulou «As “Origens” da Vida». Schroedinger reconheceu a armadilha.”

ANTÓNIO DAMÁSIO, *A Estranha Ordem das Coisas*

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação, apesar do processo solitário a que qualquer investigador está fadado, reúne contributos que não devem deixar de ser realçados.

O meu mais sentido agradecimento é dirigido à minha Mãe, pelo incentivo e paciência infindáveis e pelo sacrifício reconhecido em proporcionar-me as melhores condições para que pudesse singrar, pessoal e academicamente. Sei do orgulho que tem em ver-me fazer mais e melhor, e a ela devo tudo.

À minha tia, primeira referência com que tive contacto enquanto magistrada judicial de reconhecida competência, cuja sagacidade e trabalho afincado me fazem querer seguir os seus passos. Agradeço-lhe o tempo, nunca regateado, que me cedeu, o conhecimento e a prudência jurídicas que me transmitiu.

À minha “segunda família”, que a é de coração, de Viana do Castelo e da Póvoa de Varzim, por serem modelos de perseverança e pelo apoio e amizade demonstrados ao longo de todo este percurso, além do constante estímulo intelectual e emocional.

Às minhas colegas e amigas de faculdade, companheiras de todas as horas, por partilharem comigo todas as conquistas e frustrações que pautaram este nosso *affaire* com o Direito – sem vocês não teria sido tão gratificante.

Ao Professor Doutor Brandão Proença, pela prestimosa colaboração e orientação facultadas. Uma referência incontornável enquanto jurista de excelência e inexcusável na qualidade de Professor, julgando pelo que tive a sorte de presenciar. As notas dominantes da sua orientação foram a utilidade das suas recomendações e a cordialidade com que me recebeu. Estou grata por ambas, assim como pela liberdade de ação que me concedeu e que foi decisiva para que este trabalho contribuisse efetivamente para o meu amadurecimento académico.

Por fim, à Escola de Direito do Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa, e mais especificamente aos docentes do Mestrado em Direito Privado que me acompanharam neste ciclo de estudos, agradeço a inspiração académica e a dedicação comprovada em propiciar uma formação universitária de qualidade superior.

A todos, enfim, reitero o meu apreço e a minha gratidão.

RESUMO

A possibilidade de atribuição de direitos, de variadíssima índole, aos nascituros decorre já do panorama vigente de direito positivo, expondo questões relacionadas com o momento da génese da vida humana, a articulação entre os conceitos de ‘personalidade’ e de ‘capacidade’ jurídica, a própria qualificação conceitual do nascituro enquanto elemento do tráfego jurídico e as implicações legais desse mesmo reconhecimento.

Quando apreciada à luz da responsabilidade civil, a temática, que divide opiniões na doutrina e gera decisões jurisprudenciais contraditórias, ganha renovados contornos, exigindo uma análise cuidada do instituto enquanto expediente adequado para a reparação do dano que possa advir de uma qualquer interação lesiva com o nascituro.

Neste estudo, propomo-nos a refletir acerca dos recursos jurídicos de que dispomos para acautelar este estado mais vulnerável do desenvolvimento da pessoa humana, tecendo críticas acerca dos potenciais regimes a aplicar e cogitando sobre soluções desejáveis a adotar, tendo em vista uma proteção abrangente da vida pré-natal.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; nascituro; indemnização; personalidade jurídica; dano;

ABSTRACT

The possibility of granting rights, of various kinds, to unborn children already derives from the prevailing panorama of positive law, exposing questions related to the moment of the genesis of human life, the articulation between the concepts of legal personality and legal capacity, the conceptual qualification of the unborn child as an element of legal interactions and the judicial implications of that same recognition.

When considered in the light of Civil Liability, the theme, which divides opinions in the doctrine and generates contradictory jurisprudential decisions, earns renewed outlines, requiring a careful analysis of the institute as an appropriate remedy for the repair of the damage that may arise from any harmful interaction with the unborn child.

In this study, we propose to reflect upon the statutory resources at our disposal to safeguard this most vulnerable condition of human development, criticizing the potential legal frameworks to be applied and considering desirable solutions to be pursued, bearing in mind a comprehensive protection of prenatal life.

KEYWORDS: Tort Law; unborn child; indemnity; legal personality; damage;

ÍNDICE

1.	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	10
2.	ENQUADRAMENTO LEGAL E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO ESTATUTO DO EMBRIÃO.....	11
2.1.	ALUSÃO À DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA ENTRE “NASCITURO” E “CONCEPTURO”	13
2.2.	A PROTEÇÃO DA VIDA PRÉ-NATAL NOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – DO ARTIGO 66.º DO CÓDIGO CIVIL E DO ARTIGO 24.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA AO DISPOSTO NO ARTIGO 2.º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM.....	13
2.3.	PERSONALIDADE <i>VS.</i> CAPACIDADE JURÍDICA – A PEDRA DE TOQUE NA AFERIÇÃO DA VIABILIDADE DA TUTELA INDEMNIZATÓRIA.....	18
3.	O QUADRO JURÍDICO GLOBAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL LIGADA AOS NASCITUROS CONCEBIDOS	20
3.1.	IDONEIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
3.2.	ENQUADRAMENTO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DELITUAL OU OBRIGACIONAL – A QUESTÃO DA CONTRATUALIZAÇÃO	24
3.3.	VISÃO SUMÁRIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	27
3.3.1.	DO FACTO ILÍCITO, DA CULPA, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	27
3.4.	DA QUESTÃO DO DANO DA MORTE DO NASCITURO JÁ CONCEBIDO.....	32
3.5.	O CASO MAIS ESPECÍFICO DA POSSÍVEL APLICAÇÃO DO ARTIGO 496.º, 3 DO CÓDIGO CIVIL À COMPENSAÇÃO POR MORTE DO PROGENITOR.....	35
	CONCLUSÕES.....	37
	BIBLIOGRAFIA E LISTAGEM DE JURISPRUDÊNCIA.....	41

ABREVIATURAS

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac./Acs. – Acórdão(s)

Art./Arts. – artigo(s)

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

C.C. – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – confrontar

CJ – Colectânea de Jurisprudência

Col. – Coleção

Coord. - Coordenação

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Disp. – disponível

DR – Diário da República

Ed. – Edição

EDUM – Escola de Direito da Universidade do Minho

e.g. – por exemplo (do latim, *exempli gratia*)

etc. – e outros (do latim, *et cetera*)

ex. – por exemplo

i.e. – isto é (do latim, *id est*)

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

n.º/n.ºs – número(s)

op. cit. – obra citada (do latim, *opus citatum*)

p./pp. – páginas(s)

PMA – Procriação Medicamente Assistida

Proc. - Processo

Rev. – revista

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SIDA – Síndrome da imunodeficiência adquirida

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vd. – *vide*

Vol. – volume

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Quis o progresso da mentalidade (e sensibilidade) social, parâmetro alicerçador da atuação do Direito, trazer novos elementos ao debate sobre o estatuto jurídico do embrião, no encaixe da problemática sempre atual do aborto, dos novos métodos de procriação artificial, da manipulação genética, da admissibilidade das *wrongful actions*¹, do estatuto do embrião humano *in vitro* e dos notáveis avanços na área do diagnóstico pré-natal², colocando em primeiro plano as questões alusivas à proteção da vida uterina e, num prisma mais holístico, do próprio alcance e limites do direito à vida.

Note-se, pois, que versaremos sobre uma temática irremediavelmente metajurídica³, que requer uma coordenação e interpretação transversal de elementos constitucionais, filosóficos, antropológicos e sociológicos. Não obstante esta realidade, o propósito da presente exposição será o de arquitetar uma reflexão seleta e o mais direcionada para o âmbito privatístico quanto nos é possível.

Saber se o nascituro é titular originário de um direito de indemnização por danos resultantes de uma lesão à sua integridade física, ou a uma compensação em caso de morte de um dos seus progenitores, assim como avaliar se os seus progenitores poderão ver constituída a seu favor uma obrigação de indemnizar em virtude de morte do próprio nascituro que resulte de um ato ilícito imputável a terceiro, serão quesitos sobre os quais nos iremos debruçar, enquanto descortinamos as vias que o Direito pátrio nos oferece.

A maleabilidade do nosso corpo legislativo, assim como dos restantes instrumentos legais supranacionais nele integrados, deixam espaço para que possamos contemplar a proteção dos nascituros numa vertente responsabilizante, isto para que as lesões ou ilícitos juscivilmente contemplados não passem a ser, quando suportados por aquele que já foi gerado mas ainda não nasceu, irrelevantes.

¹ Comumente repartidas em três categorias - *wrongful conception* (conceção indevida), *wrongful birth* (nascimento indevido) e *wrongful life* (vida indevida) – as *wrongful actions* respeitam às situações em que, por virtude de diminuída diligência, o médico falha no diagnóstico pré-concepcional ou pré-natal, pretendendo os lesados reagir judicialmente contra quem deu azo à possibilidade de gravidez ou ao nascimento de uma criança com malformações, ainda que não as tenha provocado diretamente.

² *Quaestiones disputae* que integram (e praticamente esgotam) o domínio da Bioética e do Biodireito, reclamando uma ingerência legislativa no sentido de as dotar de um regime regulatório – neste sentido, *vd.* DIOGO LORENA BRITO, *A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Publicações da Universidade Católica, Porto, 2007, p. 21, e OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito e Bioética”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, pp. 14 e 20-21.

³ Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lex (fascículos), 1995-96, p. 29, nota de rodapé n.º 33 e STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, Almedina, 1998, p. 246.

Atenderemos, no âmago deste estudo, aos pressupostos imprescindíveis à afirmação da responsabilidade civil *in casu*, quer contratual, quer extracontratual, prendendo-nos nós, naturalmente, com os requisitos que mais equivocidade suscitem.

O desafio, crê-se, será o de compatibilizar os diferentes posicionamentos que aqui se degladiam, procurando encontrar um consenso quanto a uma matéria de manifesto interesse e alcance na vivência prática dos legítimos afetados.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO

Enquanto fenómeno evolutivo e extensivo a várias etapas do desenvolvimento, a vida humana abrange, coerentemente, a vida intrauterina⁴. Radica desta constatação que o Estado, para disponibilizar meios jurídicos coercivos que a protejam⁵ – prescrevendo sanções, adotando medidas preventivas, impondo intimações de abstenção e admitindo o recurso a ações inibitórias, além de facultar o instituto da responsabilidade civil - não está sequer dependente do reconhecimento de um direito à vida do nascituro concebido, uma vez que a exigência da inviolabilidade do direito à vida⁶ bastaria para assegurar esta proteção transversal⁷.

Mesmo assim, a vulnerabilidade sabida da vida pré-natal, aos olhos da comunidade e do intelecto jurídico, conduz à opinião, francamente dominante⁸, de que os danos

⁴ Como aponta MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “o estatuto do nascituro [...] está intimamente relacionado com o conceito de vida humana, um conceito biológico e objetivo, fornecido pela ciência e que é indiferente a concepções políticas ou religiosas.” (“Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro”, *in Juris et de Jure*, Porto, 1998, p. 174). Acrescenta SÓNIA MOREIRA (“O Direito (?) Constitucional à Vida do Embrião”, *in Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Vol. II, EDUM, 2017, p. 175) que “o embrião não é apenas material genético – é o resultado da união dos gâmetas masculino e feminino, do qual resulta um código genético único e irrepetível que, nas condições adequadas, se desenvolverá até maturar em vida humana tal como a conhecemos”. *Vd.* ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral, Vol. I - Introdução, As pessoas, Os bens*, Coimbra Editora, 1997, pp. 42-48.

⁵ Clarifica CURA MARIANO que “na escolha das medidas destinadas a proteger a vida intrauterina, o legislador ordinário goza de uma ampla margem de discricionariedade, estando, no entanto, proibida uma tutela insuficiente” (“A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida”, *in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, 2012, Coimbra Editora, p. 112).

⁶ Tal como prescreve o artigo 24.º da CRP.

⁷ Neste sentido, CURA MARIANO, *op. cit.*, p. 112. Cfr. igualmente com o Ac. n.º 85/85, de 26-05-1985, e n.º 288/98, de 18-04-1998, ambos do TC.

⁸ *Vd.* a exposição de PAIS DE VASCONCELOS, em *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 68 e ss., que reúne um amplo registo bibliográfico. LARENZ (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, §5, II, p. 79) reconhece que “o feto ou embrião é um homem em formação (*ein werdender mensch*), que precisa de proteção da ordem jurídica como ser humano em permanente evolução – e nunca como coisa, puro objeto de relações jurídicas”, no sentido do artigo 202.º/1 do C.C.

próprios dos nascituros merecem a devida tutela jurídica, independentemente das diversas orientações que se possam subscrever – direitos sem sujeito, expectativa jurídica, antecipação da personalidade, retroatividade ao momento do nascimento, bens em estado de vinculação ou sob condição suspensiva, posicionamentos sobre os quais discorreremos adiante⁹.

Há muito que o feto¹⁰ deixou de ser entendido como um mero *portio viscerum matris*¹¹, para se tornar em algo “digno de proteção legal pela sua potencialidade em se tornar uma pessoa.”¹² O Código Civil, instrumento legal refletor desta mudança de paradigma, institui a este propósito um regime ambíguo¹³ – não ignora os nascituros e reconhece-lhes, a título excepcional, alguns direitos, nomeadamente no que concerne a doações (artigo 952.º), perfilhação (artigo 1855.º), poder paternal (artigo 1878.º), capacidade sucessória (artigo 2033.º/1 e n.º 2, alínea a)) e administração da herança ou legado a favor de nascituro (artigo 2240.º), condicionando, no entanto, a respetiva aquisição ao seu nascimento¹⁴, nos termos do artigo 66.º/2.

