

## O Embrião gerado *in vitro* é sujeito de Direito?

### Introdução

O problema central da nossa exposição será o do estatuto jurídico do embrião no período que medeia entre a sua concepção *in vitro* e a sua implantação no útero da mãe, ou a sua «destinação» para fins de investigação científica, de comércio ou de indústria.

Atento o silêncio parcial da ordem jurídica portuguesa no que concerne a este problema e a sua sensibilidade a nível teológico, filosófico e jurídico, entendemos que apenas uma análise «transdisciplinar»<sup>1</sup> poderá trazer alguma luz.

Aliás, cumpre realçar que existe uma profunda interligação entre as formulações encontradas para o *status* metafísico, biológico e jurídico do embrião, formulações essas que podem variar em função das diferentes formas de sentir o mundo e a vida do intérprete.

Gostaríamos apenas de realçar que a validade das nossas soluções só poderá ser aferida à luz dos pressupostos filosóficos de que partimos, que iremos enunciando ao longo da nossa exposição e que aceitamos como indiscutivelmente certos. Se eles fossem outros, outras seriam certamente as nossas conclusões.

---

<sup>1</sup> Cf., sobre a matéria, ARCHER, Luís, *Bioética: avassaladora, porquê?*, Brotéria, Lisboa, Abril 1996, pp. 462-464.

## 1. A noção biológica de Embrião

### 1.1. Considerações preliminares

Como bem se sabe, são várias as técnicas de reprodução artificial humana que a Medicina põe hoje à disposição dos casais inférteis, com o objectivo de obviar à sua esterilidade e assim contribuir para a promoção do bem-estar e da felicidade dos que a elas recorrem — dos pais.

Exemplos dessas técnicas, que oferecem a possibilidade de fugir à «fatalidade biológica»<sup>2</sup> que, durante séculos, representou a infertilidade, são a Inseminação Artificial, a Fecundação *in vitro* seguida da Transferência do(s) embrião(ões) para o útero da mãe (FIVETE), a Transferência Intra-Tubárica de Gâmetas (GIFT) e a Transferência dos Embriões formados *in vitro* para as Trompas de Falópio (ZIFT)<sup>3</sup>.

Do recurso a qualquer destas técnicas resulta a introdução do artificial no processo reprodutivo humano, com a intervenção de terceiros num acto que sempre esteve restrito a um casal (a concepção de uma criança) e com o facto de poderem ter lugar procedimentos que não encontram paralelo no processo reprodutivo natural, como seja a crio-conservação de embriões.

Mas, independentemente da dificuldade, com que muitas vezes nos debatemos, de delimitar claramente o que é «artificial» e o que resulta das leis da natureza quando se recorre a estas técnicas, o importante é que, em consequência da sua utilização, é o embrião que está ali. É, com efeito, o embrião que está ali, depois de ter sido concebido no vidro e de ter sido conservado no frio do azoto líquido<sup>4</sup>.

O embrião, como conjunto inicial de células iguais e totipotenciais, relativamente ao qual ainda não sabemos, neste momento inicial, se é homem ou mulher, nem qual a sua raça...

Nada nos diz também sobre o seu devir: em princípio passará do vidro para o útero da mãe (mesmo para a mãe ele é um estranho, é alguém que lhe surge do exterior) mas poderá, também, constituir objecto de investigação científica ou, mesmo, ser destruído.

<sup>2</sup> ABEL, Olivier, *Le Sujet à L'Image d'un Corps ni Instrument, ni Idole*, Diogenes, n° 172, Gallimard, Paris, 1995, p. 67.

<sup>3</sup> Cf. sobre a matéria, HUMEAU, Claude, e ARNAL, Françoise, *Les Médecines de Procréation*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1994, p. 290 ss.

<sup>4</sup> MATTEI, Jean-François, *Les Droits de la Vie*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1996, p. 24.

### 1.2. O conceito de Embrião

Do ponto de vista estritamente biológico, não existe um conceito de embrião que seja unanimemente aceite por todos os autores, defendendo estes posições bastante díspares sobre o assunto<sup>5</sup>.

Assim, existem várias formas de entender o calendário dos estádios por que se desenrola o desenvolvimento pré-natal.

Há, deste modo, autores<sup>6</sup> que distinguem entre o estágio ovular (até à segunda semana seguinte à fecundação), embrionário (até à décima segunda semana) e fetal (que termina com o nascimento), enquanto outros<sup>7</sup> dividem aquele desenvolvimento em estágio pré-embrionário (até ao décimo quinto dia posterior à fecundação), embrionário (desde esta data até à oitava semana após a fecundação) e fetal (desde essa altura até ao nascimento).

Como referimos, o objecto da nossa exposição é o ser resultante da fecundação *in vitro* dos gâmetas masculino e feminino<sup>8</sup> — centrar-nos-emos apenas nas primeiras horas, nos primeiros dias da existência deste novo ser, abstraindo do percurso subsequente à fertilização *in vitro* que culminará, em princípio, no nascimento.

Centrar-nos-emos, portanto, apenas no ser recém-formado, que «apareceu no laboratório» e que pode ser imediatamente implantado no útero da mãe ou conservado, pelo frio, por um período de tempo mais ou menos longo.

E, relativamente a este ser recém-formado, são múltiplos os estudos (sobre a génese e o desenvolvimento da vida embrionária), onde se afirma que ele já é vida humana<sup>9</sup>, que a vida humana começa no momento da fecundação.

<sup>5</sup> MATTEI, Jean-François, *Bilan des Différents Travaux sur la Protection de L'Embryon*, in *L'Embryon Humain, Approche Multidisciplinaire*, Éditions Economica, Paris, 1996, p. 281.

<sup>6</sup> REYS, Lesseps L. e PEREIRA, Rui, *Introdução ao Estudo da Medicina Legal*, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, p. 107.

<sup>7</sup> CONSELHO DA EUROPA, *Relatório sobre a Utilização de Material Fetal Embrionário e Pré-embrionário Humano para Fins de Diagnóstico, Terapêuticos, Científicos, Industriais e Comerciais* (doc. interno do Conselho da Europa, CAHBI-R-EF(89) 1 rev.), Estrasburgo, 22 de Janeiro de 1990, pp. 3-9. A Lei Espanhola n° 35/1988, de 22 de Novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida, procede igualmente à distinção entre estado pré-embrionário e embrionário, no Ponto II do seu Preâmbulo.

<sup>8</sup> LANG, Wieslaw, *The Conditions for Consensus on Embryos in Pluralist Societies*, Third Symposium on Bioethics: Medically-Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo (CDB/SPK (96) 20), Council of Europe, Strasbourg, 15-18 December 1996, p. 3.

<sup>9</sup> Cf., por exemplo, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA, *Relatório-Parecer sobre os Pro-*

Efectivamente, com base no resultado desses estudos, é possível afirmar que, desde a concepção, existe um novo ser humano, cujo património é único — no sentido de apresentar uma «coleção de genes» inconfundível com a de qualquer outro ser humano.

De facto, desde a fecundação, encontram-se definidas as características genéticas que se irão «explicitar» posteriormente, num processo contínuo que se desenrola ao longo da gestação, após o nascimento, durante toda a vida e se prolonga até à morte<sup>10</sup>.

Não é assim possível afirmar que, na essência, é diferente a «vida humana» presente no embrião, da existente num adulto ou, mesmo, numa pessoa idosa. São apenas momentos diferentes, num processo contínuo, apresentando o ser humano, em cada um desses momentos, uma aparência externa e qualidades algo diferentes.

É nomeadamente com base neste reconhecimento, a nível científico, da existência de uma «identidade do património genético» desde a fecundação até à morte, que se defende a necessidade de protecção da vida humana desde o seu início — posição que é assumida por várias organizações internacionais (nomeadamente pelo Conselho da Europa<sup>11</sup> e pelo Parlamento Europeu<sup>12</sup>) e por numerosos comités de ética nacionais.

Esta posição, entre nós, é, por exemplo, defendida pela Ordem dos Médicos, cujo Código Deontológico estatui que «O Médico deve guardar respeito pela vida humana desde o seu início»<sup>13</sup>.

jectos de Lei Relativos à Interrupção Voluntária da Gravidez (19/CNECV/97), Lisboa, 10 de Janeiro de 1997, p. 4.

<sup>10</sup> CHORÃO, Mário Bigotte, *O Problema da Natureza e Tutela Jurídica do Embrião Humano à Luz de uma Concepção Personalista e Realista do Direito*, O Direito, Lisboa, Outubro-Dezembro 1991, pp. 586-588.

