

AUTONOMIA PRIVADA E RESPONSABILIDADE CIVIL: REPERCUSSÕES DA MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Mafalda Miranda Barbosa

I – INTRODUÇÃO



Falar de autonomia e responsabilidade civil envolve questionar todo o mundo juridicamente relevante. Na verdade, se adequadamente compreendermos o direito, veremos que o seu sentido não dista muito deste binómio, exatamente por assentar na pessoa (e na sua ineliminável dignidade ética) e, portanto, na sua dupla dimensão de ser livre e responsável. De um modo ainda mais vincado, por ser o domínio por excelência de afirmação do sujeito livre, o direito civil pode ser, todo ele, compreendido por referência à dupla categoria: autonomia (aí vertida em autonomia privada) e responsabilidade civil.

Trata-se, portanto, de uma ousadia propormo-nos abordar um tema tão vasto e tão rico. Urge, assim, delimitar o nosso propósito, que é, afinal, simples: partindo do verdadeiro sentido com que deve ser captada a autonomia, a implicar a consideração da sua materialidade (e o abandono de uma liberdade pensada em termos meramente formais), pretendemos exemplificar algumas das repercussões que esse (não tão) novo entendimento do princípio pode ter em sede de responsabilidade civil. Para tanto, é a própria relação entre ambos os vetores que vai ser elucidada, *ab initio*, já que só ela se mostra apta a esclarecer-nos verdadeiramente na procura de soluções que se pretendem normativamente fundadas e materialmente justas.

II – DA LIBERDADE NEGATIVA E FORMAL AO VERDADEIRO SENTIDO DA AUTONOMIA (MATERIAL)

A ligação entre a liberdade e a responsabilidade civil sempre foi afirmada, embora não nos moldes como a concebemos hodiernamente.

No jusracionalismo inicial, o postular de uma série de direitos originais e imutáveis do homem, que seriam deduzidos dos grandes axiomas da razão humana, levou à ideia de que qualquer dano que fosse perpetrado culposamente deveria ser ressarcido. Na base destes direitos originários e imutáveis encontrávamos uma dada compreensão da liberdade humana. Uma liberdade vista como liberdade negativa – uma liberdade definida pela correlativa determinação dos espaços sociais e de ação. O homem seria livre para agir. E poderia fazê-lo ao abrigo da sua liberdade, como quisesse, desde que se restringisse à sua esfera pessoal, só limitada no confronto com as esferas do outro. Se nessa sua atuação lesasse outrem, ultrapassados que fossem os limites do seu direito, surgiria uma pretensão indenizatória por parte do lesado, visto como um obstáculo à livre fruição do mundo pelo primeiro. Donde resulta que, quanto mais amplo fosse o âmbito da responsabilidade, maior seria a restrição à liberdade.

É claro que o período que assim se inicia não pode ser visto como um todo uniforme. Se os autores jusracionalistas, arvorando a liberdade como valor essencial ao homem, acabam por considerar que a sociedade é uma condição de desenvolvimento individual, preocupando-se em afirmar que os direitos originários e inalienáveis que postulam, uma vez violados, geram uma situação de responsabilidade, os autores positivistas – em que aquele jusracionalismo iluminista haveria de desembocar – acabam por colocar especiais cautelas na restrição da responsabilidade, atento o progressivo desprendimento em relação

aos direitos originários, enquanto conteúdo de um direito natural.

Uns e outros acautelam a liberdade de ação referindo que a violação tem de ser culposa. O elemento subjetivo é, por isso, considerado o fundamento da imputação delitual. Agigantava-se uma ideia individualista e assomava como essencial a delimitação da esfera de ação a partir do cotejar das esferas alheias. A expressão do *neminem laedere* não é outra coisa senão isso mesmo. Para o pensamento de raiz liberal, a relação do eu com o outro seria sempre uma relação de exclusão. Cada um é, diante do outro, o seu obstáculo intransponível.

A liberdade que se postula é, como referido, uma liberdade negativa – o eu, que se confronta com o tu, é livre porque, dentro da sua esfera de direitos, pode agir sem interferência dos demais. A responsabilidade surgiria, então, como um limite à liberdade – como o sinal de que se tinham ultrapassados os contornos externos da esfera de atuação do sujeito, demarcados pela sua esfera de direitos inalienáveis.

A esta liberdade negativa – entendida como exclusão dos demais – aliar-se-ia uma liberdade positiva, compreendida como autonomia. Mas a autonomia do indivíduo era ainda uma autonomia formal. Quer se colimasse na vontade, quer se imbricasse no espírito, a liberdade positiva concretizar-se-ia não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de ação, nos elevarmos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Dito de um modo mais direto, damos a nós mesmos as nossas regras, que, em última instância, mobilizamos diante do dilema ou mais amplamente da necessidade de escolha. Simplesmente, esta poderia ser uma escolha vazia.

Foram as consequências nefastas – potenciadas pelos acontecimentos históricos de então – que eclodiram que mostraram a imprestabilidade de um conceito formal de autonomia.