À vista do exposto, não lhes atribui personalidade jurídica, já que os direitos assim atribuídos o são em função da *pessoa*, entendida como o ser humano após o nascimento completo e com vida¹⁵ – como impressivamente observa CABRAL DE MONCADA¹⁶, “o homem só existe para o Direito como pessoa, depois de ter nascido”. A doutrina e a jurisprudência vêm-se, então, obrigadas a construções dogmáticas complexas, no sentido de descodificar a vontade do legislador nesta matéria.

⁹ Fazendo já uma súmula, *vd.* JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014, pp. 95 e ss.

¹⁰ Por comodidade de expressão, empregaremos o termo “feto” para nos referirmos a todo o ser humano já concebido mas ainda não nascido. Em rigor científico, “feto” abrange apenas a fase da vida embrionária que tem lugar depois das oito semanas de gestação.

¹¹ Como explica o Ac. do STJ de 03-04-2014 (ÁLVARO RODRIGUES), “uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe”. Densifica MARIA CLARA SOTTOMAYOR (*op. cit.*, p. 188) que “as descobertas da fetologia demonstram que o embrião é autónomo em relação à mãe de um ponto de vista genético e imunológico e que, durante a gestação, interage com o ambiente intrauterino e também com o exterior”.

¹² Ac. n.º 75/2010 do TC.

¹³ Não existe em Portugal, a bem dizer, um estatuto jurídico do embrião humano – contam-se apenas algumas orientações vagas, destacando-se as formuladas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, a propósito da PMA.

¹⁴ É também esta a solução dos sistemas jurídicos que nos são próximos – *e.g.* § 1 do BGB, o artigo 1.º do C.C. italiano, o artigo 311.º/4 do C.C. francês, o artigo 30.º do C.C. espanhol e o artigo 2.º do C.C. brasileiro.

¹⁵ A personalidade jurídica, à semelhança do que acontece com a maioridade, é um fenómeno de produção gradual, e não instantânea, do organismo humano, que se processa durante os curtos meses que medeiam entre a fecundação do óvulo e o nascimento da criança. Uma vez que a ordem jurídica não consegue fixar o momento exato da conceção, nem acompanhar a evolução fisiológica do embrião no ventre materno, necessita de um momento objetivamente determinável a partir do qual reconheça a existência de uma pessoa como sujeito autónomo de direitos – o nascimento.

¹⁶ *Lições de Direito Civil*, Almedina, 1995, p. 253.

2.1. ALUSÃO À DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA ENTRE “NASCITURO” E “CONCEPTURO”

No direito positivo, o termo “nascituro” é utilizado, em sentido amplo, para designar todo o sujeito não nascido, incluindo o concepturo¹⁷ (*nondum conceptus* – aquele que ainda está para ser concebido) e, *strictu sensu*, o nascituro¹⁸, que já foi gerado, ainda não nasceu, mas a cujo respeito existe a expectativa de que venha a nascer.

Noutras palavras, os “concepturos não estão concebidos, não têm vida humana e não têm sequer existência. Não são entes. O termo “concepturo” exprime apenas uma potência, a possibilidade abstrata de alguém vir a ser concebido.” Por sua vez, os nascituros já concebidos “são seres humanos, com vida, que se encontram numa particular fase da sua vida.”¹⁹

A propósito do conceito de ‘nascimento’, o momento do total desligamento do seio materno, há que aludir ao Decreto-Lei n.º 44 128, de 28 de dezembro de 1961, que explica que se considera “nascimento da criança viva a expulsão ou extração completa, relativamente ao corpo materno”.²⁰

2.2. A PROTEÇÃO DA VIDA PRÉ-NATAL NOS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – DO ARTIGO 66.º DO CÓDIGO CIVIL E DO ARTIGO 24.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA AO DISPOSTO NO ARTIGO 2.º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

É de sublinhar a crescente atenção do Estado (e da sociedade em geral) à salvaguarda da vida em gestação, ecoando tal dever de respeito pelas diversas ordens jurídicas e convenções internacionais – é a própria Declaração dos Direitos da Criança, adotada em

¹⁷ A respeito do *concepturi* não se colocam, evidentemente, quaisquer interrogações acerca da sua eventual personalidade jurídica, visto que ainda nem sequer foi gerado. Contudo, não são totalmente irrelevantes para a ordem jurídica – o artigo 2033.º/2 do C.C., a propósito da sucessão testamentária ou contratual, prescreve que, ao lado das pessoas coletivas, têm ainda capacidade “os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão” – ou seja, seria perfeitamente válida, a título de exemplo, cláusula testamentária em que o autor da herança instituisse “*como herdeiro de uma quarta parte da herança, o filho que o meu sobrinho Abel, prestes a casar com Benedita, vier a ter deste casamento*”. Cfr. ANTUNES VARELA, “A Condição Jurídica do Embrião Perante o Direito Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Almedina, 2000, p. 623.

¹⁸ Sempre que façamos uso do termo “nascituro”, sê-lo-á neste sentido.

¹⁹ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 74.

²⁰ STELA BARBAS (*op. cit.*, pp. 73-74) reflete, porém, que com o surgimento de novas técnicas de procriação que permitem o desenvolvimento da vida humana em suportes artificiais (sem ‘corpo materno’), o “nascimento deixará de ser o único modo de as pessoas “nascerem”, passe o absurdo redundante, pelo menos para o efeito do referido diploma. Será o artigo 8.º/3 do C.C. a ocupar-se desta vicissitude dos tempos hodiernos, ao instituir que o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo.

1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que prescreve que “a criança, pela sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento.” Aliás, já em 1950 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem se referia “ao direito de qualquer pessoa à vida”, sendo necessário um esclarecimento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, desta feita em sentido contrário, a elucidar que o termo ‘pessoa’ não abrangia o ser humano já concebido mas ainda por nascer.²¹

Ainda no plano europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em decisão de 02-02-2004, na qual estava em causa a interpretação do artigo 2.º da CEDH, entendeu que “(...) não é desejável, nem mesmo possível atualmente responder em abstrato à questão de saber se a criança por nascer é uma pessoa”. Com esta justificação, o Tribunal observa que a questão da natureza e do estatuto do feto não é objeto de consenso, podendo-se apenas encontrar um denominador comum de proteção dos Estados - a pertença à espécie humana.

Noutro contexto, e introduzindo o capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias, o artigo 24.º/1 da Constituição proclama, sob o título “direito à vida”, que “a vida humana é inviolável”, consagrando assim um princípio primordial da consciência axiológica universal. Também aqui os entendimentos diferem: se, por um lado, estudiosos como JORGE MIRANDA²² inferem que a inviolabilidade a que se refere o artigo se traduz num dever de tutela jurídica de toda a vida humana, “sem distinguir a vida dos já nascidos e a vida dos nascituros” e elevando-a a valor ou bem jurídico fundamental, por outro, o Tribunal Constitucional tem já afirmado, não raras as vezes²³, que apesar de a vida intrauterina ser efetivamente um bem jurídico constitucionalmente protegido, gozando por isso da tutela devida à vida humana em geral (*maxime*, à pertença à espécie humana), não se retira do preceito em causa um direito fundamental à vida do nascituro já concebido²⁴. Leia-se, *exempli gratia*, o Acórdão n.º 617/2006:

“Da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo,

²¹ Não encontra justificação para esta distinção entre ‘pessoa’ e ‘vida humana’ ÁLVARO DIAS, que insiste que “o direito à vida é garantido a quem quer que ‘viva’”. (“Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida”, in *Ab uno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, 1998, p. 138).

²² JORGE MIRANDA, “Aborto: Debates Parlamentares”, in *Textos do Colóquio “O Aborto e os Direitos Humanos, um Projeto, uma Experiência”*, Universidade Católica, Coleção Estudos e Ensaios, 1985, p. 25.

²³ *Vd.* os Acs. n.º 25/84, 85/85, 288/98, 617/06 e 75/2010, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 2.º, p. 7, Vol. 5.º, p. 245, Vol. 40.º, p. 7, Vol. 66.º, p. 7 e Vol. 77.º, p. 131, respetivamente.

²⁴ Esta orientação do TC coincide com a posição adotada pelo TEDH – *e.g.*, o Ac. de 10-04-2007, *Evans c. Royaume-Uni*, acessível em cmiskp.echr.coe.int/hudoc.

que a proteção contra agressões postule um direito subjetivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjetivo à vida de uma proteção objetiva da vida intrauterina [...]. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido antes do nascimento.”

Já o Acórdão n.º 25/84 havia referido que a vida intrauterina representava “um valor não juridicamente subjetivado”, ou seja, que não era protegida mediante a atribuição ao seu portador de um verdadeiro direito subjetivo fundamental, mas antes como um bem objetivo em si mesmo. Esta ideia foi precisada e desenvolvida no subsequente Acórdão n.º 85/85²⁵, tendo-se escrito a esse respeito:

“Só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais – pois não há direitos fundamentais sem sujeito. A verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser diretamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A proteção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável diretamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina.”

Assentaram também alguns veredictos do Tribunal Constitucional o entendimento de que a vida intrauterina não merece o mesmo grau de proteção ao longo de toda a sua evolução, devendo esta ser progressivamente mais intensa à medida que a gestação se desenrola. É essa, aliás, a ideia subjacente à não penalização da interrupção voluntária da gravidez, aflorada já nestas duas decisões jurisprudenciais, onde se exarou que “não é indiferente, à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela quanto maior quanto mais próximo estiver o nascimento”. A ideia presente é a de que a Constituição não poderá deixar de tutelar o embrião em nenhuma das suas fases, mas poderá permitir diferentes graus de proteção²⁶.

Na vertente penal, constatamos que o Código Penal vigente dedica um capítulo à criminalização dos atos contra a vida intrauterina (Capítulo II, do Título I, do Livro II), punindo a prática do crime de aborto (artigos 140.º e 141.º do CP). Contudo, exclui dessa mesma punição os atos meramente negligentes, através do artigo 13.º do CP – ora, considerando que o Direito Penal é, em regra, o ramo de Direito infraconstitucional que, devido ao impacto dos meios repressivos de que lança mão, revela maior eficácia na proteção dos bens jurídicos, cremos nós que peca aqui o legislador pela insuficiência da

²⁵ Não se afastou desta orientação o Ac. do TC n.º 75/2010.

²⁶ Opõem-se aqueles que defendem a impossibilidade de gradações no domínio da salvaguarda da vida humana. Cfr. DIOGO LORENA BRITO, *A Vida Pré-Natal...*, pp. 87 a 98.

tutela conferida.²⁷

Percorrendo a legislação civil mais recente²⁸, constatamos que o tratamento jurídico dispensado ao nascituro se pauta também pela ambivalência e imprecisão, reflexos da controvérsia gerada em torno do seu estatuto legal.

Subscrevia o vetusto Código de Seabra uma posição de antecipação de proteção jurídica ou de “expetativa dos direitos do nascituro”²⁹ – a lei conferia proteção (ainda que restrita) ao embrião desde o momento da sua concepção para que este, depois de nascido, pudesse adquirir os direitos condicionais que lhe advinham desde que foi gerado³⁰.

. Por conseguinte, a capacidade jurídica surgia com o nascimento (artigo 6.º) e só era tido por “filho”, para efeitos legais, aquele que se provasse ter nascido com vida e figura humana (artigo 110.º).

Já o Código Civil de 1966, constituindo a pessoa como um elemento da relação jurídica, à imagem do sistema das *Pandectas* do BGB alemão, enuncia no seu artigo 66.³¹:

“1. A personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.”

“2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”

O *conceptus* fica então privado do atributo da personalidade jurídica, prosseguindo o legislador a elencar uma série de direitos que lhe reconhece, mas que condiciona ao facto do nascimento³², que funciona aqui como condição suspensiva³³.

²⁷ Sobre a carência de tutela penal, *vd.* MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *A Constituição e Crime, Uma Perspetiva de Criminalização e de Descriminalização*, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa, 1994, pp. 217 e ss.

²⁸ Sumariza MARIA CLARA SOTTOMAYOR (*op. cit.*, p. 185) que, remontando a épocas mais antigas, os nascituros eram equiparados por lei, no que fosse de seu interesse, aos já nascidos, conservando “até ao momento do nascimento todos os direitos que lhe competiriam, contanto que nascessem capazes de viver”. Com mais pormenor, *vd.* COELHO DA ROCHA, *Direito Civil Portuguez*, Tomo I, Coimbra, 1848, p. 35.

²⁹ A doutrina alemã mais qualificada há muito que inclui, entre os vários tipos ou modelos de direitos subjetivos, os chamados direitos de expetativa (*die Anwartschaftsrechte*), no sentido técnico de titularidade de um direito em formação, quando se tenham já verificado alguns pressupostos da sua criação e haja um grau bastante de probabilidade de consumação dos restantes pressupostos da sua existência. *Cfr.* LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português*, Vol. XI, Coimbra Editora, 1936, p. 179.

³⁰ Dispunha o artigo 6.º do Código de 1867 do seguinte modo: “A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da proteção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente Código.” Não significa isto outra coisa senão atribuir ao nascituro, por via de ficção e retroativamente, a capacidade de gozo estritamente indispensável para encabeçar os direitos que lhe são atribuídos. A proteção da lei ao nascituro era então condicional e resolúvel, manifestando-se desde os primeiros sinais de gravidez, segundo LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 179.

³¹ Resultante do anteprojeto apresentado por MANUEL DE ANDRADE, *Esboço de um anteprojeto de Código das Pessoas e da Família*, no BMJ, n.º 102, p. 153.

³² Não se exigindo forma humana, viabilidade do recém-nascido ou um tempo mínimo de sobrevivência.

³³ A lei é clara – “dependem”. *Cfr.* ÓRFÃO GONÇALVES, *op. cit.*, p. 538.

Ora, a dupla proposição do artigo 66.º do C.C, com a ideia implícita de que antes do nascimento a personalidade não existe, suscita imediatamente no intérprete a questão de saber a que regime estão sujeitos esses mesmos direitos, enquanto o nascimento do seu futuro titular não se verifica.