<sup>11</sup> Cf. CONSELHO DA EUROPA, Recomendação 934 sobre Engenharia Genética, de 26 de Janeiro de 1982, Recomendação 1046 sobre a Utilização de Embriões e Fetos Humanos para Fins de Diagnóstico, Terapêuticos, Científicos, Industriais e Comerciais, de 24 de Setembro de 1986 (artigo 5º), e Recomendação 1100 sobre a Utilização dos Embriões e Fetos Humanos na Pesquisa Científica, de 2 de Fevereiro de 1989 (artigo 7º), publ. in *Texts of the Council of Europe on Bioethical Matters* (doc. interno do Conselho da Europa, CDBI/INF (93) 2), Estrasburgo, 1993, pp. 11-28.

<sup>12</sup> Posição que defendeu nas Resoluções de 16 de Março de 1989, sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética e sobre a Fecundação Artificial *in vivo* e *in vitro*. Nesta segunda Resolução (publ. no JO nº C 96, de 17-4-1989, p. 171-173), afirma-se mesmo, expressamente, que o Parlamento Europeu se encontra «Consciente da necessidade de proteger a vida humana a partir do momento da fecundação» (ponto C). Em ambas se reconhece, pois, que a vida humana tem início no momento da fecundação, desenvolvendo-se, sem saltos qualitativos, até à morte.

<sup>13</sup> Código Deontológico da Ordem dos Médicos, artigo 47º, nº 1. Cf. ORDEM DOS MÉDICOS, *Código Deontológico*, Revista da Ordem dos Médicos, nº 3/85 (Março 1985), Lisboa, p. 9.

## 2. A noção filosófica de Embrião

### 2.1. Considerações preliminares

Como referimos, parece ser opinião praticamente unânime e defendida por autores<sup>14</sup> e organizações de reconhecida competência, a de que a vida humana tem início no momento da concepção.

Os progressos das Ciências Biomédicas, ao facultarem-nos um conhecimento cada vez mais profundo e exacto do que se passa no início e nos primeiros estádios de evolução da vida embrionária, permitem-nos, deste modo, evitar erros que no passado eram frequentes no que concerne ao «estatuto biológico» do embrião, por insuficiência de conhecimentos precisos sobre a matéria.

E, as conclusões da Ciência não podem ser indiferentes para a formulação do conceito de embrião em termos filosóficos. Este conceito reconduz-se fundamentalmente ao problema de se saber se o embrião deve ser considerado pessoa.

Do ponto de vista biológico, conclui-se que existe unanimidade em considerar o embrião vida humana. Ao que se nos suscita a interrogação: sendo vida humana, o embrião é pessoa humana?

### 2.2. Posições assumidas na matéria

Relativamente à questão de se saber a partir de que momento se pode pensar o embrião como pessoa, é possível encontrar, entre os autores, respostas completamente distintas.

Basicamente, duas grandes linhas de pensamento podem ser referidas: a que defende que o homem é pessoa desde o primeiro momento da sua existência embrionária e a que considera que o homem se torna progressivamente pessoa, não o sendo, portanto, logo no primeiro momento, o da concepção.

<sup>14</sup> *Vid.*, por exemplo, SERRÃO, Daniel, *A Medicina e a Ética no Século XXI*, Brotéria, Lisboa, Fevereiro 1997, p. 218, e NEVES, M. Patrão, *No Início da Vida*, in *Bioética*, Editorial Verbo, Lisboa, 1996, p. 178.

### 2.3. O Embrião é Pessoa desde o momento da concepção

Esta tese é a defendida pelo Magistério da Igreja Católica.

Nesta linha, é dito na Sagrada Escritura<sup>15</sup> que «Deus criou o Homem à sua imagem e semelhança», como um ser simultaneamente espiritual e corporal, cuja alma imortal foi «imediatamente criada»<sup>16</sup> por Deus, reafirmando-se a mesma ideia em Isaías («Agora o Senhor fala, Ele me formou desde o ventre de minha mãe, para que eu seja o seu servo»<sup>17</sup>) e em Jeremias («E me foi dirigida a palavra do Senhor, a qual dizia: antes que eu te formasse no ventre de tua mãe, te conheci; e antes que tu saísse do ventre materno, te santifiquei»<sup>18</sup>).

Em consequência e independentemente de uma tomada de posição sobre a *vexata quaestio* da animação, a Igreja sustenta firmemente que o homem tem um «lugar único na criação», sendo, «de todas as criaturas visíveis a única capaz de conhecer e amar o seu Criador», pelo que a vida humana «é sagrada desde o seu início»<sup>19</sup>, devendo o ser humano ser tratado, respeitado e protegido como pessoa desde o momento da sua concepção. E, desde esse momento, devem ser reconhecidos e respeitados a sua dignidade e os seus direitos pessoais, *maxime* o seu direito inviolável à vida<sup>20</sup>.

Neste sentido, a Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, do Sumo Pontífice João Paulo II, alude a uma «crise profunda da cultura», a uma «cultura anti-solidária», «uma cultura de morte»<sup>21</sup>, na qual o «valor da vida pode hoje sofrer uma espécie de 'eclipse'», comprovando-o o facto de «se procurar encobrir alguns crimes contra a vida nascente ou terminal com expressões de âmbito terapêutico, que desviam o olhar do facto de estar em jogo o direito à existência de uma pessoa humana concreta»<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> Génesis, 1, 27.

<sup>16</sup> SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, *Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação*, Rei dos Livros, Lisboa, 1987 (Col. Magistra, nº 2), pp. 83-86.

<sup>17</sup> Isaías, 44, 2.

<sup>18</sup> Jeremias, 1, 5.

<sup>19</sup> SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, *op. cit.*, p. 86.

<sup>20</sup> *Idem*, pp. 77, 85, 94-97, 119, 122.

<sup>21</sup> Em que «tudo se torna negociável, inclusive o direito originário e primordial à vida», segundo PEREIRA, Nuno Serras, *Toda a Vida Pede Amor*, Grifo - Editores e Livrários, Lda., Lisboa, 1997, p. 22.

<sup>22</sup> JOÃO PAULO II, *Carta Encíclica Evangelium Vitae*, Rei dos Livros, Lisboa, 1995, pp. 23, 24.

### 2.4. O Embrião não é Pessoa humana desde o momento da concepção

A segunda tese aludida, baseia-se em argumentos doutrinários de variada índole, que analisaremos de seguida.

#### A - O embrião é uma «parte do corpo da mãe»

Uma das objecções que encontramos à identidade pessoal do embrião é a de que ele não teria individualidade própria, mas seria simplesmente uma parte do corpo da mãe (*mulieris portio vel viscerum*)<sup>23</sup>. No «todo» composto pelo feto e pela mulher grávida, a pessoa é a mãe — o feto não se encontra individualizado relativamente à mãe e, logo, não se lhe reconhece o estatuto de pessoa.

Simultaneamente, como não se definem os direitos próprios do embrião, mesmo em relação à mãe, nem se considera ter esta deveres para com ele, torna-se fácil aceitar a legitimidade de práticas abortivas: a mulher limita-se a dispor do seu próprio corpo, a tomar as decisões que considera correctas em matéria de reprodução, detendo um *ius vitae et necis* sobre o embrião.

Este argumento, da falta de individualidade própria do embrião relativamente à mãe, encontra-se cientificamente ultrapassado, sendo a própria existência da fecundação *in vitro* disso testemunha — o embrião pode, *ab initio*, ser formado fora do ventre da mãe.

#### B - O embrião é um «produto biológico dos pais»

Outra objecção à identidade pessoal do embrião é a de que aquela identidade só existe se se encontrarem satisfeitos determinados pressupostos de ordem física ou psíquica, como sejam, a presença do sistema nervoso central, a capacidade de ter consciência de si...

Salientamos, por considerarmos particularmente expressiva desta posição, a solução proposta na matéria em análise, por H. Tristram ENGELHARDT Jr., na sua obra «*The Foundations of Bioethics*»<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Cf., sobre a matéria, PEREIRA, Rui Carlos, *O Crime de Aborto e a Reforma Penal*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995, p. 9, e CUNHAL, Álvaro, *O Aborto, Causas e Soluções, Tese Apresentada em 1940 para Exame no 5º Ano Jurídico da Faculdade de Direito de Lisboa*, Campo das Letras, Porto, 1997, p. 83.

<sup>24</sup> ENGELHARDT Jr., Tristram, *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, Nova York, 1986.

Defende este autor que o embrião (tal como o feto e mesmo a criança recém-nascida) não é pessoa, podendo apenas ser considerada como «uma possível pessoa futura». A aquisição do estatuto de pessoa só se dará decorrido algum tempo após o nascimento.

O embrião não passa, segundo a expressão do autor, de «um produto biológico dos pais», que, dado o seu incipiente grau de desenvolvimento, parece apresentar uma capacidade para sentir o sofrimento inferior à de certos «mamíferos adultos normais».