A interpretação deste artigo, negando a qualidade de sujeito de direitos ao nascituro concebido corresponde à leitura maioritária efetuada pela doutrina e jurisprudência³⁴, registando-se as opiniões dissonantes daqueles³⁵ que entendem que o sistema jurídico acaba mesmo assim por reconhecer personalidade jurídica aos nascituros concebidos. Há ainda os que a reconhecem, apesar da letra da lei, argumentando que o legislador não se soube expressar convenientemente³⁶, há quem adira à tese de personalidade jurídica parcial ou fracionária³⁷ e ainda os que fazem retroagir a personalidade jurídica ao momento da constituição do direito em causa³⁸.

Será este o *punctum saliens* de qualquer reflexão capacitada sobre a condição do nascituro à luz da regulamentação civil nacional – não há que negar o facto evidente da identidade biológica entre nascituro e criança nascida, é certo, mas a letra da lei é categórica ao determinar que a personalidade jurídica e, em consequência, a capacidade para ser titular de um direito de indemnização, só surge com o nascimento, e cessa com a morte.

³⁴ Ilustrando, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 631-633; CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Ed. de 1978, AAFDL, pp. 103-109; HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da Ed. de 1992, Almedina, 2017, pp. 293-296; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2012, pp. 199-202; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª Ed. da Coimbra Editora, 2010, pp. 165-167; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 3.ª Ed. da Universidade Católica, 2012, pp. 193-199; RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código Civil*, Vol. I, Ed. de 1987, Almedina, pp. 107-108; RITA LOBO XAVIER, *O Direito civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no Direito português*, em Brotéria, Vol. 147, 1998, pp. 176-184; e DIOGO LORENA BRITO, *A vida pré-natal...*, Ed. de 2007, Universidade Católica, pp. 121-122.

³⁵ É o entender de OLIVEIRA ASCENSÃO (*op. cit.*, pp. 14-21), MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil Português*, Livro I, Tomo III, Ed. de 2004, Almedina, pp. 293-306), PAIS DE VASCONCELOS (*op. cit.*, pp. 104-118), ÓRFÃO GONÇALVES (*op. cit.*, pp. 525-539), LEITE DE CAMPOS (*Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Ed. da Almedina, 2012, pp. 511-514) e STELA BARBAS (*op. cit.*, pp. 235-242).

³⁶ Sugere PAIS DE VASCONCELOS que o artigo 66.º/1 do C.C. deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica, como algumas vezes entendiam suceder com o artigo 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB - não nos parece razoável, contudo, supor que o legislador não se tenha sabido expressar num ponto tão elementar, isto em consonância com o princípio de interpretação hermenêutica contido no artigo 9.º/3 do mesmo diploma.

³⁷ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Ed. de 2003, Coimbra Editora, pp. 265-281 e PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões, Lições ao Curso de 1973-1974*, Coimbra, 1992, pp. 192-193.

³⁸ Referimo-nos a DIAS MARQUES, *Código Civil Anotado*, Ed. de 1968, Petrony, Lisboa, p. 23.

2.3. PERSONALIDADE VS CAPACIDADE JURÍDICA – A PEDRA DE TOQUE NA AFERIÇÃO DA VIABILIDADE DA TUTELA INDEMNIZATÓRIA

Clarificava, já em 1929, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES³⁹, que “a personalidade é o homem jurídico num estado por assim dizer estático; a capacidade é o homem jurídico no estado dinâmico”.

Há, pois, que distinguir os dois conceitos para inferir se a inexistência de personalidade jurídica, aos olhos do Direito Civil, constitui um entrave à concessão de direitos ao nascituro ou se, por sua vez, é possível conceber que alguém que prescindida dessa qualidade seja titular de um direito indemnizatório.

Aprofundando, o conceito de personalidade jurídica é puramente qualitativo e significa a suscetibilidade de se ser sujeito de relações jurídicas; já o de capacidade jurídica comporta uma dimensão quantitativa, expressando a medida variável dos direitos e vinculações de que a pessoa pode ser titular (capacidade de gozo) ou pode exercer e cumprir pessoal e livremente (capacidade de exercício ou capacidade de agir).

A eleição, seguindo a nossa tradição jurídica⁴⁰, do momento da aquisição da personalidade no ato do nascimento⁴¹, com a consequente exclusão dos nascituros da condição de pessoa jurídica, significa que o legislador optou por uma tese natalista – só o nado vivo é pessoa jurídica, estando o feto, faz-se a ilação, privado de capacidade jurídica.

Compete-nos, porém, aludir à tese do tipo concepcionista sustentada pela voz autorizada de ERNST WOLF, que ganhou fôlego no direito civil alemão contemporâneo – segundo o autor, a capacidade jurídica do Homem começa logo com a concepção, até porque é a partir deste momento que a vida humana começa a medrar. Ora, se o embrião é um ser humano em formação (quer venha a nascer vivo ou morto), “constitui um corte verdadeiramente arbitrário a norma legal segundo a qual só depois do nascimento com vida

³⁹ *Op. cit.*, p. 169.

⁴⁰ Que, por sua vez, remonta já ao Direito Romano – *vd.* MAX KASER, *Direito Privado Romano*, Ed. de 1999, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 101 e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I, Parte Geral (Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos)*, Ed. de 2000, Coimbra Editora, p. 105-107. Em Portugal, sobre o período de vigência do Código Civil de 1867, leia-se BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, Vol. I, Ed. de 1826, Lisboa, p. 65, COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez, Tomo I*, 6.^a Ed. da Imprensa da Universidade, Lisboa, 1917, p. 35, CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 176-182 e CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, pp. 253-257.

⁴¹ Justifica ANTUNES VARELA (*op. cit.*, pp. 176 a 184) a preferência pelo momento do nascimento pela sua notoriedade e fácil reconhecimento, em contraste com o secretismo natural e social da concepção do embrião; pelo facto de o desenvolvimento das capacidades básicas do ser humano, apesar de progressivo, se situar mais perto do nascimento do que da fecundação do óvulo materno; e por se tratar comprovadamente do momento da autonomização física do filho perante o organismo da mãe.

a criança adquire personalidade jurídica”.⁴²

Contribuiu para que este entendimento, em parte, vingasse, o facto de os tribunais alemães terem reconhecido em certos casos um direito de indemnização a crianças que tinham nascido vivas mas que haviam sofrido, ainda no ventre materno, danos causados pelos próprios pais ou por ato ilícito de terceiro⁴³. Nisto viram numerosos juristas a consagração da existência, mesmo que excecional, de uma personalidade jurídica limitada anterior ao nascimento.⁴⁴ Mas não terá de ser, permita-se-nos, necessariamente assim: não obstante a lei só reconhecer como *pessoa jurídica* (é o mesmo que dizer, titular de direitos e dotada de capacidade jurídica) o ser humano que nasce com vida, nada impede que se reconheça o embrião enquanto *pessoa em formação*, sancionando quaisquer agressões à sua saúde. *Id est*, a indemnização concedida seria a repercussão jurídica da ofensa da vida humana⁴⁵, enquanto bem jurídico, fazendo jus ao preceito romano ‘*nasciturus pro iam nato habetur quando de eius commodo agitur*’ (“em tudo o que for de seu interesse, é o nascituro considerado já nascido”).

Quanto à sugestão, apontada por CAPELO DE SOUSA, da personalidade parcial, reduzida ou fracionária do nascituro, não nos parece que possa receber acolhimento no plano civil, já que um dos alicerces da nossa construção jurídica é considerar a qualidade (ontológica) de ser Homem, ou melhor, Homem *face ao Direito*, uma categoria “insuscetível de graduações”⁴⁶. O que poderia ser limitada, isso sim, seria a capacidade do nascituro, quanto ao gozo e ao exercício de direitos – à imagem do que acontece com os menores e, até recentemente, com os inabilitados e os interditos⁴⁷, surgiria então uma nova incapacidade na nossa ordem jurídica, que posta nestes termos nos parece um mecanismo atrativo para a edificação de um estatuto legal do nascituro.

Certo é que a capacidade de direito do nascituro é limitada pela própria natureza das coisas (melhor se lhe poderia chamar uma ‘capacidade embrionária’⁴⁸) – limita-se aos direitos de personalidade, que são inerentes à sua hominidade, e àqueles que a lei lhe atribui:

⁴² WOLF-NAUJOKS, *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit der Menschen*, Klostermann, 1955, pp. 83 e ss.

⁴³ As situações mais recorrentes foram as resultantes de transfusões de sangue infetado ou de contágio proveniente de relações adúlteras da mãe.

⁴⁴ Cfr. HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB, I*, C.F. Müller, 1972, p. 61.

⁴⁵ *Vd.* WALTER SELB, “Schädigung des Menschen vor Geburt – ein Problem der Rechtsfähigkeit”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1966, pp. 76 e ss.

⁴⁶ ORFÃO GONÇALVES, *op. cit.*, p. 537.

⁴⁷ A 14 de agosto de 2018 foi publicado o Regime Jurídico do Maior Acompanhado (Lei n.º 49/2018), que substituiu os tradicionais institutos da interdição e inabilitação previstos no C.C. A regra passa a ser a da capacidade de qualquer pessoa maior, apenas se introduzindo as limitações estritamente necessárias.

⁴⁸ Expressão de SÓNIA MOREIRA (“O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores: Anotação ao Acórdão do STJ de 3.4.2014, Proc. 436/07”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 50, 2015, p. 73).

adquirir por herança e por doação. A capacidade genérica de gozo é que só se adquire nos termos do artigo 66.º do C.C., com o nascimento completo e com vida.

Sumarizando, percebemos que uma leitura conjunta do exarado no artigo 66.º do C.C. com o disposto no artigo 24.º/1 da CRP potencia duas possíveis interpretações (alternativas):

“– O nascituro é dotado de personalidade jurídica, sendo assim tutelado contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa – a isso obrigaria o disposto no artigo 24.º/1 da CRP, ao proclamar a inviolabilidade da vida humana;

- (...) Em obediência ao artigo 66.º/1 do C.C., o nascituro não tem efetivamente personalidade jurídica, mas é tutelado, enquanto vida humana que é, no seu direito à vida e integridade física e moral.”⁴⁹

Por ora, conservemos esta dupla ilação, em representação das teorias e hipóteses estudadas, enquanto perscrutamos o regime indemnizatório que o Código Civil disponibiliza aos interesses do nascituro.

3. O QUADRO JURÍDICO GLOBAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL LIGADA AOS NASCITUROS CONCEBIDOS

3.1. IDONEIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Decomposta a *vexata quaestio* nos seus elementos preponderantes, cumpre explorar o conteúdo e alcance da proteção concedida ao ser humano em fase de gestação pelo instituto da responsabilidade civil.

OLIVEIRA ASCENSÃO⁵⁰ realça a singularidade da problemática – “pergunta-se se é possível alguém pedir indemnização por lesões que lhe foram causadas na vida pré-natal – por uma intervenção cirúrgica negligentemente executada na mãe ou pela prescrição a esta de um medicamento errado, por exemplo”.

Com efeito, há que apurar, à luz do estudado, se o nascituro tem personalidade jurídica ou direitos suscetíveis de lesão⁵¹, se se verificou efetivamente uma lesão e se daí se

⁴⁹ Conclusões de ÓRFÃO GONÇALVES, *op. cit.*, p. 535.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 46.

⁵¹ Para quem advoga a tese dos direitos sem sujeito, a personalidade jurídica não é condição imprescindível para a formação e existência de direitos numa certa esfera jurídica. Em sentido contrário, aduz o parecer daqueles que entendem que todo o direito tem de pertencer a algum sujeito ou, noutras palavras, que exista um *sujeito* para que haja um *predicado*.

formou uma obrigação de indemnização, com base na responsabilidade civil aquiliana ou obrigacional⁵².

O instituto da responsabilidade civil, como sabemos, impõe a quem ofenda bens tutelados pela ordem jurídica, a reconstituição da situação que existiria, caso não se tivesse verificado o evento lesivo, nos termos do artigo 562.º do C.C. Visa, portanto, alcançar dois grandes objetivos: reintegrar um património lesado e/ou reparar a componente pessoal que tenha sido afetada, isto porque normalmente os factos lesivos acarretam consequências patrimoniais e não patrimoniais. Numas vezes, reintegra (sendo esta a forma mais perfeita⁵³ de eliminação do dano, *alfa* e *ómega* da responsabilidade civil), noutras repara, através, normalmente, de uma indemnização em dinheiro, quando a reconstituição natural não é possível.

A função ressarcitória assume, então, um especial destaque na configuração da responsabilidade civil, mas não deixa também de estar patente, e articulada consigo, uma função preventiva⁵⁴ – querem-se dissuadir comportamentos ofensivos de bens jurídicos, através da cominação da obrigação de reparação dos prejuízos causados na esfera jurídica alheia. Por isso mesmo é que a atuação deste instituto continua a ser justificada, mesmo quando não se mostre violado qualquer direito subjetivo, ou mesmo quando não exista uma pessoa *concreta* lesada a quem atribuir o direito de indemnização⁵⁵, uma vez que subsistem os seus fins sancionatórios.

Apesar das clivagens doutrinárias e axiológicas inerentes à finalidade do instituto da responsabilidade civil, é indiscutível que são inúmeros os problemas relacionados com a

⁵² O nosso sistema encontra-se bipartido entre responsabilidade civil contratual (artigos 798.º e ss. do C.C.) e extracontratual (artigos 483.º e ss. do C.C.). Na responsabilidade civil obrigacional ou contratual estão em causa situações onde há violação de direitos relativos (vínculos obrigacionais e incumprimento de deveres contratuais); já na responsabilidade civil extracontratual ou delitual, há uma violação de direitos absolutos (deveres genéricos de respeito ou de normas gerais destinadas à proteção de outrem). O nosso Código tratou separadamente as duas categorias de responsabilidade, tendo procurado aproximar os dois ângulos num conjunto de normas comuns (artigos 562.º a 572.º). Trataremos de ambas as responsabilidades, já que a tutela indemnizatória do nascituro pode passar, como veremos, por uma ou outra via. *Vd.*, sobre o tema na sua generalidade, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, Volume I*, 10.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 518 e ss.

⁵³ Reivindica-se um restabelecimento do *status quo ante*, pelo princípio da *restitutio ad integrum*, que acompanha o direito civil português desde os seus primórdios enquanto ramo jurídico. Cfr. Ac. do STJ de 10-02-2004 (PONCE DE LEÃO) - “a trave mestra da reparação do dano ao nível do Direito Civil é, pois, o princípio da reposição ou reconstituição natural, o qual se traduz na obrigação de reconstituir a situação anterior à lesão”.

⁵⁴ Sobre a articulação destas finalidades da responsabilidade civil, e vincando a importância da finalidade sancionatória na indemnização dos danos não patrimoniais, *vd.* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Ed. de 1997, Coimbra Editora, p. 387, nota 1 e ANTUNES VARELA, *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966, em matéria de Responsabilidade Civil*, Vol. XLVIII, BFDUC, 1972, pp. 77 e ss.

⁵⁵ Mesmo nas situações em que não há nenhum sujeito que mantenha uma relação privilegiada com o bem lesado, nada impediria o Estado de ser o beneficiário desse direito, em representação da comunidade onde aquele ser humano em formação se viria a inserir.

lesão do nascituro que este pode solucionar – saber o que consubstancia, nesta sede, um ilícito, se se pode considerar existir dano, a importância do nexo de causalidade para a aferição da adequação da conduta,... enfim, todos os pressupostos imprescindíveis para a constituição de um direito de indemnização que vise uma reposição da situação do nascituro, não fossem as lesões que teve de suportar.

Há, claro, quem⁵⁶ subscreva a opinião de que o suprimento das prementes necessidades que essa lesão acarreta (usualmente uma deficiência mais ou menos incapacitante) deverá ser efetuado por recurso ao sistema da segurança social, interrogando se se estará a exigir demais do instituto da responsabilidade civil e extravasando os seus já múltiplos fins. Não tendemos a enfileirar por esta posição – cremos que a segurança social tem de atuar, tenha ou não ocorrido um cenário de responsabilidade civil. Além do mais, seria inaceitável que, pensando numa ação de *wrongful life* em que o médico tenha atuado de forma negligente, não haja qualquer consequência jurídica para essa mesma atuação, através da atribuição de uma indemnização ao lesado. Deste modo, vedar a intervenção da responsabilidade civil “implicaria estabelecer uma situação de impunidade legal, em que é toda a sociedade a pagar os danos resultantes da negligência médica”⁵⁷.

Precisamente quanto às ações de *wrongful life*⁵⁸, que nos despertam um acrescido interesse por constituírem exemplo de um quase aporismo na área da responsabilidade médica, há que fazer menção ao célebre *arrêt Perruche*, decidido pela *Cour de Cassation* em 2000⁵⁹ - trata-se da primeira decisão judicial europeia a conceder uma indemnização à criança numa ação deste tipo, confirmando a existência de uma relação causal entre as *fautes* cometidas por um médico e o dano sofrido pela criança, e que acarretou importantes repercussões a nível legislativo, culminando na introdução da chamada *Lei Anti-Perruche*⁶⁰, que estipula no seu artigo 1.º que “Ninguém pode tirar partido de um prejuízo pelo facto de ter nascido”⁶¹. O legislador francês afastou assim o regime da responsabilidade civil,

⁵⁶ ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2001, p. 502 e PINTO MONTEIRO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)”, in RLJ, n.º 3933, Ano 134, p. 384.

⁵⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Dano da Vida”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 02 – Especial, 2012, pp. 3 e ss.

⁵⁸ Nicolas Perruche nasceu em 1983, com fortes deficiências e lesões auditivas e visuais, cardiopatias e neuropatias, em consequência de rubéola contraída pela mãe durante a gravidez mas que não foi detetada (apesar de a mãe ter chegado a informar os médicos da história clínica da sua família que poderia colocar em risco a criança e avisado que, caso existisse a possibilidade de esta nascer com problemas de saúde, preferiria abortar).

⁵⁹ Ac. da *Cour de Cassation* de 17-11-2000. Esta decisão foi confirmada pelo Acs. da mesma instância de 13-07-2001 e de 28-11-2001.

⁶⁰ Lei n.º 2002-303, de 4 de março de 2002.

⁶¹ Estipula ainda a segunda alínea deste artigo que “A pessoa que nasceu com um defeito devido a um erro médico pode obter a reparação do seu dano quando, o autor faltoso provocou diretamente o defeito ou o

pugnando, ao invés, pela aplicação do direito social como meio exclusivo para o apoio aos cidadãos com deficiências daquele modo geradas.

Importa, à parte disto, referir também que a tutela de bens ou interesses jurídicos através da responsabilidade civil pode processar-se dispensando o prévio reconhecimento de direitos subjetivos, conforme resulta do artigo 483.º do C.C., que convoca este instituto para intervir nos casos de violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios⁶². Assim, a violação de um dever geral de conduta de respeito pelo bem jurídico *vida*, mesmo que não subjetivado, pode ser desembaraçadamente reconduzida, apesar da atipicidade dogmática⁶³, à norma de proteção do artigo referido, numa leitura abrangente da expressão “interesses alheios”.

Note-se ainda que, mesmo negando a teoria da concessão de personalidade jurídica ao nascituro, é sempre possível recorrer à responsabilidade civil para tratar das lesões praticadas na vida pré-natal, sem ter de invocar tal qualidade. Raciocinemos: o nascituro não tem personalidade jurídica, logo é juridicamente impossível de ser lesado (não tem direitos passíveis de serem afetados), mas facticiamente essas *lesões* subsistem após o seu nascimento. Ora, será aí que elas adquirem relevância jurídica, segundo o artigo 66.º/1 do C.C., só aí há ilicitude e a lesão se consubstancia, por se registar a violação dos direitos de outrem (que dantes não existia). CASTRO MENDES⁶⁴ simula um episódio – “por culpa de *A*, *B* tem um acidente. *B* é mulher e estava grávida ao tempo do acidente. Por culpa deste, o filho, *C*, nasce defeituoso. Pode *C* exigir a *A* indemnização? Entendemos que pode. No momento do acidente, gera-se uma relação jurídica de indemnização, imperfeita, sem sujeito, mas completa-se e torna-se perfeita com o nascimento de *C*.”

Situa-se, destarte, o problema nos quadros tradicionais da responsabilidade civil, que

agravou ou não permitiu tomar as medidas suscetíveis de atenuação”. Fica assim patente a exigência de um nexo de causalidade direto.

⁶² Sobre a introdução desta segunda modalidade de ilicitude inspirada no § 823, II do BGB, *vd.* VAZ SERRA, *Requisitos de Responsabilidade Civil*, no BMJ, n.º 92; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Ed. de 2009, Almedina, pp. 246 e ss. e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Livro II, Tomo II*, Ed. de 2010, Almedina pp. 448-453.

⁶³ E não é inédita a tese da atribuição de direitos de indemnização próprios a terceiros pela ofensa de bens jurídicos dos quais não são titulares, que alguns autores enquadram como se tratando de danos reflexos (*vd.* Ac. STJ de 17-02-2009). *E.g.*, o artigo 71.º/2, ao remeter para o disposto no artigo 70.º/2, ambos do C.C., confere um direito de indemnização por ofensa de direitos de personalidade de pessoas já falecidas aos sujeitos aí elencados (*vd.*, a este propósito, CASTRO MENDES, *op. cit.*, p. 111 e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral da Personalidade*, Ed. de 1995, Coimbra Editora, pp. 195-196). Também a propósito do artigo 496.º/2 e da indemnização do dano da morte, parte significativa da doutrina e da jurisprudência interpreta a disposição como atribuindo um direito próprio de indemnização aos familiares da vítima aí mencionados, pela perda da vida.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 228.

não poderá deixar de ser recrutada para a tarefa de proteção dos interesses do ser humano em formação, e que deverá ser complementada com medidas civilísticas suplementares de prevenção. No que ao Direito português diz respeito, a obrigação de indemnizar nasce na esfera jurídica do lídimo responsável se este praticar um facto ilícito e culposo que cause um dano à outra parte, ou então que seja incumprida uma qualquer disposição contratual, consoante essa obrigação se funde em responsabilidade extracontratual ou contratual, respetivamente.

São esses os pressupostos que de seguida nos propomos a analisar, tendo em vista dois conjuntos de situações que consideramos servirem ao nosso tema - por um lado, lesões provocadas ao nascituro em virtude de um comportamento médico ou hospitalar negligente⁶⁵ (damos o exemplo das malformações do feto como efeito secundário do uso de talidomida recomendada às grávidas, nos anos 50 e 60 do século passado, ou das ações de *wrongful life*⁶⁶, em virtude de um erro no diagnóstico pré-natal); por outro, danos sofridos em virtude de agressões infligidas à mãe da criança (incluindo aqui lesões causadas pelos próprios pais⁶⁷ ou situações de acidente de que resulte a morte ou lesão grave do feto).

3.2. ENQUADRAMENTO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DELITUAL OU OBRIGACIONAL – A QUESTÃO DA CONTRATUALIZAÇÃO

Nas hipóteses nas quais o dano é imputado quer à violação de um vínculo negocial, quer à violação de um direito lesado genericamente, e não sendo pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece nem a de saber se é admitido o recurso a qualquer uma delas por parte do lesado, a jurisprudência maioritária tem entendido que, gozando o lesado das duas tutelas, poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável, ou que julgue mais favorável em concreto⁶⁸.

⁶⁵ E.g., devido à ausência de acompanhamento devido da gravidez, ou derivadas da omissão de tratamentos que teriam impedido a deficiência do nascituro ou mitigado as suas consequências.

⁶⁶ Referimo-nos às demandas judiciais, intentadas em nome próprio pelo nascido - ou pelos seus representantes legais (nos termos gerais do artigo 1878.º/1 do C.C.) em seu nome, cenário mais recorrente - em que uma criança nasce com uma enfermidade ou anomalia congénita e interpõe contra o médico, cujo comportamento negligente propiciou o seu nascimento, uma ação judicial solicitando uma reparação para o dano que suporta, o da sua própria vida *naquelas condições*. Note-se que a ação também poderá ser dirigida contra os progenitores, por terem decidido prosseguir com a gestação, não obstante serem conhecedores da doença que acometia o nascituro.

⁶⁷ Por exemplo, em contexto de violência doméstica.

⁶⁸ É a tese do cúmulo de responsabilidades: se o mesmo facto representar concomitantemente uma violação do contrato e uma violação de deveres extracontratuais, são aplicáveis as regras das várias responsabilidades à escolha do prejudicado. Isto, claro, sem esquecer as limitações que poderão resultar da própria lei ou de eventuais acordos das partes. Sobre o tema, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª Ed., Almedina, 1990, pp. 356 e ss. e PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1985, pp. 425 a 437.

Estando em causa a eventual violação ilícita de um direito de personalidade (a vida ou a integridade física), tal ilícito gerará sempre responsabilidade extracontratual. Ocorrendo, no entanto, essa violação na execução de um contrato, os danos daí decorrentes assumem natureza contratual, já que “o genérico dever de *neminem laedere* é absorvido sempre que estão em causa comportamentos ligados ao fim contratual, nos quadros da responsabilidade *ex contractu*”.⁶⁹

No âmbito da responsabilidade contratual, a ilicitude situar-se-á no incumprimento de alguma das obrigações emergentes do contrato, isto é, na inobservância de deveres principais ou acessórios por qualquer um dos contraentes, nos termos do artigo 798.º do C.C.

A relação clínica médico-paciente⁷⁰, que se juridificou enquanto relação de prestação de serviços, desdobra-se num programa obrigacional complexo: para o paciente, a mãe da criança em gestação, resume-se ao pagamento dos honorários e a deveres de informação e cooperação, enquanto que para o médico há um considerável conjunto de comportamentos cuja observação é imperativa para o cumprimento do contrato, destacando-se os deveres acessórios de informação e o dever de obtenção de consentimento informado. Caso se verifique o desapareço por qualquer um destes deveres que compõem o vínculo obrigacional, preenche-se este requisito da ilicitude.

Até aqui, a parte contratual é, pelo menos aparentemente, apenas a mãe⁷¹, descurando-se o nascituro, enquanto parte integrante desta relação, e o pai, igualmente interveniente em matéria reprodutiva. Quanto a estes, a responsabilidade do médico pela via contratual poderá ser equacionada apelando à figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros⁷².

⁶⁹ MOTA PINTO, *Cessão...*, p. 341.

⁷⁰ Na atuação do médico, o não cumprimento dos deveres de cuidado e proteção a que está obrigado pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também é causa de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação representa igualmente um facto ilícito extracontratual. *Vd.*, por todos, ANTUNES VARELA (*op. cit.*, pp. 636-637) e os Acs. do STJ de 19-06-2001 (PINTO MONTEIRO) e de 07-10-2010 (FERREIRA DE ALMEIDA).

⁷¹ Em oposição aos seus pares, PIRES DA ROSA, no Voto de Vencido aposto ao Ac. do STJ de 17-01-2013, apresenta-nos uma posição muito particular mas que se nos afigura plausível: “[...] as ecografias foram efectuadas no âmbito de um contrato celebrado entre uma clínica radiográfica e uma mulher – não uma qualquer mulher, mas uma mulher *pejada*, grávida [...] A mãe (e o seu feto – porque o feto é ainda mãe, enquanto não nascer com vida) foi (foram) atingida(os) no seu direito a poderem optar pelo não nascimento, por uma mesma e única violação contratual”.