Em consonância, afirma que «considerado em si próprio, o embrião pode fazer-nos um apelo, como o faria um animal com um nível similar de desenvolvimento e de capacidade para a dor, para o sofrimento. Dado o desenvolvimento mínimo de tal vida humana, o apelo moral também é mínimo».

Conclui, em consequência, que «Se atribuíssemos uma importância substancial ao sofrimento do embrião, seríamos obrigados a tomar igualmente a sério o sofrimento dos organismos com um nível semelhante de capacidade mental. Tal não nos parece plausível». E, indo ainda mais longe no raciocínio formulado, defende que «organismos com o grau de desenvolvimento do embrião, não apresentam a capacidade para o sofrimento patenteada pelos gatos adultos, pelos cães ou pelos macacos»<sup>25</sup>.

Considera igualmente que o único dever que as pessoas que «rodeiam» o embrião têm face a ele é o de «não ferir malevolamente a pessoa futura em que o embrião se pode tornar»<sup>26</sup>.

Como crítica a esta posição segundo a qual o embrião não pode ser considerado pessoa, por ainda não apresentar um grau de desenvolvimento físico e psíquico suficientes para o efeito, pode aludir-se ter a Ciência, como já referimos, demonstrado que desde o momento da concepção existe um novo ser humano, com uma identidade genética própria, desenvolvendo-se o seu organismo de forma coordenada e progressiva, num processo contínuo, até ao nascimento, ao longo de toda a sua vida, até à morte...

Ao que acresce que também a criança recém-nascida, o deficiente profundo, o doente em coma, não revelam ter capacidade de ter consciência de si ... e ninguém se atreve a defender legitimamente a impunidade do homicídio destes!

<sup>25</sup> *Idem*, p. 218. A trad. é nossa.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 220.

*C - O embrião só se torna pessoa quando «aceite» pelos que o rodeiam*

Alguns autores<sup>27</sup> invocando um argumento de natureza filosófico-existencial, afirmam que a condição pessoal depende do reconhecimento, da aceitação do embrião pelos outros, desde logo, pelos pais.

O tornar o reconhecimento da identidade pessoal do embrião dependente da sua aceitação social assenta fundamentalmente no pressuposto de que o ser humano apenas se revela como humano pela sua capacidade de entrar em relação com o mundo, com os outros, não podendo realizar-se a si mesmo senão nessa relação. Concebe-se, deste modo, o ser humano, como um sujeito dotado de razão e de consciência, autor moralmente responsável dos seus actos, capaz de estabelecer relações com outrem. Como um ser aberto «ao mundo e aos valores» que, livremente, conforma a sua vida a esses valores.

O embrião não é um ser humano por ainda não apresentar essa capacidade de abertura «ao mundo e aos valores».

Muito interessante, nesta perspectiva, é a posição assumida por uma equipa francesa de especialistas (das várias áreas do saber) expressa num artigo doutrinal intitulado «*Pour une Réforme de la Législation Française Relative à L'Avortement*», publicado, em Abril de 1973, na Revista «*Études*».

Distinguem, os autores deste artigo, entre «vida humana» e «vida humanizada». Afirmam, neste sentido, que «(...) o indivíduo não se encontra humanizado, senão mediante a sua relação com os outros, por e para os outros» e que «(...) a relação de reconhecimento, tal como a esboçamos, é reveladora, se não instauradora do carácter plenamente humano do ser em gestação. Por outras palavras, do mesmo modo que o ser humano não existe sem corpo, tão pouco ele se encontra humanizado sem essa relação com os outros»<sup>28</sup>.

Encontramos, portanto, o apelo a um critério «relacional» para a atribuição da qualidade de «pessoa».

E, deste critério, partem para a legitimidade da interrupção voluntária da gravidez, quando tal se justifique em nome da «paternidade responsável».

<sup>27</sup> Relativamente a esta posição doutrinal, *vid.* SANTOS, Boaventura de Sousa, *L'Interruption de la Grossesse sur Indication Médicale dans le Droit Pénal Portugais*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XLIII (1967), Coimbra, p. 163-221.

<sup>28</sup> FESSARD, Denise Albe et al., *Pour une Réforme de la Législation Française Relative à L'Avortement*, *Études*, t. 338 (Janeiro-Junho 1973), Paris, p. 71.

Consideram que a criança, mesmo antes de ser concebida deve ser objecto do «desejo» dos pais, que a vislumbram como um modo de criar ou de prolongar um certo tipo de relações de natureza afectiva, familiar....

Depois de concebida, só lenta e progressivamente, à medida que se vai dando o desenvolvimento embrionário, é reconhecida pelos pais, ou pelo menos pela mãe, que a distingue do seu próprio corpo.

A criança, no período anterior ao do nascimento, não encontra a sua razão de ser em si mesma, mas no conjunto de relações sociais que se estabelecem à sua volta, na aceitação e reconhecimento eventual dos pais, que podem, igualmente, recusar-lhos.

Contra este argumento que faz depender a identidade pessoal do embrião do seu reconhecimento e aceitação sociais, podem ser invocadas várias objecções.

Assim, por muito importantes que sejam o reconhecimento, o amor que os pais venham a dar ao filho (e são-no, indiscutivelmente, sobretudo para o futuro equilíbrio emocional da criança), eles não podem ser colocados na «origem» da dignidade e dos direitos fundamentais do novo ser humano. É, precisamente o raciocínio oposto que se impõe: porque perante uma pessoa humana, os pais e a sociedade em geral devem respeitar a sua dignidade e os seus direitos fundamentais, desde logo o seu direito à vida.

Aliás, um raciocínio que permitisse a supressão de um embrião humano com o fundamento em ele não haver sido desejado, abriria as portas à eliminação dos mais desprotegidos da nossa sociedade: os velhos, os doentes, os deficientes. E tal não seria consentâneo com um Estado de Direito Democrático, com um Estado Social de Direito cuja incumbência é, desde logo, a protecção dos mais frágeis e indefesos dos seus cidadãos.

Além do mais, quer a moral (entendida como a moral vigente nos países de tradição cristã, que tem cerca de vinte séculos), quer o Direito (assente no primado da pessoa humana e na sua dignidade) impõem o respeito pela pessoa *qua tale* não se esgotando esta na «vida da relação», mas tendo uma existência própria, em si e por si. Não pode, portanto, ser utilizada como meio, ser instrumentalizada para a satisfação dos interesses de outrem.

O estatuto do embrião tem, pois, que ser definido considerando o que ele é em si mesmo, como realidade simultaneamente biológica e ontológica e não com base na vontade subjectiva e algo arbitraria dos pais ou da sociedade.

### 2.5. O Embrião como «Pessoa humana potencial»

Por fim, gostaríamos ainda de aludir a uma posição intermédia entre a que concebe o embrião como «conjunto celular indiferenciado» e a que o concebe como pessoa humana.

Caracteriza-se esta posição <sup>29</sup>, por defender, de forma cautelosa e restrita, que o embrião desde o momento da concepção é vida humana e como tal deve ser respeitado, mas não pessoa humana. É, assim, uma «pessoa humana potencial».

Esta fórmula é adoptada, por exemplo, pelo *Comité National d'Éthique* Francês <sup>30</sup> e reveste uma certa ambiguidade, desde logo pela dificuldade em determinar em que momento o embrião se torna pessoa — devemos-nos nortear, para o efeito, pelo critério do «desenvolvimento anatómico»? Ou pelo critério da «qualidade de vida aceitável»?

Qualquer que seja o critério utilizado, nada nos permite estabelecer, de forma objectiva, um limite preciso de «humanização», porque se trata, como já referimos, de um processo gradual, em que cada etapa é indispensável para se progredir para a etapa seguinte, não sendo nenhuma delas «mais decisiva», «mais importante» do que a anterior <sup>31</sup>. Desde a concepção até à morte estamos, portanto, perante o mesmo ser vivo, cujas características o tornam único e irrepetível.

### 3. Posição adoptada na matéria

Como vimos, o problema da qualificação ontológica do embrião é um problema de índole fundamentalmente filosófica <sup>32</sup>, sendo a intervenção do Direito subsequente à resolução desse problema — com efeito, é

<sup>29</sup> Vid., por exemplo, SUREAU, Claude, *L'Embryon Humain*, in *L'Embryon Humain*, Est-il Humain?, Presses Universitaires de Paris, Paris, 1996, p. 24.

<sup>30</sup> Cf., COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis sur les Prélèvements de Tissus d'Embryons ou de Foetus Humains Morts à des Fins Thérapeutiques, Diagnostiques et Scientifiques*, in *Avis de Recherches sur L'Embryon*, Actes Sud et Inserm, Paris, 1987, p. 13: «Ayant considéré: (...) la qualité de personne humaine potentielle de l'embryon ou du foetus dès sa conception (...)». Vid., também, HARICHAUX, Michèle, *La Protection des Libertés et Droits Corporels*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 26.