⁷² Cfr. ERWIN DEUTSCH e ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht: arztrecht, arzneimittelrecht, medizinprodukte-recht und transfusionsrecht*, 7.ª Ed., Berlin Heidelberg, Springer, 2014, p. 430, n.º 674. Admitindo esta possibilidade, decisão do *Hoge Raad* de 18-03-2005 na declaração junta ao Ac. do STJ de 17-01-2013.

Esta situação ocorrerá sempre que o terceiro apresente uma situação de tal proximidade com o credor (neste caso, a progenitora), que justificará a extensão em relação a ele do círculo de proteção do contrato, passando os deveres acessórios que vigoram entre as partes a abranger a tutela da posição de terceiros, que supostamente estariam fora do âmbito subjetivo do contrato. Neste conspecto, havendo dano para o terceiro indiretamente protegido, a responsabilidade submete-se ao regime da responsabilidade civil contratual, de modo que a culpa pela falta contratual também será presumida.

A figura, emergente do direito alemão, insere-se num “espaço dogmático-normativo intercalar”⁷³, mais precisamente, na denominada terceira via da responsabilidade civil, cuja fonte não se baseia nem no delito, nem no contrato, fugindo, portanto, aos quadros tradicionais deste regime.

A emergência deste *tertium genus* exige, contudo, um esforço de delimitação da esfera dos terceiros abrangidos. Neste ensejo, deverão incluir-se apenas aqueles⁷⁴ (i) que se encontrem em contacto próximo com a prestação principal objeto do contrato; (ii) cuja especial ligação com o credor seja cognoscível para o devedor; (iii) que mantenham uma comunhão de interesses e vantagens com o credor. Estes terceiros, embora não sejam partes no contrato, seriam então titulares de deveres laterais de cuidado, proteção e informação.

Assim, parece-nos haver um potencial evidente para recorrer a esta responsabilidade intermédia - não se vê, sejam quais forem os critérios concretamente adotados na referida delimitação, como se poderá exigir mais proximidade que a existente entre pais e filhos, e mais ainda entre gestante e feto⁷⁵. Neste cenário, tanto o nascituro como o pai associam-se estreitamente com a finalidade do contrato de prestação de serviços médicos e a mãe tem um interesse comprovado em que assim seja⁷⁶.

⁷³ CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Auto-Estradas*, in *ROA*, Ano 65, Vol. II, Setembro de 2005, p. 6.

⁷⁴ Seguimos os critérios apontados por CARNEIRO DA FRADA, em *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causado a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 91-92 e CARLOS MOTA PINTO, *Cessão...*, p. 423.

⁷⁵ Aliás, neste caso, os deveres médicos existem não apenas em razão da saúde da progenitora, mas também diante da saúde do nascituro, igualmente beneficiário do dever de cuidado.

⁷⁶ Não concorda com o recurso a esta construção jurídica a Exma. Juíza Conselheira ANA PAULA BOULAROT, que adverte que “nenhum outro direito se afigura concretizável com o nascimento do nascituro, *maxime*, o decorrente de um pretensão contrato com eficácia de protecção de terceiro (terceiro este apenas nascituro, falho da qualidade jurídica de terceiro para efeitos obrigacionais, por ausência de personalidade jurídica), a quem a Lei não concede qualquer protecção por via da celebração daquele outro contrato de prestação de serviços médicos, a não ser a protecção directa do mesmo, ou seja, a decorrente de uma actuação do médico dirigida especificamente ao feto e por isso causadora das suas eventuais malformações...” (“A Tutela Geral e Especial da Personalidade Humana”, in *Coleção Formação Contínua, e-book* do CEJ, 2017).

3.3. VISÃO SUMÁRIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A chamada responsabilidade civil extracontratual emergente da prática de atos ilícitos assenta no seguinte conjunto de pressupostos: o facto ou ato humano voluntário, por ação ou omissão; a ilicitude ou antijuridicidade do mesmo; a imputação do facto ao lesante ou agente, ou seja, a sua culpa; a ocorrência de um dano ou lesão e o nexo de causalidade entre a violação do direito e a produção do dano⁷⁷. Passemos então à sua decomposição.

3.3.1 DO FACTO ILÍCITO, DA CULPA, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE

(i) O facto ou a conduta pode ser definido como a ação ou omissão humana e voluntária, sem a qual não haveria modificação do mundo exterior. Nos cenários de que tratamos, o facto consistirá no nascimento da criança com malformações ou lesões de vários tipos ou no perecimento do feto.

(ii) Já subjacente à ilicitude está um juízo de desvalor que o facto merece à face do ordenamento jurídico, ora por violar uma disposição contratual, ora por desrespeitar um direito absoluto ou uma norma legal destinada a proteger interesse alheio⁷⁸. Tratar-se-ia, aqui, da conduta desvaliosa que provoca lesões ou a morte do feto.

O artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil tipifica a ilicitude do facto constitutivo de responsabilidade civil extracontratual em duas modalidades: a violação do direito de outrem, ou seja, a violação de um direito subjectivo - *maxime*, de um direito absoluto -, ou na violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios⁷⁹.

É evidente que são abrangidos pela primeira modalidade de ilicitude os direitos sobre bens jurídicos pessoais⁸⁰ (vida, corpo, saúde e liberdade); já na segunda categoria de ilicitude, o sujeito acaba por ser protegido indiretamente porque beneficia do cumprimento dos deveres que são impostos aos outros sujeitos.

⁷⁷ *Vd.* Ac. do TRC de 04-11-2003 (JAIME FERREIRA).

⁷⁸ Estas normas legais de proteção não têm de ser oriundas do direito civil, podendo ser (e normalmente até são) normas de direito público (direito administrativo, penal, fiscal) – a título meramente exemplificativo, refira-se a norma que impõe a vacinação obrigatória.

⁷⁹ Contudo, como adianta o Ac. do STJ de 15-05-2003 (LUCAS COELHO), “(...) não basta a violação de uma *norma de protecção* no sentido do preceito. Torna-se ademais mister atender ao concreto escopo de protecção da norma, implicando a verificação de três requisitos fundamentais: que o lesado pertença ao seu domínio subjectivo de aplicação, incluindo-se no círculo de pessoas que a norma abstractamente visa proteger; que tenha sido em concreto ofendido o interesse tutelado mediante a lei de protecção; que se mostre concretizado o perigo a esconjurar mercê da mesma lei”.

⁸⁰ Em caso, por exemplo, de acidente de viação de que resulte a morte do nascituro, o requisito da ilicitude estará por aqui cumprido. Cumpre lembrar a Lei n.º 16/2007, que exclui a ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez permitidos legalmente. Deve também colocar-se a questão da licitude da fecundação artificial quando implica a criação de embriões sobranes, enquanto criação de vidas já à partida destinadas a morrer.

Vertendo o descrito ao nosso objeto de estudo, e a propósito do direito do nascituro a nascer saudável⁸¹, poderá defender-se que as equipas médicas que assistem a mulher grávida deverão encetar todas as diligências e usar todos os recursos ao seu alcance em ordem a precaver a disseminação de doenças ou deficiências genéticas, podendo o desprezo por estas orientações fundar este requisito de ilicitude. A este propósito atentemos nas assertivas palavras de FEINBERG⁸²:

“[...] uma pessoa tem um dever de cuidado para com qualquer outra pessoa a quem possa eventualmente causar danos como consequência da sua conduta (uma “vítima expectável”), e, nalgumas ações, isso inclui pessoas não nascidas ou nem sequer concebidas. [...] Uma das consequências implícitas [desta conclusão] é que, quando estamos a lidar, medicamente ou comercialmente, com uma mulher de certa idade, temos de pensar nela como podendo estar grávida, e no seu meramente potencial futuro filho como uma “vítima expectável” da nossa transação com ela.”

De entre todos os pressupostos a que nos reportamos, o da ilicitude revela-se, portanto, o de mais difícil apuramento, uma vez que a sua verificação contende com as exigências de causalidade fundante.

(iii) Prendamo-nos agora com a culpa⁸³ (artigos 483.º e 799.º do C.C.), um juízo de censura ético-jurídico dirigido ao agente quando este, pelas suas capacidades e em face das circunstâncias concretas do caso, não age com a diligência e cuidado que lhe seriam exigíveis⁸⁴ - *podia e devia* ter agido de outra forma.

A culpa é, no ordenamento jurídico português, aferida em duas fases sucessivas: primeiro através de um juízo genérico de imputabilidade⁸⁵ e, de seguida, apreciando-se a culpa em abstrato, recorrendo ao critério do *bom pai de família*, sem descurar, claro, o concreto circunstancialismo do sucedido (artigo 487.º/2 do C.C.)⁸⁶.

⁸¹ Parecendo reconhecê-lo, ERMELANDO V. COSMI e E. MORDINI, “La bioetica ed i diritti del nascituro”, in *Scritti in onore di Guido Gerin, Padova*, CEDAM, 1996, p. 123: “o direito biológico é aquele de ser suficientemente são, ou de apenas ser portador de doenças, deficiências ou imperfeições físicas e mentais devidas unicamente ao mecanismo da lotaria natural e portanto inevitáveis”.

⁸² FEINBERG, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, in *SP&P*, Vol. 4, Ed. 1, 1986, p. 155;

⁸³ Sobre este requisito, *vd.* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 562 e ss. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações*, 13.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 304 e ss.

⁸⁴ São excecionais os casos de responsabilidade sem culpa (artigo 483.º/2).

⁸⁵ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 563 e ss.

⁸⁶ No que se refere ao ónus probatório, e aplicando os termos gerais da sua repartição constantes do artigo 342.º/1 do C.C., incumbirá à gestante paciente, enquanto lesada, fazer prova da culpa do médico lesante, isto

Em sede de acompanhamento pré-natal e embriopático, o critério objetivo de aferição da culpa será o do bom profissional médico, medianamente competente, prudente e zeloso. Já a culpa em abstrato terá que se aferir tendo em conta um médico da mesma categoria a que pertence aquele concreto médico⁸⁷, avaliando-se as circunstâncias do caso, *i.e.*, o tipo de atividade em causa e o condicionalismo da situação que ladeou a displicência e leviandade da atuação hospitalar.⁸⁸

(iv) Mas certo é que a tónica da responsabilidade civil está na reparação do dano, que para a conceção comum representa a supressão de uma vantagem assegurada pelo Direito⁸⁹. Haverá, portanto, a modificação de uma esfera jurídica, um *antes* e um *depois* do sujeito⁹⁰. Daqui se conclui, parece-nos, que só será de reparar o dano suportado pelo nascituro se se lhe reconhecer a titularidade de uma vantagem já existente na sua esfera jurídica ao tempo da supressão. *In radice*, deparamo-nos de novo com o dilema da atribuição de personalidade jurídica ao feto, que muito já nos ocupou.

De facto, e permitindo-nos transcrever as palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO⁹¹,

“a Responsabilidade Civil supõe a violação ilícita do direito de outrem (artigo 483.º) e portanto uma personalidade contemporânea da lesão. Se não havia terceiro no momento da prática do facto ilícito, nenhum dever de indemnizar se formou. (...) Não é o eventual posterior nascimento de uma pessoa deformada que cria do nada este dever de indemnizar.”

Apesar de concordarmos com a proposição inicial⁹², não podemos acompanhar o autor nesta sua última ilação, até porque a responsabilidade civil pode também supor a

no âmbito da responsabilidade aquiliana (artigo 487.º/1 do C.C.). Já no âmbito da responsabilidade contratual opera uma inversão do ónus da prova (artigo 799.º/1 do C.C.), passando esta a recair sobre o médico lesante.

⁸⁷ HENRIQUES GASPAR, “A responsabilidade civil do médico”, *in* *CJ*, Ano III, Tomo I, 1978, p. 346. Cfr., igualmente, RUTE PEDRO, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 128 e Ac. do STJ de 15-12-2011 (ÁLVARO RODRIGUES).

⁸⁸ Como o sejam a urgência do caso, a qualidade e quantidade de instrumentos disponíveis, etc. Mais aprofundadamente, *vd.* BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento de Obrigações*, 2.^a Ed. (Revista e Atualizada), Universidade Católica Editora, Porto, 2017, pp. 291 e ss.

⁸⁹ Ou, como define MENEZES LEITÃO (*op. cit.*, p. 297), “a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica”. Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de dano e do “*harm principle*” desenvolvido por STUART MILL, *vd.* ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁰ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, “A Proteção Juscivil da Vida Pré-Natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião”, *in* *ROA*, Vol. I/IV, Ano 70, 2010, p. 7. Não serão indemnizáveis, no sentido exposto, as hipóteses de uma deficiência originária, já que nesses casos o sujeito *nunca foi de outro modo*. No caso, imaginemos, de uma deficiência congénita ou de infeção desde o momento da conceção pelo vírus da SIDA transmitido pela gestante, intervirá o direito da segurança social para garantir a assistência da criança, mas não se pode fundar diretamente nenhuma obrigação de indemnização na lesão ilícita da posição do sujeito.

⁹¹ No mesmo sentido, *vd.* Ac. STJ de 17-02-2009 (HÉLDER ROQUE).

⁹² Com efeito, quando a ilicitude consiste na violação de direito de outrem, esse “outrem” tem de existir ao tempo da ilicitude.

violação de uma norma legal destinada a proteger interesses alheios. Ora, nesse caso, concebe-se facilmente a formação de um dever de indemnizar mesmo quando existe tão “só” um ser, ainda não formado totalmente, mas que continua a ser uma *vida humana*, que sofre um dano – basta que nele venha a verificar-se um dano (adequadamente causado pelo facto ilícito culposos), que pode ocorrer antes de ele existir mas que só se materializa⁹³ numa realidade atendível pelo Direito num momento posterior (o do nascimento). E só aí, claro, se formará na esfera jurídica do lesante a sua obrigação de indemnizar, apesar de o dano já estar a ser suportado pelo nascituro.

Aliás, ÓRFÃO GONÇALVES⁹⁴ coloca antes a tónica na contemporaneidade do ato ilícito e da lesão - “o ato ilícito pode existir sem haver personalidade jurídica, e repercutir-se depois numa pessoa, causando o dano. (...) Ato ilícito e lesão podem diferir – e muito – no tempo: o suficiente para o aparecimento daquele que vai precisamente ser o lesado.”

Deste modo, e perante os dados legais de que dispomos, percebemos que verdadeiramente indispensável para a tutela ressarcitória do sujeito é a afirmação da sua personalidade ao tempo da lesão, que é o mesmo que dizer, quando o dano se consubstancia, como resultado do facto ilícito que lhe dá origem.

Importa, neste ponto, aludir ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-04-2014⁹⁵ que, baseando-se no Voto de Vencido do Exmo. Juiz Conselheiro MÁRIO CRUZ aposto ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-02-2009, reconhece que:

“Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão, uma vez que (i) nos Estados de Direito contemporâneo é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos atos se produzem a longo prazo (de que são exemplo as doenças cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica), (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o “nexo umbilical” que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro.”

⁹³ Aliás, normalmente, o prejuízo que o nascido quer ver ressarcido é essa deficiência na projeção que ela tem na sua vida atual ou futura.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 532.

⁹⁵ Acórdão anotado por SÓNIA MOREIRA, em “O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores: Anotação ao Acórdão do STJ de 3.4.2014, Proc. 436/07”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 50, 2015, pp. 63-87.

Se tal conclusão não constitui um entrave à formação do direito indemnizatório do nascituro quando este efetivamente nasça com vida, para os casos em que da sua lesão resulte a morte, a dificuldade é óbvia, já que nunca chega a existir personalidade jurídica, nos termos do artigo 66.º/1 do C.C.⁹⁶

No que tange às ações de *wrongful life*, colocou-se a possibilidade de configurar o ato do nascimento ou a própria vida enquanto “dano”⁹⁷ – o problema em presença passa, em última análise, por saber se o Direito tutela um eventual interesse na morte. Teríamos, na verdade, que avaliar o dano consoante a diferença entre a situação atual do lesado e a situação em que estaria não fosse a ocorrência do facto lesivo⁹⁸ (noutras palavras, de um lado teríamos a *vida* e do outro a *não vida*, a não existência). Tudo isto contende com a premissa constitucional da (in)disponibilidade ou irredutibilidade da vida humana, um dos argumentos mais aproveitados para sustentar a improcedência destas ações. Contudo, há que notar que não se discute aqui o *ser* ou o *não ser*, mas sim o *sê-lo naquelas condições*.

Naturalmente, a ordem jurídica portuguesa foi confrontada com estas pretensões indemnizatórias, tendo sido o Supremo Tribunal de Justiça interpelado a pronunciar-se por duas ocasiões: a primeira em 2001⁹⁹ e a segunda em 2013¹⁰⁰. Ambas foram decididas no sentido negativo, de rejeição da pretensão indemnizatória da criança, seguindo assim a posição adotada pela maioria da jurisprudência estrangeira e não divergindo do escrito no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016¹⁰¹, que, em termos mais gerais, aponta o seguinte:

“Temos de reconhecer, com humildade, que as contradições de valores pré e pós-natais tornam impossível uma solução científica e sistematicamente conforme. Procurar uma saída na relativização do próprio ser humano não é dogmaticamente possível nem eticamente

⁹⁶ Ocupar-nos-emos adiante deste cenário, a propósito do artigo 496.º/2 do C.C. e da possibilidade de concessão de indemnização a favor dos pais.

⁹⁷ Leia-se, a título de exemplo, o Ac. do STJ de 19-06-2001. *Vd.* ainda *RLJ*, Ano 134.º, n.º 3933, pp. 371 e ss., com anotação de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO.

⁹⁸ A existência do dano avalia-se através do *counterfactual test*, *i.e.*, da comparação entre a situação atual da pessoa afetada com aquela outra em que ela se encontraria caso o autor da conduta não tivesse atuado como atuou – a chamada “situação atual virtual”.

⁹⁹ Ac. do STJ de 19-06-2001 (PINTO MONTEIRO) – o autor, menor, representado pelos seus pais, pede a condenação dos réus (*in casu*, o médico e o gabinete de radiologia) no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, dado ter nascido com irreversíveis malformações nas duas pernas e na mão direita.

¹⁰⁰ Ac. do STJ de 17-01-2013 (ANA PAULA BOULAROT) – à semelhança do caso anterior, uma criança nasceu com graves malformações, designadamente sem mãos nem braços, deformações nos pés, na língua, no nariz, nas orelhas e na mandíbula. No decorrer da gravidez, a mãe sempre realizou as ecografias que lhe foram requisitadas, período ao longo da qual lhe foi sempre informado que o bebé era perfeitamente saudável. A verdade é que a mãe gerava um feto com profundas deficiências sem que disso tivesse conhecimento, o que naturalmente lhe retirou a possibilidade de optar pela IVG e que fez com que instaurasse uma ação judicial contra os médicos, tanto em nome próprio (*wrongful birth*), bem como em nome da criança (*wrongful life*).

¹⁰¹ Proc. n.º 662/15.

imaginável. A solução está noutra latitude: o alargamento dos escopos de responsabilidade civil e a tutela da confiança na execução dos contratos levam-nos a propender para um direito dos pais a uma indemnização, por violação do contrato e do dever de informar.”

(v) Igualmente decisivo para o êxito da pretensão indemnizatória do nascituro será o estabelecimento da causalidade entre o facto danoso e a lesão sofrida às mãos de outrem.

A doutrina maioritária¹⁰² avalia a relação causa/efeito à luz da teoria da causalidade adequada (artigo 563.º do C.C.) - determinada ação ou omissão é causa de um dano sempre que seja abstratamente adequada a produzi-lo. Essa adequação abstrata é avaliada através de um juízo de prognose póstuma, tendo em conta as regras da experiência comum e o curso normal dos acontecimentos. A mencionada teoria pode também ser perspectivada na sua formulação negativa e, assim, o facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre de todo inadequado à sua verificação e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais.¹⁰³

No que concerne ao nascituro, a grande dificuldade que este requisito comporta diz respeito à prova da conexão causal concreta, dado que podem ter, entretanto, ocorrido outros fatores causais, ainda que seja possível estabelecer na teoria uma relação de causalidade adequada entre a conduta ilícita e o dano.

No nosso entender, deve ser admitida não só a concausalidade (em detrimento da exigência de exclusividade), como também a possibilidade de causalidade indireta ou mediata¹⁰⁴ - quer isto dizer que, por um lado, nada impediria que a conduta do lesante concorresse com outras igualmente suscetíveis de conduzir ao mesmo resultado e, por outro, que subsistisse o nexos de causalidade quando o facto ilícito não produz ele mesmo o dano, mas é causa adequada de outro facto que o produz¹⁰⁵.

3.4. DA QUESTÃO DO DANO DA MORTE DO NASCITURO JÁ CONCEBIDO

A fixação do montante de indemnização deve resultar, para além do dano sofrido pelo lesado, da ponderação de fatores como a culpa do lesante e as suas condições económicas (artigo 494.º, *ex vi* do artigo 496.º, n.º 3 do C.C.), de modo a que a indemnização funcione como uma sanção proporcionada ao comportamento danoso.

Entre as circunstâncias do caso que influenciam o valor da indemnização, figurará

¹⁰² MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 312-313; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. 1, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 578-579.

¹⁰³ Cfr. Ac. do TRL de 10-01-2012 e Acs. do STJ de 17-01-2013, de 07-10-2010 e de 03-03-2005.

¹⁰⁴ Cfr. Ac. do STJ de 07-04-2005.

¹⁰⁵ *Vd.* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 579.

seguramente o tempo de vida do feto¹⁰⁶, como instrumento de medição da viabilidade do seu trajeto rumo à autonomia biológica.

Quanto ao dano da morte, a doutrina majoritária subscreve o entendimento de que é um dano não mensurável, pois não pode comparar-se a vida com qualquer outro bem cujo valor seja conhecido e que possa constituir a sua contrapartida. O valor da vida é, noutra perspetiva, igual para todas as pessoas, pelo que a indemnização não deve aferir-se pelo custo da vida humana para a sociedade ou para os parentes da vítima, nem para os que dela dependem, mas sim pelo valor da vida para a vítima enquanto *ser*.¹⁰⁷

Num discurso jurídico aparentemente coerente com a posição que o nosso Direito Civil reserva ao nascituro, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu uma multiplicidade de decisões referentes a pedidos cíveis, deduzidos na sua maioria pelos pais do nascituro, em que se contemplava a indemnização do dano autónomo da perda de vida¹⁰⁸ do feto. São os casos dos Acórdãos do STJ de 09-10-2008¹⁰⁹, em que uma mulher, vítima de um acidente de viação na sequência do qual abortou, pretendia obter uma quantia compensatória¹¹⁰ pelo dano da morte do feto, tendo o Tribunal apenas condenado à Ré o pagamento de uma indemnização pelos danos morais sofridos em resultado do acidente, estando aí incluídos “as dores, angústias, tristezas, falta de vontade de viver, ansiedade, vazio existencial e carência afetiva que sofreu e irá sofrer, por ter perdido o filho que tanto desejava” ou do Acórdão do STJ de 21-09-2006¹¹¹, tendo igual pretensão, desta feita, partido dos pais de uma jovem grávida de seis meses, vítima de homicídio às mãos do pai da criança – também aqui se decidiu pelo mesmo, alertando-se ainda para as complicações advindas da titularidade da indemnização, tendo-se inquirido:

“Mas o feto é centro autónomo de direitos patrimoniais? E transmitir-se-iam a quem? Aos

¹⁰⁶ O legislador espanhol estabelece mesmo tabelas indemnizatórias consagrando variáveis de montantes fixos determinados em função do mês de gravidez.

¹⁰⁷ Sabido é que os tribunais têm fixado indemnizações pelo dano da morte com carácter meramente simbólico, não ultrapassando normalmente os escassos milhares de euros.

¹⁰⁸ Para uma leitura mais extensa das implicações do “*pretium mortis*”, *vd.* LEITE DE CAMPOS, *A Indemnização do Dano da Morte*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coord. de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, 2012, pp. 207 e 208; ADRIANO DE CUPIS, *Il Danno, Teoria generale della responsabilità civile, I*, Milano, Giuffrè Editore, 1971, pp. 61 e 62 e MARCO ROSSETTI, *Il Danno da Lesione della Salute*, CEDAM, 2001, pp. 819 e ss.

¹⁰⁹ Publicado na CJ, Ano XVI, Tomo III, p. 59.

¹¹⁰ Aluda-se aqui à Portaria n.º 377/2008, de 26-05-2008, atualizada pela Portaria n.º 679/2009, de 25-06-2009, ambas publicadas em Diário da República. Fixam as mesmas os critérios para os procedimentos de apresentação de proposta razoável aos lesados por acidente de automóvel, em particular no que diz respeito à valorização do dano corporal.

¹¹¹ Proc. n.º 06P1575.

ascendentes da mãe, por um lado, uma vez que esta perdeu a vida (antes, ao mesmo tempo ou depois do feto?) e eventualmente aos descendentes do pai, por incapacidade deste (artigos 234.º e 239.º do C.C.)?”.

Entendeu-se, então, que era impossível reconhecer ao feto um direito à vida suscetível de ser indemnizado, uma vez que (regressando ao universo das nossas preocupações) ele tinha perecido antes sequer de adquirir a qualidade de pessoa jurídica, não podendo ser titular de qualquer direito.

Esta é, sabe-se, a hesitação que sempre pautou a admissibilidade do dano da morte¹¹² em termos mais latos, e que melindrou a comunidade jurídica¹¹³ à conta do raciocínio lógico quase inultrapassável que CURA MARIANO¹¹⁴ perentoriamente reproduz – “se o dano da morte só ocorre no preciso momento em que a vida desaparece, o lesado nessa altura já não dispõe de capacidade jurídica para adquirir direitos.”

Contudo, com a introdução do artigo 496.º/2 pretendeu-se, como pleiteia ANTUNES VARELA, atribuir um direito de indemnização de origem¹¹⁵, pelos danos não patrimoniais causados à vítima da lesão mortal, incluindo a própria supressão da vida.

Com efeito, as expressões “por morte da vítima” e “danos não patrimoniais sofridos pela vítima” dos números 2 e 3 do artigo 496.º do C.C. podem perfeitamente abranger a situação desses nascituros, os quais se encontram englobados no conceito de “vítima”.

Ora, esta posição de reconhecimento de um direito de indemnização autónomo pelo dano da perda do bem vida, superando assim o obstáculo de o desaparecimento da pessoa ocorrer simultaneamente com a verificação do dano que se quer ver ressarcido, aproveita naturalmente à condição do nascituro, sendo hoje quase irrefutável¹¹⁶ que o dano da morte justifica o arbitramento de uma indemnização específica¹¹⁷.

¹¹² A polémica transparecia já do Anteprojecto Geral de VAZ SERRA sobre o “Direito das Obrigações” para o actual Código Civil, onde no artigo 759.º/4 se previa que “o direito de satisfação por danos não patrimoniais causados à vítima transmite-se aos herdeiros desta, mesmo que o facto lesivo tenha causado a sua morte e esta seja instantânea”, e que se manteve no artigo 476.º/2 do Anteprojecto saído da 1.ª Revisão Ministerial.