<sup>31</sup> Cf. BAERTSCHI, Bernard, *La Valeur de la Vie Humaine et L'Intégrité de la Personne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 195.

<sup>32</sup> ELIZARI, Francisco Javier, *Questões de Bioética - Vida em Qualidade*, Editorial Perpétuo Socorro, Porto, 1996 (trad. do original espanhol por Bernardino Pacheco Henriques), pp. 42-43, e LEROY, Fernand, *Éthique des Nouvelles Techniques de Reproduction*, in *Bioéthique: jusqu'ou peut-on aller?*, Éditions de L'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1996, p. 24.

impossível proceder a uma aproximação daquilo que poderá ser o estatuto jurídico do embrião sem a referência a sólidos «alicerces» de natureza ética, sob pena de se cair em soluções não suficientemente justificadas. E, como analisámos, no que concerne ao estatuto ontológico do ser humano embrionário, são várias as correntes de pensamento existentes no mundo de hoje, exprimindo mundividências e apelando para sentidos de valor frequentemente díspares.

Por qual optar?

No fundo, optar por uma concepção personalista da pessoa humana, entendendo-a como «(...) aquilo que em cada homem não pode ser tratado como objecto», como «aquilo que não pode ser repetido duas vezes»<sup>33</sup>, ou por uma concepção de índole existencialista, segundo a qual «o homem não é definível porque, de começo ele não é nada»<sup>34</sup>?

Na esteira do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, vamos apelar, nesta matéria, para um princípio ético-jurídico fundamental: *in dubio pro libertate*<sup>35</sup>. Ou seja, enquanto subsistir a controvérsia sobre o estatuto antropológico do embrião, parece-nos que a nível da reflexão jurídica, a única solução aceitável é a que assegure o respeito pelo ser humano embrionário que, enquanto «(...) subsistir a dúvida, tem aplicação entretanto e sempre, o princípio ético que estabelece ser gravemente ilícito atentar contra uma entidade de que se duvida se, sim ou não, constitui um sujeito investido de plena dignidade humana»<sup>36</sup>.

#### 4. O Embrião é Pessoa segundo o Direito Civil Português?

O Código Civil de 1966 distingue entre nascituros já concebidos (nascituros *stricto sensu*) e concepturos (nascituros ainda não concebidos, cujo nascimento futuro se prevê como possível).

<sup>33</sup> MOUNIER, Emmanuel, *Le Personnalisme*, 15ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1992 (Col. Que sais-je?, nº 395), pp. 5 e 47. A trad. é nossa.

<sup>34</sup> SARTRE, Jean-Paul, *L'Existentialisme est un Humanisme*, Éditions Gallimard, Paris, 1996 (Col. Folio / Essais, nº 284), p. 29.

<sup>35</sup> Cf. COSTA, António Manuel de Almeida, *O Problema da Criminalização do Aborto*, Brochura, Dezembro 1995, p. 530.

<sup>36</sup> CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório-Parcer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)*, in Documentação, vol. I (1991-1993), Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1993, p. 97. *Vid.*, igualmente, neste sentido, NUNES, Rui, *O Diagnóstico Pré-Natal em Portugal*, in Cadernos de Bio-Ética, nº 10, Centro de Estudos de Bio-ética, Coimbra, Novembro 1995, p. 37.

O embrião formado em laboratório constitui, como qualquer outro embrião, um nascituro *stricto sensu*, uma vez que já foi concebido e ainda não nasceu.

E, o nº 1, do artigo 66º, da Lei Civil, fixa o momento em que é atribuída a personalidade jurídica ao nascituro: o do nascimento completo e com vida<sup>37</sup>.

Deste modo, de acordo com o disposto nesta norma da lei, a aquisição da personalidade jurídica singular, pressupõe o facto do nascimento, que este seja completo e que se dê com vida<sup>38</sup>.

Do exposto que a Lei Civil não exige, para a aquisição da personalidade jurídica por parte do nascituro, qualquer outro requisito. Não exige, nomeadamente, o nascimento com «figura humana», nem qualquer prazo de viabilidade. Basta, deste modo, ao embrião nascer com vida para adquirir *ipso facto* a personalidade jurídica, para ser sujeito de direito.

Conclui-se igualmente que o Direito Civil português se recusa a personificar o ser humano antes do momento do nascimento — que exclui a personalidade jurídica aos nascituros.

#### 4.1. Breve referência à exigência da «figura humana»

Como referimos, o Código Civil de 1966 não exige para a atribuição da personalidade jurídica ao nascituro, que este nasça com figura humana, não tendo, assim, qualquer relevância jurídica o facto de o recém-nascido apresentar qualquer deformação.

<sup>37</sup> O nascimento não acompanhado de vida não produz qualquer efeito jurídico, é como se não se desse. E, se o óbito ocorrer durante o parto, não chega a haver atribuição de personalidade jurídica, o que pode ter importantes consequências, nomeadamente no plano do Direito Sucessório. Se o nascimento tiver sido completo e com vida, o feto adquire personalidade jurídica, ainda que seja previsível que viverá apenas por um reduzido intervalo de tempo. Desde que haja vida há personalidade, sendo esta independente da duração daquela. Cf., BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código Civil*, vol. I, s.e., Lisboa, 1987, p. 105 ss., e LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra Editora, Lda., Coimbra, 1987, pp. 101-102.

<sup>38</sup> Esta matéria encontra-se regulada no Decreto-Lei nº 44 128, de 28 de Dezembro de 1961, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 27/80, de 29 de Fevereiro. Da leitura conjunta destes dois diplomas legais resulta que se considera «(...) nascimento de criança viva a expulsão ou extracção completa, relativamente ao corpo materno e independentemente da duração da gravidez, do produto da fecundação que, após esta separação, respire ou manifeste quaisquer outros sinais de vida, tais como pulsações do coração ou do cordão umbilical ou contracção efectiva de qualquer músculo sujeito à acção da vontade, quer o cordão umbilical tenha sido cortado, quer não, e quer a placenta esteja ou não retida».

Não era esta a orientação do Código Civil anterior, que exigia o requisito da «figura humana» para que o nascituro pudesse vir a ser havido como pessoa.

Efectivamente, encontramos reminiscências da «teoria dos monstros» no Código Civil de Seabra, designadamente no artigo 110º deste diploma legal, onde se dispõe que «Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquê de quem se prove, que nasceu com vida e com figura humana».

Assim, de acordo com o regime consagrado neste Código, o nascimento com vida era requisito necessário, mas não suficiente para a atribuição da personalidade jurídica. Exigia-se, cumulativamente, que o recém-nascido correspondesse a um certo modelo físico «tipo». Se tal não sucedesse ser-lhe-ia recusada a qualidade de sujeito de direito.

A qualidade de sujeito de direito era recusada à «criatura disforme», ao pretense «monstro» porque se considerava que ele não fazia parte do género humano.

Tal não sucede hoje no Direito português, que acompanhando as descobertas da Medicina (que já não fala em «monstruosidades», mas em «deficiências», muitas das quais susceptíveis de cura), deixou de considerar a «conformação física» da pessoa como um elemento relevante para a atribuição da personalidade jurídica.

#### 4.2. Breve referência à exigência da «viabilidade»

Entende-se por «viabilidade» a aptidão do recém-nascido para sobreviver fora do ventre materno.

Os critérios a que usualmente (na lei <sup>39</sup>, na doutrina <sup>40</sup>, na jurisprudência) se recorre para aferir a viabilidade do recém-nascido, são os

<sup>39</sup> O *Code Civil* francês, de 21 de Março de 1804, no artigo 311º-4, pressupõe que o recém-nascido seja viável, dispondo que «Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable». Igual ideia se encontra consagrada nos artigos 725º («(...) sont incapables de succéder (...) L'enfant qui n'est pas né viable;») e 906º («(...) Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable») do *Code*. Cf., sobre a matéria, MÉMETEAU, Gérard, *La Situation Juridique de l'Enfant Conçu, de la Rigueur Classique à l'Exaltation Baroque*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Outubro-Dezembro 1990, pp. 613-614, e THÉRY, René, *La Condition Juridique de l'Embryon et du Foetus*, *Recueil Dalloz Sirey (Chroniques)*, 1982, Dalloz, Paris, pp. 236-237.

<sup>40</sup> Da análise da doutrina francesa, resulta muito claro que são estes os critérios a que se reportaram os vários autores. Podemos, a título meramente exemplificativo, citar GILLES GOUBEUX, que afirma: «Viable: le nouveau-né doit être constitué de façon à pouvoir continuer à vivre. Un enfant peut naître vivant et cependant n'avoir aucune chance d'échapper à une mort presque immédiate, soit parce qu'il est insuffisamment formé, soit parce qu'il est dépourvu de certains organes

da duração da gestação e do grau de desenvolvimento apresentado pelo nascituro.