¹¹³ Em geral, ao serem confrontados com a questão, os tribunais optavam por fixar indemnizações a favor dos herdeiros ou das pessoas legalmente designadas para o efeito; por negar terminantemente a possibilidade de constituição desse direito de indemnização; ou por seguir o entendimento segundo o qual o direito se transmitia por morte aos seus sucessores (vd. os Acórdãos do STJ de 15-02-1952, no BMJ, n.º 29, p. 355, e de 17-03-1959, no BMJ, n.º 85, p. 629). RITA LOBO XAVIER (*op. cit.*, p. 80) sugere ainda a atribuição deste direito apenas à mãe da criança, atendendo à dependência biológica do nascituro concebido em relação à progenitora.

¹¹⁴ CURA MARIANO, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁵ A inconstitucionalidade da limitação do universo das pessoas que poderão receber uma indemnização pelo dano de morte resultante da enumeração efetuada pelo artigo 496.º/3 do C.C. foi defendida com alguma pertinência pelo Exmo. Juiz Conselheiro MÁRIO TORRES, em Voto de Vencido aposto no Ac. n.º 86/2007 do TC.

¹¹⁶ Veja-se o Ac. do TRC de 29-01-2013. Contrariamente, vd. os Acs. do STJ de 21-09-2006 e 09-10-2008.

¹¹⁷ Quanto ao montante de indemnização, “a morte é o prejuízo supremo, envolvendo a desaparecimento do ser humano. A destruição do bem vida envolve a destruição de todos os outros bens da personalidade: o feto nunca

Aliás, note-se que o instituto da responsabilidade civil não tem deixado de intervir em dimensões, diga-se, menos exigentes da vida intrauterina, tutelando a integridade física do feto e reconhecendo um direito de indemnização¹¹⁸ por ofensas corporais – desde que este consiga nascer, atribui-se-lhe o direito de reclamar uma indemnização pelas ofensas sofridas antes do nascimento. Ora, se a agressão tivesse sido de menor gravidade e o feto tivesse vindo a nascer, poderia, pois, demandar judicialmente o agressor pelos danos materiais e morais sofridos, pelo que não faz qualquer sentido que, tendo a agressão sido letal, não possa exercitar o seu direito, por não ter chegado sequer a existir.

Como repara RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA¹¹⁹, “seria premiado o assassino mais eficaz que causasse a morte do concebido, face ao agressor que tão só lhe produzisse danos corporais.” - implicitamente, a falta de intervenção da responsabilidade civil na lesão do bem *vida* resultaria num défice incomportável de proteção que a ordem jurídica não pode admitir.

Além disso, este dano também poderia ser considerado obrigatoriamente indemnizável, face ao princípio estruturante do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição, do qual se colhe um direito geral à reparação dos danos, de que são expressão particular os direitos de indemnização previstos nos artigos 22.º, 37.º/4, 60.º/1 e 62.º/2 da Constituição, como assinalam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²⁰.

3.5. O CASO MAIS ESPECÍFICO DA POSSÍVEL APLICAÇÃO DO ARTIGO 496.º, 3 DO CÓDIGO CIVIL À COMPENSAÇÃO POR MORTE DO PROGENITOR

Cumpre-nos ainda indagar se o nascituro é titular originário de um direito de indemnização, por danos não patrimoniais, provenientes da morte do seu pai, contra o autor de facto ilícito correspondente, à margem do fenómeno sucessório da herança da vítima.

Como sabemos, indemnizar é reconstituir ou reparar a ofensa trazida a um concreto direito subjetivo, *diretamente* lesado pelo facto ilícito. Porém, excecionalmente¹²¹, concede-

fruirá dos prazeres dos sentidos, da razão, do movimento, dos sentimentos, etc. [...] O montante de indemnização do dano da morte deve ser, pois, superior à soma dos montantes de todos os outros danos não patrimoniais”. (DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Os danos causados pela morte...*, p. 137).

¹¹⁸ Defendendo a ressarcibilidade destes danos, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 633-634 e MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 201-202.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 272, nota 673.

¹²⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4.ª Ed. Revista, Coimbra, 2014, p. 324.

¹²¹ Dado existir o princípio geral de exclusão de ressarcimento do dano mediato, indireto ou por reflexo – a sucessão de factos conducentes ao dano a indemnizar deve manter-se dentro do âmbito restrito de proteção dessa norma, sem estar dependente da casualidade de ao mesmo tempo ser infringida lei destinada a proteger uma esfera jurídica completamente distinta.

se o direito de indemnização a terceiros, mediata ou imediatamente lesados, sendo o artigo 496.º/3 do Código Civil um desses segmentos normativos. Os números 2 e 4 do artigo 496.º atribuem aos familiares da vítima abrangidos pela enumeração legal, e segundo a ordem indicada, direito a compensação pelos danos não patrimoniais próprios que tenham sofrido com a morte¹²² daquela, por se reconhecer que à proximidade do vínculo familiar corresponderá a existência de estreitos laços de afeição.

A propósito desta concreta questão, a nossa opinião espelha-se com precisão no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-04-2014¹²³, cujo sumário se passa, *data venia*, a transcrever:

“Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional de igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai e outro ter nascido apenas depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respetivamente, a compensação por danos não patrimoniais decorrentes da morte do seu pai”.

Convoca-se ainda uma brevíssima, mas elucidativa passagem do Acórdão do STJ de 08-05-2008¹²⁴, relativamente a um caso similar, doutamente relatado pelo Exmo. Juiz Conselheiro SERRA BAPTISTA, que refletiu que:

“Serão desgostos bem diferentes, estamos certos, o sofrido pela perda do progenitor que bem se conhecia, que se estimava e em quem se via, em princípio, um inestimável e inesquecível apoio ou aquele outro trazido pela ausência do progenitor, que nunca se chegou a conhecer, com as inerentes angústias que advirão de tal irreversível vazio que também, com certeza, perdurará pela vida fora.”

Conciliando com o artigo 66.º/2 do C.C., quando a lei prevê casos específicos em que reconhece direitos aos nascituros, não está a afastar, por exclusão de partes, a

¹²² Merecedores da tutela do direito não são apenas os danos não patrimoniais provenientes da morte da vítima (hipótese especialmente contemplada nos números 2 a 4 do artigo) ou de lesão corporal – admite-se a indemnização de danos não patrimoniais, desde que graves, resultantes da violação de outros direitos de personalidade, como a saúde, a liberdade, a honra, a autodeterminação sexual, a vida privada ou a imagem.

¹²³ Em sentido contrário, veja-se, por exemplo, o Ac. do STJ de 09-10-2008 e, entre outros, o Ac. do TRP de 13-04-1989 (ARAGÃO SEIA), no proc. n.º 0023761, *in CJ*, 1989, II, pp. 221 e ss.: "os nascituros não têm direito a indemnização por danos morais próprios, mas poderão vir a tê-lo como herdeiros, pela perda do direito à vida do de *cujus*". Dito doutro modo, a lei apenas reconhece expressamente aos nascituros a respetiva capacidade sucessória, pelo que se os danos não patrimoniais da vítima mortal se transmitirem por essa via, o nascituro poderá sempre receber a indemnização como seu sucessor.

¹²⁴ Proc. n.º 08B726.

possibilidade de aplicação aos nascituros dos direitos que na lei surgem como próprios dos filhos - não há razão para criar distinções onde a lei não distingue (*ubi lex non distinguit, necque nos distinguere licet*).

Nas antípodas, encontramos quem considere que o legislador estatuiu, no artigo 66.º/2 do C.C., que “*os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*” e não que “*os direitos dos nascituros dependem do seu nascimento*”, o que significa que comprimiu o feixe desses direitos, que não quis alargar, indiscriminadamente, a qualquer situação, e que não confundiu o conceito de nascituro com o conceito de filho.¹²⁵

Acresce que o artigo 26.º da Constituição, reconhecendo a todos o direito à identidade pessoal, não estaria a ser cumprido, se se interpretasse o artigo 496.º/3 do C.C. de uma forma limitativa, atribuindo o direito de indemnização por danos não patrimoniais aos *filhos* que já tenham nascido e não aos *filhos* que estejam apenas concebidos, mesmo que nasçam com meras horas de diferença. Violaria, por outro lado, também, o direito constitucional de igualdade em que são colocados os descendentes no mesmo grau, do mesmo progenitor, relativamente ao enunciado direito, sendo certo que tanto um como outro provêm das mesmas pessoas e que a identidade física do filho nascido é a mesma do filho nascituro enquanto contido no ventre materno, e que se desenvolve ininterruptamente desde a concepção. De trazer à colação os artigos 13.º, 24.º, 25.º da Constituição que, em nosso entender, sustentam a posição aqui plasmada¹²⁶, de que a letra da lei parece ter latitude bastante para admitir a inclusão dos filhos ainda não nascidos no conceito de “filhos” para efeitos do artigo.

CONCLUSÕES

É incumbência do Direito compor variadíssimos conflitos de interesses, atendendo às funções essenciais da justiça e igualdade social.

O ordenamento jurídico português confere alguma proteção ao nascituro – e até ao concepturo – mas (com exceção das limitações legais à ilicitude da interrupção voluntária da gravidez), fá-la depender do posterior nascimento completo e com vida.

Não é descabido falar de um *deficit* personalista no direito da codificação civil

¹²⁵ *Vd.* Ac. do STJ de 03-04-2014.

¹²⁶ Em sentido contrário, pronuncia-se o Ac. do STJ de 17-02-2009 - “a desigualdade do tratamento normativo entre filhos e nascituros tem como fronteira e razão determinante o acontecimento mais marcante do ser humano, que é o seu nascimento”.

relativamente ao estatuto do nascituro: nega-se-lhe a subjetividade jurídica, procura-se resolver, *tant bien que mal*, algumas situações do foro patrimonial, mas deixa-se desprotegido quanto aos bens essenciais e prioritários da personalidade. E apesar do reforço, nas Constituições, da afirmação do princípio da dignidade humana (cfr. artigo 1.º da Constituição Portuguesa) e da tutela dispensada aos “direitos humanos” (artigos 12.º e ss.), e.g., à vida, integridade física e à saúde, o ser humano embrionário exposto, crescentemente, a novas formas de agressão, vê-se privado do necessário amparo da lei.

No nosso entender, o simples facto de se considerar que a vida intrauterina é uma das etapas da vida humana abrangida pela existência da sua inviolabilidade é suficiente para reclamar da ordem jurídica infraconstitucional a adoção de medidas que a protejam e tutelem, não estando portanto dependente de um reconhecimento de um direito à vida do nascituro concebido.

Referindo-nos às palavras de LEITE DE CAMPOS¹²⁷,

“a personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muito jovens, muito idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para a sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos esses «seres humanos o são», são pessoas.”

Creemos que a definição de um prazo dentro do qual o feto não receberia qualquer proteção legal e de um momento (sistema nervoso, córtex cerebral ou viabilidade) a partir do qual representaria um valor merecedor de tutela jurídica tem um sentido arbitrário e subjetivo, pois a vida humana é um processo e qualquer divisão dentro desse processo é sempre discutível, não só de um ponto de vista ético mas também científico – o surgimento da vida é um processo sem descontinuidades (*natura non facit saltus*). Com efeito, o feto é sede de vida humana e desenvolve-se ininterruptamente desde a concepção. É, por isso, naturalmente dotado de personalidade, personalidade essa que se impõe à ordem jurídica e que não cabe a esta negar.

As posições do Supremo Tribunal de Justiça sobre a questão não permitem considerar ainda a existência de correntes jurisprudenciais consolidadas ou trabalhadas, que conflituem em coincidência temporal e que revelem oposição com consistência para

¹²⁷ “A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Pessoa Humana e Direito*, 2009, p. 51.

permitir formar um juízo sobre a inviabilidade de estabilização de um determinado entendimento.

As concepções tradicionais de justiça das sociedades antigas alicerçavam-se no pensamento de que o dano injustamente suportado, decorrente da violação de um dever genérico ou da desobediência a um preceito legal, faria corresponder à outra parte o direito de exigir corporalmente do dever a satisfação da ofensa – assim previa a Lei de Talião, *olho por olho, dente por dente*. Embora não seja nestes termos exatos que estas ideias perpassaram para o Direito atual, certo é que é preocupação do nosso legislador a reposição do *status* do lesado, forjando-se daí todo um sistema intrincado de responsabilidade civil.

Precisamente quanto à idoneidade deste instituto, é nossa convicta opinião que devem ser aproveitadas todas as suas virtualidades - não podemos partir de uma negação apriorística da aptidão da responsabilidade civil para responder ao problema da indemnização devida aos nascituros, impondo-se antes, cautelosamente, uma análise dos seus pressupostos.

No tocante à ilicitude contratual, constatamos que a relação médico-paciente é hoje entendida como uma relação contratual de prestação de serviços, de onde facilmente emergem vicissitudes legalmente relevantes, especialmente ligadas ao incumprimento dos deveres de informação e de consentimento e de violação das *legis artis*, e que podem ser geradoras da obrigação de indemnizar. Equacionamos também, com interesse elevado nas hipóteses de *wrongful life*, o recurso ao contrato com eficácia de proteção para terceiros, de modo a incluir a criança e o progenitor no âmbito de proteção do contrato celebrado entre a mãe e o médico, expediente que nos parece perfeitamente admissível e útil para a questão em apreço.

Nas situações em que a responsabilidade civil contratual não opera, averiguamos a ilicitude no âmbito da responsabilidade aquiliana, que tanto se pode reportar à violação de um direito absoluto, como à de um interesse legalmente protegido, dando margem para que o Direito atue, impondo a reparação do dano a quem atuou imprudentemente. Relativamente à culpa, entendemos não ser o requisito crucial para a aferição da admissibilidade deste tipo de pretensões do nascituro, apesar das questões que levanta no campo da responsabilidade médica em geral, sendo relativamente simples reconhecer a negligência da atuação danosa.