A tendência geral é, no entanto, para abandonar o primeiro dos critérios referidos e atender apenas ao segundo. Isto, porque os progressos verificados no domínio da Medicina têm gradualmente tornado possível manter vivos no exterior da mãe nascituros cujo tempo de gestação é cada vez mais reduzido. Daí que uma «fronteira de viabilidade» (por exemplo, exigir cento e oitenta dias como período mínimo de gestação para que o nascituro se possa considerar viável) fixada hoje, poderá já não ser adequada à realidade amanhã, com toda a insegurança e incerteza que isso acarretaria do ponto de vista jurídico.

Tende-se, deste modo, a tomar em linha de conta para a determinação da viabilidade outros indícios de maturidade do nascituro (tamanho, peso, dimensões dos ossos...) que não a duração da gestação.

No entanto à medida que a Ciência progride e se torne possível superar, cada vez mais, as patologias de que sofra o recém-nascido, em virtude de uma insuficiente maturidade, o requisito da viabilidade para a atribuição da personalidade jurídica singular, nas legislações que ainda o exigem, perderá toda a razão de ser.

A exigência de um certo prazo de viabilidade como um dos elementos a atender para efeitos de atribuição da personalidade jurídica, insere-se na tradição romanista <sup>41</sup> e ainda se encontra presente hoje nas leis civis de alguns países europeus, designadamente na espanhola, estatufndo o artigo 30º do Código Civil espanhol que: «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

## 5. Análise do conceito de Personalidade Jurídica no Código Civil de 1966

### 5.1. O Conceito de Personalidade Jurídica

O conceito de personalidade jurídica é, em si mesmo, uma construção do Direito, um meio técnico que o Direito utiliza para definir quais

*nécessaires à la survie. La personnalité juridique lui est alors refusée*. GOUBEUX, Gilles, *Traité de Droit Civil, Les Personnes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1989, p. 48.

<sup>41</sup> PAULUS, D., 1, 5, 12: «Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse».

as entidades que podem mover-se no mundo jurídico como pessoas jurídicas.

A personalidade jurídica consiste, assim, numa qualidade atribuída pelo Direito a certas entidades, qualidade essa que se traduz na susceptibilidade abstracta de ser titular de direitos e obrigações. Em si mesma é não um direito, mas uma qualidade fundamental que a ordem jurídica reconhece expressamente a determinadas entidades, qualidade essa que lhes permite desempenhar um papel na vida jurídica.

Como se trata de um conceito qualitativo, absoluto, a personalidade jurídica não admite graus — ou se tem a qualidade de pessoa jurídica ou não se tem, não se pode ser «mais ou menos pessoa». Trata-se, assim, de uma noção rígida: ou se é pessoa para o Direito ou não se é — *tertium non datur*.

### 5.2. Os Sujeitos de Direito no Código Civil de 1966

O Código Civil de 1966 reconhece personalidade jurídica às pessoas singulares e às pessoas colectivas (às associações e fundações constituídas em obediência de determinados requisitos que define).

Entende-se por pessoa singular o ser humano enquanto sujeito de direito.

E, nos Direitos modernos (entre os quais obviamente o português), a qualidade de pessoa jurídica é reconhecida a todo o ser humano sem excepção, sendo esta solução uma consequência do respeito pela dignidade que, numa perspectiva humanista, se deve reconhecer a todos os seres humanos e do princípio fundamental da igualdade jurídica que norteia todo o Direito nacional.

O ordenamento jurídico português reconhece, deste modo, personalidade jurídica perfeita e indivisa a todo o ser humano no período compreendido entre o seu «nascimento completo e com vida» e a sua «morte» (artigos 66º e 68º do Código Civil).

O problema que se pode suscitar seguidamente é o de esclarecer se há uma adequação necessária entre a noção de sujeito de direito e a noção de ser humano, no sentido biológico do termo, ou, dizendo de outro modo: a todo o corpo vivo corresponde uma pessoa em sentido jurídico?

### 5.3. A Relação entre Personalidade Jurídica e Pessoa em sentido biológico

#### A - O estatuto jurídico dos animais

A primeira afirmação que, no sentido de uma aproximação à resolução do problema formulado, é possível fazer, é a de que o critério da atribuição da personalidade pelo Direito, não é exclusivamente a «qualidade de ser vivo».

Basta atentar, com efeito, no estatuto jurídico, que desde o Direito Romano, vem sendo reconhecido aos animais: o estatuto de coisas e não de pessoas em sentido jurídico.

Em conformidade, o Código Civil qualifica o animal como coisa móvel<sup>42</sup>, que pode ser objecto de um direito de propriedade (dispondo o proprietário do último elemento que caracteriza o direito de propriedade, o abuso, uma vez que em regra lhe é possível dar, vender ou mesmo destruir o animal), percebendo o seu proprietário em princípio os frutos e os produtos produzidos pelo animal<sup>43</sup>.

O animal é encarado pelo Direito umas vezes como objecto perigoso (por exemplo, na norma do artigo 1321º), outras como um objecto de consumo ou como um objecto protegido (artigo 1319º)...

Conclui-se, pois, que embora o Direito tenda a considerá-lo um objecto digno de interesse, o animal não é sujeito de direito, mas objecto de eventuais direitos<sup>44</sup>.

O homem é, portanto, o único animal que é titular, do ponto de vista jurídico, de direitos e obrigações.

Logo, impõe-se a ilacção de que a vida biológica não é suficiente, à luz do Direito que está, para a concessão da qualidade que é a personalidade jurídica.

<sup>42</sup> Cf., por ex., o art. 1318º, que prevê a aquisição por ocupação dos «(...) animais e outras coisas móveis que nunca tiveram dono, ou foram abandonados, perdidos ou escondidos pelos seus proprietários (...)». O animal pode, pois, constituir uma *res nullius* susceptível de um acto de ocupação. Este acto, tratando-se de um animal bravo que viva em liberdade natural, é objecto de regulamentação especial, que regula o exercício da caça e da pesca.

<sup>43</sup> O n.º 3 do artigo 212º dispõe: «Consideram-se frutos das universalidades de animais as crias não destinadas à substituição das cabeças que por qualquer causa vierem a faltar (...)».

<sup>44</sup> OSSWALD, Walter, *Ética de Responsabilidade e Vida Animal*, in *A Bioética e o Futuro*, Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 1995, p. 74.

O que nos leva a uma coordenada diferente do problema que procuramos analisar: Todos os homens biologicamente vivos são titulares de personalidade jurídica? A personalidade jurídica é sinónimo de vida humana?

#### *B - Relação entre Personalidade Jurídica e vida humana*

Como já observámos, *de iure constituto*, a Lei Civil não reconhece ao corpo humano antes do nascimento a qualidade de sujeito de direito, apesar de ser indiscutível, atendendo aos dados fornecidos pela ciência, que o nascituro já é vida humana.

Por outro lado, podemos igualmente considerar determinadas situações, em que há probabilidade (embora reduzida) de um ser humano se encontrar vivo e em que o Direito põe termo à sua personalidade jurídica. Assim sucede na hipótese contemplada no nº 3 do artigo 68º, onde se estatui: «Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela».

Pode igualmente ser judicialmente declarada a morte presumida do ausente, decorrido um determinado período de tempo (definido no nº1 do artigo 114º) sem que aquele tenha dado notícias, produzindo a declaração da morte presumida «os mesmos efeitos que a morte», salvo no que respeita ao casamento (artigo 115º).

E, relativamente ao casamento «O cônjuge do ausente casado civilmente pode contrair novo casamento», considerando-se «(...) o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração da morte presumida» (artigo 116º) <sup>45</sup>.

Temos assim, que o seu património se transmite aos herdeiros, que o seu cônjuge se pode casar de novo...

Em ambos os casos considerados, embora não haja a certeza real, indubitável da morte física de um indivíduo, o Direito deixa de lhe atribuir qualquer papel na vida jurídica, sendo deste modo realizável que uma pessoa esteja biologicamente viva e juridicamente morta.

Concluimos, portanto, que não há necessariamente uma adequação entre a noção de pessoa jurídica e a noção de ser humano, no sentido biológico do termo.

Ou seja: a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, não é reconhecida a todos os seres biologicamente vivos, mas apenas aos humanos e relativamente a estes, nem sempre (no período anterior ao nascimento ou em caso de desaparecimento prolongado, não gozam dela), sendo, no entanto, reconhecida a entidades diferentes do ser humano, às pessoas colectivas. A vida biológica não constitui, pois, uma condição indispensável para a atribuição da personalidade jurídica.