No que concerne ao dano, são várias as interrogações que se colocam quanto à exigência de simultaneidade temporal entre a lesão causada e o direito passível de ser

lesável, acolhendo nós o entendimento de que não há necessidade de que o dano ocorra imediatamente, apenas que haja uma conexão que permita afirmar que *aquela* efeito danoso decorreu por via *daquela* conduta lesiva. Quanto à sua ressarcibilidade, socorremo-nos do *contrafactual test*, para uma comparação da vida saudável à vida naquelas condições (e nunca à *não vida*). Assim sendo, são os danos patrimoniais e não patrimoniais advenientes daquelas condições os que deverão ser ressarcidos.

Por fim, para afirmação do nexo de causalidade é necessária a consideração da teoria da causalidade adequada, também na sua formulação negativa, e da admissibilidade da existência de nexo de causalidade indiretos e concorrentes.

Como tivemos a intenção de demonstrar, não constituirá, *a priori*, um óbice à concessão de uma indemnização ao feto por danos perpetrados antes do seu nascimento, o facto de, à data da prática do facto ilícito, a criança ainda não ter, precisamente, nascido. Quer viva, com lesões, quer não chegue a viver, cremos que os danos que sofreu deverão ser indemnizados, podendo uma ação típica de responsabilidade civil servir os seus propósitos.

Contudo, é importante ir além da dinâmica da responsabilidade civil e decompor o que significa dotar os nascituros de força jurisdicção à luz do conjunto legal nacional. Lembra LEITE DE CAMPOS¹²⁸ que “não há que perguntar qual o valor do nascituro mas, previamente, o que é o nascituro: um ser humano, ou não? Respondido que é um ser humano, o problema fica resolvido, pois a resposta determina as conclusões.”

Espera-se que seja possível extrair do presente estudo, no plano jurídico (onde as divergências se dão), algum contributo para a compreensão das matérias nele abordadas, que se prevê que continuem a ser, futuramente, objeto de reflexão e de discussão.

É inadiável a formulação de prescrições normativas mais transparentes para dar resposta às interrogações que este tema, tão contemporâneo quanto fértil nas suas perspetivas de análise, potencia.

¹²⁸ LEITE DE CAMPOS, “O Estatuto Jurídico do Nascituro”, *in ROA*, 1997, p. 8.

BIBLIOGRAFIA E LISTAGEM DE JURISPRUDÊNCIA

ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. SOUSA RIBEIRO / J. SINDE MONTEIRO / ALMENO DE SÁ / J.C. BRANDÃO PROENÇA, com base nas Lições), Edição policopiada, Coimbra, 1983, p. 209.

ANDRADE, MANUEL DE, *Esboço de um anteprojecto de Código das Pessoas e da Família*, no B.M.J., n.º 102, p. 153.

ARAÚJO, FERNANDO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 100.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVERA, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I, Introdução, As pessoas, Os Bens*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 42-48.

-, “Direito e Bioética”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, pp. 14 e 20-21.

BARBAS, STELA, *Direito ao Património Genético*, Reimpressão da Edição de 1998, Almedina, 2006, pp. 73-74 e 235-246.

BARBAS, STELA / CAMPOS, DIOGO LEITE DE, “O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, 2001, pp. 1257-1268.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, in *Ab Instantia*, n.º 7, 2017, pp. 34 e ss.

-, “Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Imprensa da Universidade, 2011, pp. 559-576.

BASTOS, JACINTO RODRIGUES, *Das Obrigações Em Geral*, Volume II, Tip. Guerra, Lisboa, 1972.

-, *Notas ao Código Civil*, Volume I, Edição de 1987, Almedina, pp. 107-108.

BOULAROT, ANA PAULA, “A Tutela Geral e Especial da Personalidade Humana”, in *Coleção Formação Contínua, e-book* do CEJ, 2017, pp. 9-81.

BOTELHO, CATARINA SANTOS, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Dezembro de 2018.

BRITO, DIOGO LORENA, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Publicações da Universidade Católica, Porto, 2007.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *A Indemnização do Dano da Morte*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980.

-, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, 2012, pp. 511-514.

-, *Nós – Estudos Sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Lisboa, 2004.

-, “O Estatuto Jurídico do Nascituro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1997, p. 8.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL MARTINS, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4.ª Edição, Revista - Reimpressão, Coimbra, 2014, p. 324.

CARNEIRO, MANUEL BORGES, *Direito Civil de Portugal, Volume I*, Edição de 1826, Lisboa, p. 65.

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil* (coordenação de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA), Coimbra Editora, 2012, pp. 207 e 208.

CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, “Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro”, in *O Direito*, Lisboa, 1998.

-, “O Nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no Direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume I, Almedina, 2000.

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA, *A Constituição e Crime, Uma Perspetiva de Criminalização e de Descriminalização*, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa, 1994, pp. 217 e ss.

COELHO, GUILHERME PEREIRA, *Direito das Sucessões, Lições ao Curso de 1973-1974*, Coimbra, 1992, pp. 192-193.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro I, Tomo III, Edição de 2004, Almedina, pp. 293-306.

-, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II, Tomo II, Edição de 2010, Almedina pp. 448-453.

COSMI, ERMELANDO V. / MORDINI, E., “La bioetica ed i diritti del nascituro”, *in Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, CEDAM, 1996, p. 123.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 4ª Edição, Almedina, 1990, pp. 356 e ss.

CUPIS, ADRIANO DE, *Il Danno, Teoria generale della responsabilità civile, I*, Milano, Giuffrè Editore, 1971, pp. 61 e 62.

DEUTSCH, ERWIN / SPICKHOFF, ANDREAS, *Medizinrecht: arztrecht, arzneimittelrecht, medizinproduktrecht und transfusionsrecht*, 7.ª Edição, Berlin Heidelberg, Springer, 2014, p. 430, n.º 674.

DIAS, ÁLVARO, *Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*, Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2001, p. 502.

-, “Procriação Medicamente Assistida, Dignidade e Vida”, *in Ab Uno Ad Omnes*, 75 Anos da Coimbra Editora, 1998, p. 138.

ESTAL, GABRIEL DEL, *Derecho a la vida e institución familiar, Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución Española*, EAPSA, Madrid, 1979, pp. 57-64.

FEINBERG, JOEL, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, *in SP&P*, Volume 4, Ed. 1, 1986, pp. 154-155.

FERNANDES, GABRIELA PÁRIS, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Dezembro de 2018, pp. 389 e ss.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Volume I*, 3ª Edição da Universidade Católica, 2012, pp. 193-199.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, Volume I, 2008.

-, “A Proteção Juscivil da Vida Pré-Natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião”, *in R.O.A.*, ano 70, Volume I/IV, 2010.

-, “Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Auto-Estradas”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, Volume II, Setembro de 2005, p. 6.

-, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causado a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 91-92.

GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES, “A responsabilidade civil do médico”, *in CJ*, Ano III, Tomo I, 1978, p. 346.

GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, “Da Personalidade Jurídica do Nascituro”, *in RFDUL*, 2000, pp. 532-539.

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil Em Comentário Ao Código Civil Português*, Volume XI, Coimbra Editora, 1936, pp. 176-182 e 418.

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2014, pp. 95 e ss.

HÖRSTER, HEINRICH, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, 2017, pp. 293-296.

JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *Direito Privado Romano I, Parte Geral (Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos)*, Edição de 2000, Coimbra Editora, p. 105-107.

KASER, MAX, *Direito Privado Romano*, Edição de 1999, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 101.

LARENZ, KARL / WOLF, MANFRED, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, §5, C.H. Beck, München, 1972, p. 79.

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Edição de 2009, Almedina, pp. 246 e ss.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Volume I, Introdução, Da Constituição das Obrigações*, 13.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 304 e ss.

-, “O Dano da Vida”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 02 – Especial, 2012, pp. 3 e ss.

LIMA, ANTÓNIO PIRES DE / VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Volume 1, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 578-579.

MARIANO, JOÃO CURA, “A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, 2012, Coimbra Editora, pp. 93-112.

MARQUES, JOSÉ DIAS, *Código Civil Anotado*, Edição de 1968, Petrony, Lisboa, p. 23.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Edição de 1978, AAFDL, pp. 103-109.

MIRANDA, JORGE, “Aborto: Debates Parlamentares”, in *Textos do Colóquio “O*

Aborto e os Direitos Humanos, um Projeto, Uma Experiência”, Universidade Católica, Coleção Estudos e Ensaios, 1985, p. 25.

MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Lições de Direito Civil*, Edições Almedina, 1995, pp. 253-257.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, 2001, pp. 371 e ss.

-, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1985, pp. 425-437.

MOREIRA, EVA SÓNIA DA SILVA, “O Direito (?) Constitucional À Vida do Embrião”, in *Direito na Lusofonia, Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Volume II, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp- 175-182.

- “O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores: Anotação ao Acórdão do STJ de 3.4.2014, Proc. 436/07”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 50, 2015, pp. 63-87.

PALMERINI, ERICA, “Il Concepito e Il Danno Non Patrimoniale”, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2011, pp. 1272 e ss.

PAWLOWSKI, HANS-MARTIN, *Allgemeiner Teil des B.G.B., I*, C.F. Müller, 1972, p. 61.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 128.

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 391.

PINTO, CARLOS MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 199-202.

-, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 2003, p. 411.

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Estudos de Direito das Obrigações, Contrato-Promessa, Responsabilidade Civil, Da Proporcionalidade Obrigacional*, Universidade Católica Editora, Porto, 2018.

-, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento de Obrigações*, 2ª Edição (Revista e Atualizada), Universidade Católica Editora, Porto, 2017, pp. 291 e ss.

ROCHA, MANUEL ANTÓNIO COELHO DA, *Direito Civil Portuguez*, Tomo I, Coimbra, 1848, p. 35.

-, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, 6ª Edição da Imprensa da Universidade, Lisboa, 1917, p. 35.

RODRIGUES, ÁLVARO, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *in DJ*, Volume XIV, Tomo III, 2000, p. 180.

ROSSETTI, MARCO, *Il Danno da Lesione della Salute*, CEDAM, 2001, pp. 819 e ss.

SELB, WALTER, “Schädigung des Menschen vor Geburt – ein Problem der Rechtsfähigkeit”, *in Archir für die civilistische Praxis*, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1966, pp. 76 e ss.

SERRA, ADRIANO VAZ, *Requisitos de Responsabilidade Civil*, no B.M.J., n.º 92, 1960.

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro”, *in Juris et de Jure*, Porto, 1998, pp. 173-193.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, *in DSB*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 123 e ss.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Edição de 2003, Coimbra Editora, pp. 265-281.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, 10.^a Edição da Coimbra Editora, 2010, pp. 165-167.

VARELA, JOÃO ANTUNES, “A Condição Jurídica do Embrião Perante o Direito Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume I, Almedina, 2000.

-, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 518 e ss.

-, *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966, em matéria de Responsabilidade Civil*, Volume XLVIII, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1977, pp. 77 e ss.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 29, 68 e ss.

WOLF, ERNST / NAUJOKS, HANK, *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit der Menschen*, Klostermann, 1955, pp. 83 e ss.

XAVIER, RITA LOBO, “O Direito civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no Direito português”, in *Brotéria*, Volume 147, 1998, pp. 76-84.

-, “O respeito pela vida humana não nascida e respectiva tradução no ordenamento jurídico português”, in *Actas do Colóquio em Bioética – Do Início ao Fim da Vida*, Funchal, Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 2005, pp. 139-162.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-02-1952, disponível no B.M.J., n.º 29, p. 355.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-03-1959, disponível no B.M.J., n.º 85, p. 629.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-03-1971, disponível no B.M.J., n.º 205, pp. 150 e ss.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 04-04-1984, disponível em Diário da República n.º 80/1984, Série II, p. 2982.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, de 25-06-1985, disponível em Diário da República, 2.ª Série, n.º 143, p. 5844.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-04-1989 (ARAGÃO SEIA), processo n.º 0023761, disponível em *Colectânea de Jurisprudência*, II, 1989, pp. 221 e ss.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 18-04-1998, processo n.º 340/98, disponível em Diário da República, n.º 91/1998, 1.º Suplemento, Série I-A, pp. 1714(2) - 1714(35).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-06-2001 (PINTO MONTEIRO), processo n.º 01A1008.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-05-2003 (LUCAS COELHO), processo n.º 03B535.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-02-2004 (PONCE DE LEÃO), processo n.º 03A4468.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-09-2006 (RODRIGUES DA COSTA),

processo n.º 06P1575.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, de 15-11-2006, processo n.º 924/2006.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 86/2007, de 15-05-2007, processo n.º 26/2004.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-05-2008 (SERRA BAPTISTA), processo n.º 08B726.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-10-2008, disponível em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI, Tomo III, p. 59.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-02-2009 (HÉLDER ROQUE), processo n.º 08A2124.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 357/2009, de 17-08-2009, processo n.º 969/08.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26-01-2010 (TERESA PARDAL), processo n.º 130175/08.8YIPRT.C1.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 26-03-2010, processos n.º 733/07 e 1186/07.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-10-2010 (FERREIRA DE ALMEIDA), processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-12-2011 (ÁLVARO RODRIGUES), processo n.º 912-B/2002.C1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-01-2013 (ANA PAULA BOULAROT), processo n.º 4661/07.1TBLRA.C1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-04-2014 (ÁLVARO RODRIGUES), processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1.

Acórdão do Tribunal Constitucional 55/2016, de 14-03-2016, processo n.º 662/15.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-10-2017 (LUÍS CRAVO), processo n.º 146/16.3T8MMV.C1.

As decisões jurisprudenciais portuguesas citadas estão disponíveis em www.dgsi.pt, salvo indicação expressa em contrário.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Cour de Cassation, de 17-11-2000.

Cour de Cassation, de 13-07-2001.

Cour de Cassation, de 28-11-2001.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Evans c. Royaume-Uni, de 10-04-2007, acessível em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fre>.

Hoge Raad, de 18-03-2005, disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl>.