#### *5.4. Principais concepções doutrinárias quanto à «atribuição» da Personalidade Jurídica*

No que concerne à questão de definir em que termos o Direito deve atribuir a personalidade jurídica singular, é possível delinear duas correntes doutrinárias fundamentais, que tiveram profunda influência na resolução dada a esta questão pelas ordens jurídicas dos vários países europeus: a concepção positivista e a concepção jusnaturalista.

##### *A - Concepção positivista da Personalidade Jurídica*

O positivismo jurídico do século XIX e das primeiras décadas do século XX, parte da ideia de que o Direito é apenas um instrumento normativo imposto imperativamente pelo Estado nas suas leis. O Direito é apenas a lei, não havendo qualquer outro Direito para além da lei. O Estado, através do poder legislativo, define os fins materiais do Direito, referindo-os não a uma intenção de justiça, mas, sobretudo, a uma intenção pragmática de segurança e de utilidade (entendida como oportunidade política).

Dá-se, assim, a separação entre o Direito e a justiça — deixando esta de aferir a validade jurídica das leis do Estado e de ser o fundamento último daquelas — cedendo a justiça o lugar à vigência. O Direito exprime o que a intenção política determina, quer seja materialmente justo, quer não o seja <sup>46</sup>.

<sup>46</sup> *Vid.*, sobre a matéria, NEVES, António Castanheira, *Justiça e Direito*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LI (1975), Coimbra, p. 228 ss.

<sup>45</sup> Relativamente ao casamento católico dispõe o c. 1707º do Código do Direito Canónico de 1983, que o cônjuge do ausente pode considerar-se livre do vínculo matrimonial após a declaração de morte presumida proferida pelo Bispo diocesano. Este, só a poderá proferir se «(...) feitas as investigações oportunas, pelo depoimento das testemunhas, pela fama ou por indícios, adquirir a certeza moral da morte do cônjuge».

Nas ordens jurídicas em que o essencial é que o Direito seja socialmente eficaz, nas ordens jurídicas positivistas, a personalidade jurídica singular não é um atributo inato do ser humano, mas é antes criada *ex nihilo* pelo Direito, que a distribui aos seres humanos conforme as conveniências práticas da regulamentação jurídica.

Deste modo, no plano do Direito positivo, nada impede que não se confira personalidade jurídica a certas categorias de seres humanos, ou que se personifiquem outras realidades. A personalidade jurídica encontra-se, pois, à disposição do legislador, que a concede aos indivíduos em função da sua participação na vida jurídica e das necessidades desta <sup>47</sup>.

Com fundamento neste modo de compreender a pessoa em sentido jurídico, negou-se, em várias ordens jurídicas, personalidade jurídica aos escravos...

#### B - Concepção jusnaturalista da Personalidade Jurídica

Esta concepção defende que a personalidade jurídica é um atributo inato de todo o ser humano, que deve ser reconhecido pelo Direito a todos os homens a partir do momento em que estes são pessoas em sentido ontológico.

Constitui, portanto, uma orientação de índole personalista, que assenta no princípio de que o Direito existe em função do homem, para a tutela de interesses humanos. O ser humano é o «coração» da ordem jurídica e pelo simples facto de ser pessoa em sentido ontológico é forçosamente pessoa em sentido jurídico.

O reconhecimento da personalidade jurídica, pelo Direito a todo e qualquer ser humano, constitui, deste modo, um verdadeiro direito natural do homem <sup>48</sup>, que não poderá deixar de ser respeitado. São as determinações do Direito Natural que impõem ao Direito a personificação do ser humano.

Propõe-se, assim, a vinculação do Direito a uma ética de cariz humanista e à intenção de justiça que nela se funda.

<sup>47</sup> Nesta linha, KELSEN, defende mesmo que «A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de factos juridicamente relevantes». KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, vol. I, 2ª ed., Arménio - Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1962 (trad. do original alemão de 1960, por João Baptista Machado), p. 331.

<sup>48</sup> Aliás, no artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que faz parte do «património cultural comum» das nações ditas civilizadas, afirma-se que «Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica».

#### 5.5. Exemplos históricos de dissociação entre a Personalidade Jurídica e a Personalidade Natural

##### A - A escravatura

Na nossa ordem jurídica actual, a personalidade jurídica é irrecusável — todo o ser humano goza, no período compreendido entre o nascimento e a morte, de personalidade jurídica — não podendo a ordem jurídica, seja a que título for, recusar-lhe a qualidade de pessoa jurídica <sup>49</sup>. Em consonância, na nossa ordem jurídica, não há vestígios da figura da escravatura.

Mas, como bem se sabe, nem sempre assim foi. Com efeito, no mundo antigo, havia homens a quem não era reconhecida a personalidade jurídica: os escravos (*servi*). Estes não eram considerados pessoas (*personae*), mas simplesmente coisas (*res*). E eram tratados pelo Direito como coisas, podendo ser objecto de um direito de propriedade de outro homem <sup>50</sup>.

##### B - A morte civil

Na ordem jurídica portuguesa, a personalidade jurídica é, igualmente, inextinguível, terminando — e só terminando — com a morte, morte essa que pode ser natural ou presumida, não admitindo a nossa ordem jurídica a morte civil, nem outros casos de *capitis deminutio maxima*.

<sup>49</sup> SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 360.

<sup>50</sup> O reconhecimento, a nível jurídico, de um direito de propriedade de um homem sobre outro homem parece encontrar a sua origem no «princípio» da antiguidade que permitia ao vencedor apropriar-se do património do vencido. De acordo com o *Ius Romanum* da Época Clássica, um homem podia nascer escravo ou vir a tornar-se escravo. O escravo, segundo PAULUS (D, 4, 5, 3), não tinha nenhum direito («(...) quia servile caput nullum ius habet») não podendo constituir família ou deter património que fosse seu. Podia, sim, ser vendido, chegando Catão (na obra «*De Re Rustica*») a recomendar aos agricultores do Lácio que se desembaraçassem dos utensílios gastos e dos escravos idosos. É interessante realçar que na Europa a escravatura só foi abolida no século passado. Mas, se, em Roma, a abolição da escravatura se deveu largamente às revoltas dos escravos (por exemplo, a liderada por Spartacus, em setenta e três a. C.), na Europa ela foi consequência dos ideais humanistas, desde logo dos que encontraram a sua fonte nos princípios proclamados pela Revolução Francesa. Cf., LENGELLÉ, Maurice, *L'Esclavage*, 6ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1972 (Col. Que sais-je?, nº 667), e PENA, Abel N., *Espártaco, Epiceto e Outros Escravos*, Editorial Inquérito, Mem Martins, 1996, p. 31.

A morte civil significava que seres humanos, em determinadas situações, perdiam a sua personalidade jurídica <sup>51</sup>.

Tal sucedia nalguns países, por exemplo, ao que entrava para um claustro tomando votos monásticos, ao que era condenado a pena perpétua ou, mesmo, ao que sofria de lepra. Em qualquer destes casos, ficava privado de todos os seus direitos civis, era vítima de uma «morte civil», no sentido que, embora a vida física continuasse, a personalidade jurídica cessava.

As nossas Ordenações (quer as Afonsinas, quer as Manuelinas, quer as Filipinas) previam vários casos de morte civil.

Assim, o «banimento», vestígio da perda de paz medieval, nos termos do qual os indivíduos acusados de delitos de extrema gravidade (como, por exemplo, o homicídio de um inimigo depois da reconciliação pública, do *osculum pacis*) eram expulsos da comunidade, transformados em «fora do direito», perdendo toda a sua esfera jurídica, passando a impender sobre todos os membros da comunidade a obrigação de os perseguir e matar, sendo destruídos todos os seus bens <sup>52</sup>.

Ficavam de igual modo privados de todos os seus direitos civis os condenados à morte, os que incorriam na «servidão da pena» <sup>53</sup> e os condenados à pena de «desnaturalização» <sup>54</sup> ou ao «degrado perpétuo».

<sup>51</sup> São muito expressivas, a este respeito, as palavras de RICARDO FERNANDES, segundo as quais a morte civil implicava a «(...) privação de todos os direitos civis e políticos, que transformam o delinquentem num cadáver vivo, no aspecto jurídico». FERNANDES, Ricardo, *A Pena de Morte em Portugal*, Revista da Ordem dos Advogados, Janeiro-Junho 1971, p. 5, e MERÊA, Paulo, *Da Minha Gaveta*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVI (1960), Coimbra, 1961, p. 55.

<sup>52</sup> As Ordenações Afonsinas determinavam (no Livro I, tit. 23, e no Livro II, tit. 24) que os Corregedores das Comarcas pusessem éditos para que os «malfeitores culpados de crimes graves» se apresentassem dentro de um curto prazo e que, se fossem condenados à morte, «as justiças os houvessem por banidos e apelidassem sobre eles toda a terra para os prender». Qualquer pessoa os podia matar e se alguém os encobrisse seria punido com pena mais ou menos severa consoante as circunstâncias. Os seus bens seriam confiscados. Nas Ordenações seguintes, a matéria foi regulada em termos semelhantes. Cf., sobre a matéria, *Ordenações Afonsinas, Livro I*, reprodução *fac-simile* da ed. feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, pp. 116-150; *Ordenações Afonsinas, Livro II*, reprodução *fac-simile* da ed. feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, pp. 212-213, e CORREIA, Eduardo, *Estudo Sobre a Evolução Histórica das Penas no Direito Português*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LIII (1977), Coimbra, pp. 53 ss.

<sup>53</sup> Vid., por ex., o Livro V, tit. 55 das Ordenações Afonsinas e o Livro V, tit. 94, das Ordenações Manuelinas. *Ordenações Afonsinas, Livro V*, reprodução *fac-simile* da ed. feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 201,

A «desnaturalização» consistia na expulsão perpétua do reino e dos seus domínios e na perda da qualidade de «natural». O «degrado perpétuo» incluía a condenação às galés e o cárcere perpétuo. Ambos os casos de morte civil apresentam profundas semelhanças com a *deportatio romana*.

A morte civil mostra-nos como, em determinadas épocas da história, a sociedade retirou, a título de sanção, a certos indivíduos a condição de sujeitos jurídicos, porque não os queria mais aceitar e reconhecer como seus membros.

### C - As capitis deminutiones

Segundo a ordem jurídica portuguesa a personalidade jurídica singular é ilimitável — é tão ilimitada quanto a personalidade humana que lhe serve de base o é <sup>55</sup>. Em conformidade, a nossa ordem jurídica recusa qualquer sistema que implique uma graduação da personalidade <sup>56</sup>.

Exemplos de sistemas que implicavam uma graduação da personalidade, são o sistema das *capitis deminutiones* romano e o sistema delineado no «*Projecto Volksgesetzbuch*».

Efectivamente, no Direito Romano clássico, a personalidade jurídica (*caput*), comporta vários graus: o nulo, dos escravos (destituídos, como vimos de personalidade jurídica), o mínimo, das mulheres e dos filhos, o médio, dos estrangeiros, e, finalmente, o máximo, do *pater familias*. Em

e *Ordenações Manuelinas, Livro V*, reprodução *fac-simile* da ed. feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 292.

<sup>54</sup> As Ordenações Filipinas referem-se à «desnaturalização» no Livro II, tít. 13 e 15, onde estatuem que o condenado não mais pode «(...) usar dos privilégios, graças, mercês, excepções e franquias de que per Direito e costume usam os naturais de nossos Reinos e Senhorios» e perderá «(...) qualquer fazenda, que tiverem e legítima que sperarem herdar». Cf., *Ordenações Filipinas, Livros II e III*, reprodução *fac-simile* da ed. feita por Cândido Mendes de Almeida, no Rio de Janeiro, no ano de 1870, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, pp. 432-434.

<sup>55</sup> CARVALHO, Orlando de, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, ed. do autor, Coimbra, 1973, p. 23.

<sup>56</sup> Em rigor não se deveria falar em «graduação da personalidade», mas em «limitações à capacidade», uma vez que o conceito de personalidade jurídica é puramente qualitativo (não admitindo, portanto, graduações) e o conceito de capacidade jurídica é quantitativo, indicando-nos a «medida» das situações jurídicas de que uma pessoa pode ser titular. Algumas das situações que referiremos nos próximos parágrafos não constituem situações de perda de personalidade, mas sim, restrições à capacidade. Parece-nos, no entanto, que não seria inteiramente incorrecto recorrer à expressão «graduação da personalidade» (e não o é, se atendermos a que parte da doutrina identifica os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade de direito), até pela coerência lógica que de tal resulta para o fluir do discurso. Vid., sobre a matéria, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I e II, ed. polic., Lisboa, 1991, p. 65.

conformidade, a expressão *poenas dabant capite* (infligiam penalidades relativamente à personalidade jurídica) podem consistir ou na perda apenas do *status familiae* (a *capitis deminutio minima*) ou, igualmente, na perda do *status civitatis* (e teríamos a *capitis deminutio media*, o indivíduo perderia a qualidade de cidadão) ou, ainda, na perda do *status libertatis* (a *capitis deminutio maxima*, que significaria a perda da liberdade).

A perda total da personalidade jurídica era, assim, sinónimo da perda total da liberdade, uma vez que o indivíduo sobre quem incidia a pena se convertia em escravo do credor.

Tal pena encontrava-se prevista, nomeadamente, na quinta Lei da «Lei das XII Tábuas», onde se previa que, em caso de incumprimento da dívida e depois de cumpridas certas formalidades, a *manus iniecto* (apoderamento) do credor sobre a pessoa do devedor permitiria a este último (depois de transcorrido o prazo em que o podia manter em cárcere privado — sessenta dias — e de o expor em três feiras sucessivas na esperança de que uma caução se apresentasse) reduzir o devedor a escravo e mesmo matá-lo, sendo o cadáver esquartejado e dividido pelos credores se estes fossem vários <sup>57</sup>.

Era, deste modo, atingido o bem jurídico «liberdade» que, os romanos, mais que a vida consideravam *inaestimabilis res est* <sup>58</sup>.

Muitos séculos depois, o «Projecto de Código do Povo Alemão» vem definir as categorias de «camarada de raça», «cidadão do *reich*» e «súbdito» a que corresponderiam esferas jurídicas com diferente amplitude.

Dentro do espírito em que se inspirou este Projecto, Larenz chega mesmo a afirmar que o importante não é ser pessoa, mas a categoria que se ocupa na comunidade jurídica — a posição jurídica do indivíduo na comunidade nacional <sup>59</sup>.

<sup>57</sup> CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Romanum)*, vol. I, 4ª ed. rev., s.e., Coimbra, 1984, pp. 192-194, e MARQUISET, Jean, *Les Droits Naturels*, 3ª ed., Puf, Paris, 1972, p. 16.

<sup>58</sup> PAULUS, D., 50, 17. Igual ideia encontra-se expressa em D, 28, 3, 6, 6, e em D, 28, 3, 6, 12.

<sup>59</sup> Aliás, a concepção ideológica subjacente ao Projecto (uma concepção que privilegiava como valor supremo o bem-estar do povo alemão, baseada no sangue, na honra, na eugenia), resulta bem nítida da análise da Directriz Fundamental nº 24 (da 3ª Série de Directrizes Fundamentais do «Código do Povo», intitulada «Limites à Aplicação do Código»), onde se afirma que: «O Código do Povo Alemão será aplicável a todos os súbditos do Grande-Reich. Para os súbditos deste Reich, porém, que não forem de sangue alemão, não vigorarão as disposições que, segundo o seu espírito, só devam aplicar-se aos que forem desse sangue». É também interessante notar que o parágrafo 55 do Projecto consagra uma solução semelhante à da «perda de paz» medieval, ao estatuir: «Se um cidadão for declarado privado da sua honra por sentença penal, poderá esta retirar-lhe a sua posição jurídica na comunidade, na medida em que esse cidadão se mostre indigno de participar na vida jurí-

### 5.6. A regulamentação da Personalidade Jurídica De Iure Condendo

Do ponto de vista do Direito Civil que está, ou seja, do ponto de vista do Direito constituído, não se verifica, como analisamos, a coincidência entre a noção técnico-jurídica de personalidade e a noção de ser humano. E, a história mostra-nos que essa falta de coincidência se tem dado, ao longo dos séculos, nas várias ordens jurídico-positivas <sup>60</sup>.

Efectivamente, a história revela-nos que se pode nascer sujeito e perder a qualidade de sujeito (nomeadamente com a morte civil) e vice-versa: com a abolição da escravatura, os escravos tornaram-se sujeitos de direito. Tem havido, pois, uma certa relatividade na atribuição da qualidade de sujeito de direito, ao longo dos tempos, das diferentes sociedades e culturas. Significará este facto que a ordem jurídica positiva poderá arbitrariamente definir a quem deve ser reconhecida a personalidade jurídica, como pretenderam os diversos positivismos do pensamento jurídico contemporâneo?

Consideramos que a resposta terá de ser forçosamente negativa. Efectivamente, o conceito de personalidade jurídica é, como referimos, um conceito do mundo do Direito — é um dos mecanismos de que o Direito se serve para desempenhar a sua função na sociedade em que se insere. Consequentemente, é ao Direito que em última análise compete dizer quem é pessoa jurídica. Mas, não o pode fazer sem considerar determinados pressupostos que não são de índole estritamente jurídica, mas igualmente ética, ligados ao mundo dos valores.

Aliás, existe uma interdependência necessária entre o regime jurídico da personalidade consagrado numa determinada sociedade e o conceito de homem prevalecente na sociedade onde essa ordem vigora <sup>61</sup>. Dá-se, de

dica». O indivíduo pode, assim, ver profundamente afectado o seu *jus honorum, conubii, sufragii e militiae*... Cf., relativamente a esta matéria, MONCADA, L. Cabral de, *Projecto de um Novo Código Civil Alemão (Volksgesetzbuch)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XIX (1943), Coimbra, p. 217 ss.

<sup>60</sup> Cf. CHAPARRO, Enrique Ramos, *La Persona y su Capacidad Civil*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995, p. 446 ss.

<sup>61</sup> São muito expressivas, a este propósito, as palavras de ANTÓNIO MENESES CORDEIRO que passamos a citar: «(...) a propósito da pessoa, considera-se um aspecto (e não outro), porque, num momento histórico antecedente, ele não foi reconhecido ou porque, na própria época considerada, ele é contestado, inobservado ou está em perigo». Ou, como afirma CHRISTIAN ATIAS, «(...) définir les personnes c'est choisir une société». Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 2ª ed. rev., reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1992, p. 309, e ATIAS, Christian, *Le Droit Civil*, 4ª ed., PUF, Paris, 1993, p. 65.

certo modo, uma transposição do «conceito ético de pessoa»<sup>62</sup>, para o Direito Civil. E, da análise da nosso Código Civil de 1966, ressalta que a vontade do legislador foi no sentido de não atribuir personalidade jurídica ao ser humano nascente.

Com efeito, aquele legislador estabeleceu um «corte» — no processo biológico contínuo, que se inicia no momento da fecundação e termina com a morte cerebral — no momento do nascimento completo e com vida. Apenas com a perfeição do nascimento o homem adquire personalidade jurídica.

Mais de trinta anos decorreram sobre a publicação do Código Civil, e este deve ser alterado, de forma a acompanhar a evolução verificada, a traduzir um Direito «vivo», «actual» e não «rígido», «petrificado no tempo». É tempo de fazer um balanço sobre a bondade axiológico-material da solução consagrada na Lei Civil em vigor, solução essa que fixa na perfeição do nascimento a «fronteira» para o reconhecimento da personalidade jurídica.

### Conclusões

Esse balanço alertar-nos-á, inevitavelmente, para a necessidade de encontrarmos soluções que permitam articular um mínimo de defesa em torno da vida humana nascente.

Com efeito, o Código Civil foi elaborado na década de sessenta, pelo que a norma contida no artigo 66º, nº 1, está longe dos dados resultantes dos avanços científicos verificados na década de oitenta. Parece-nos ser imperioso actualizá-la, em termos dos progressos verificados nas Ciências Biomédicas, num domínio tão importante como este é — o do início da vida humana —, serem acompanhados por soluções jurídicas que lhes sejam conformes.

Já assim sucedeu com a exigência da «viabilidade» e da «figura humana» para o reconhecimento da personalidade jurídica: a «teoria dos monstros» considerou-se infundada, ultrapassada, no plano científico e o Direito acompanhou a evolução dos conhecimentos. Cremos que, agora, é tempo de deixar de exigir o «nascimento completo e com vida», uma vez

que o nascimento é apenas um momento na vida de um ser humano — ele já era antes e continuará a ser depois, sempre idêntico a si mesmo.

Aliás, o sistema definido hoje no Código Civil não deixa de nos suscitar alguma perplexidade: protege-se o nascituro ao nível do ter (podendo ser beneficiário de doações e em sucessão) e deixa-se-lo completamente desprotegido ao nível do ser, não se lhe reconhecendo sequer o direito sem o qual nenhum outro direito é possível: o direito a nascer.

Assim sendo, a Lei Civil, deve «ampliar» o reconhecimento da personalidade jurídica de modo a contemplar o embrião gerado *in vitro*, de modo a aproximar a ordem ontológica no plano jurídico da ordem ontológica no plano do ser. Essa aproximação exige, portanto, a projecção, o reconhecimento da personalidade jurídica para antes do nascimento<sup>63</sup>.

A vontade do legislador não deve, pois, prevalecer sobre o facto de que o embrião é um ser humano — que quando nasce já era um ser humano — e que o Direito lhe deve dispensar uma protecção justa, adequada às exigências concretas da situação em que se encontra.

Gostaríamos que esta nossa proposta não fosse completamente rejeitada por aqueles que consideram que o embrião não é um ser humano. É que, como já aludimos, mesmo duvidando-se da presença de um ser humano no momento seguinte ao da concepção, há sempre a probabilidade, por muito ténue que se pense que ela é, de se estar perante um ser humano, que deve ser tratado como tal. Ou seja, em caso de dúvida, que a solução seja a favor da pessoa<sup>64</sup>.

E, para terminar a nossa já longa exposição, vamos referir uma frase de um escritor português muito conhecido:

«Posso olhar o mar e não reparar nele, porque já o vi. (...) Nunca reparaste que há certas coisas que nós já vimos muitas vezes e que de vez em quando é como se fosse a primeira?»<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Vid., a este respeito, CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed., Universidade de Coimbra, Coimbra, 1992, p. 41 ss.

<sup>64</sup> Muito expressivas, no sentido da defesa de uma ética de responsabilidade, são as palavras de MICHEL RENAUD, que passamos a citar: «(...) contribuir para o surgir de uma nova ética, uma ética de responsabilidade, que vise a autenticidade e não o êxito a todo o custo; de uma ética apoiada sobre o desinteresse, o qual nunca será mensurável pelas suas proclamações externas, mas será o garante da solidez da nova era na qual já entrámos». RENAUD, Michel, *A Decisão Ética: factores particularmente relevantes da problemática contemporânea*, Brotéria, Lisboa, Janeiro de 1997, p. 56.

<sup>65</sup> FERREIRA, Vergílio, *Uma Esplanada Sobre o Mar*, Parque EXPO 98, Lisboa, 1996 (Col. 98 Mares, nº 26), pp. 15-16.

<sup>62</sup> Na expressão de LARENZ, Karl, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978 (trad. da 3ª ed. alemã de 1975, por Miguel Izquierdo e Macías-Picavea), p. 46.

De igual modo, podemos olhar o embrião gerado *in vitro* e não ver que, quando lhe atribuímos um estatuto filosófico ou jurídico, é a nós que nos estamos a referir — que, o que está em causa quando falamos no estatuto ou no destino que queremos dar ao embrião, é o estatuto e o destino que queremos dar a cada um de nós, porque é ao Ser Humano, numa ou noutra fase da sua vida, que nos estamos a referir.

E quem é esse Ser Humano?

«Quem o homem é verdadeiramente não sabe ele: pelo menos, de um saber absoluto, de essência tal que lhe conferisse eternidade, por coincidência eficiente entre conhecer e durar (...) *Ni ange ni bête* — dizia Pascal. Em que justo sentido? Um híbrido dos dois seria um monstro, um pouco das duas coisas absurdo. Mais que animal e menos que anjo, sim»<sup>66</sup>

HELENA PEREIRA DE MELO

<sup>66</sup>NEMÉSIO, Vitorino, *Era do Átomo, Crise do Homem*, Livraria Bertrand, Lisboa, 1976, p. 17.

## Ética e microrganismos modificados

### 1. Introdução

Desde tempos imemoriais que o Homem tenta modificar geneticamente os seres vivos, sobretudo através de certos cruzamentos entre as espécies, criando novas variedades de plantas de cultivo e novas raças animais. Mas com o advento das técnicas de engenharia genética nos anos 70 do nosso século, essas possibilidades ampliaram-se consideravelmente. Quebradas as barreiras entre as espécies, passou a ser possível transferir genes de qualquer origem (animal, vegetal ou microbiana) para qualquer célula e de os manter activos no novo hospedeiro.

Os microrganismos têm desempenhado um papel primordial como hospedeiros, por duas razões. Primeiro, porque a sua simplicidade estrutural os tornou, durante muito tempo, nos únicos organismos que era possível modificar por engenharia genética. Em segundo lugar, porque a indústria biotecnológica tinha já uma longa experiência e sucesso no uso de microrganismos.

Apesar desta sua importância científica e industrial, poderá parecer injustificado que os microrganismos recebam a honra de serem convidados para um debate ético de tão alto nível como o que se tem desenrolado nestes dias. Na realidade, porém, apesar de não haver uma ética dos microrganismos, há uma ética do comportamento humano em face deles, que se insere no debate apaixonante e actual da ética do ambiente.

### 2. Modificação genética

Pelos meados deste século, os genes dos microrganismos foram dissecados até ao ponto de se poder identificar neles a molécula química