No plano negocial, onde a autonomia se agiganta na sua vertente de liberdade contratual, compreendeu-se que a postulada igualdade entre os contraentes, porque meramente formal, teria de envolver restrições à liberdade, em nome de uma justiça contratual que se almejava encontrar. Desenham-se, por isso, restrições quer no que diz respeito à liberdade de celebrar ou não o contrato, quer no que diz respeito à liberdade de escolha da contraparte, quer no que diz respeito à conformação ou modelação dos termos do contrato. E com isso abrem-se as portas a novas formas de responsabilização, onde o pendor de materialização da autonomia está já presente.

No plano extranegocial, ou seja, no plano do exercício dos direitos subjetivos, enquanto expressão dessa mesma liberdade, percebeu-se que a liberdade que se invoca não podia confinar-se a uma autonomia enquanto escolha entre diferentes possibilidades de ação.

A afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aceitássemos que o direito (dito objetivo) fosse uma pura forma, que se contasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente poderiam ser chanceladas de livres, ou seja, um conjunto de regras predispostas (ou impostas) pelo legislador, ao ponto de se dizer que tudo o que não era proibido por ele seria permitido.

Ora se é impensável reduzir o direito a um conjunto de normas colocadas na dependência da *voluntas* tendencialmente arbitrária do legislador, há que afirmar também a impossibilidade de a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor, sob pena de se chancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

No fundo, porque o direito não se pode compreender como uma pura ordem formal ordenadora de condutas, como um

conjunto de regras, para que a liberdade que se invoca seja juridicamente relevante, ela tem de comungar com o ordenamento em que se inscreve a predicação axiológica que permite que o direito efetivamente o seja.

A questão que surge é como pensar a liberdade, essa liberdade positiva – compreendida como autodeterminação – preenchendo o seu conteúdo com a nota do valor? O mesmo é – num outro plano – questionar qual o fundamento material da juridicidade se não se quiser ficar preso ao formalismo de que somos herdeiros diretos, e sem que com isso se resvale na imposição jusnaturalista do direito, pouco consentânea, no seu dedutivismo, com a especificidade das exigências que são colocadas ao direito, e arredada da historicidade e complexidade informadoras do mundo tal como o concebemos.

A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa.

Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da personalidade de quem a reivindica.

Pelo que é, afinal, na caracterização do modo como o homem se concebe a si, no momento histórico-cultural que nos situa e condiciona, que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa.

E quem é, afinal, a pessoa?

Se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se

compreendeu até à afirmação contundente da personalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano.

Se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de autocompreensão do *eu* – isolado e solitário no confronto com os demais – acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger, Lévinas, Max Scheler e pelo próprio pensamento cristão.

O homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros). Só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, como ensina Castanheira Neves, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia¹.

De acordo com o pensamento do filósofo do direito, o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*.

¹ Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1996, 34. Veja-se, igualmente, Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 39

Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social. Então, esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro – o *tu* – que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada.

Se encontramos na pessoa e na sua ineliminável dignidade o pilar sustentador de toda a juridicidade, é nessa pessoa – com o seu sentido de liberdade e de responsabilidade – que ancoramos os direitos subjetivos. Ainda que os continuemos a ver – numa linha de recusa das posições de Ihering – como poderes de vontade, haveremos de entender que este poder de vontade se predica na pessoa e não no indivíduo.

Só que, inteligida à luz da pessoalidade, a autonomia, de que o direito subjetivo é expoente, deixa de ser pensada em termos meramente negativos. Implica, pelo contrário, que na sua atuação livre o sujeito não esqueça os laços que o unem ao *tu*, sob pena de cair num abuso de liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele se torna sindicável por referência aos princípios do sistema que, entroncando naquela ideia ética, lhe servem de pilar sustentador.

Do que ficou dito resulta que o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que o seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade.

A responsabilidade já não configura, assim, um limite à liberdade, mas conforma-a dialeticamente. A responsabilidade civil, enquanto expressão da pessoalidade, pode compreender-se, agora, como uma responsabilidade diante do outro que resulta da falha na responsabilidade pelo outro que preenche o

conteúdo da autonomia do ser pessoa.

É claro que isto terá consequências ao nível da responsabilidade civil, que se denotam a diversos níveis:

1. Na impossibilidade de se invocarem determinados direitos para fundamentar pretensões indemnizatórias
2. Na possibilidade de se configurarem pretensões indemnizatórias por violação de determinados direitos
3. Na modelação dos requisitos delituais e na articulação que se opera entre eles

A reconfiguração da liberdade como uma liberdade positiva eticamente conformada tem consequências também ao nível da responsabilidade contratual. Tal resulta claro se nos lembrarmos que esta se pode compreender à luz da modificação objetiva da relação obrigacional (complexa) de que se partiu. Na verdade, se a obrigação de indemnizar não se distingue – numa perspetiva que, ainda hoje, está longe de ser consensual – do dever de prestar, mas resulta de uma mutação dele, então, percebe-se que a conformação material da liberdade que se joga no quadro do negócio não pode deixar intocável a responsabilidade que a partir daí se pode desenhar.

Porque o tempo e o espaço nos constroem, não abordaremos este último tópico. Dos anteriores, procuraremos apenas oferecer alguns exemplos paradigmáticos do que referimos. O nosso discurso estará, portanto, longe de ser exaustivo. Pelo contrário, ele deve ser assumido em termos exemplificativos (se bem que paradigmáticos) da mudança de perspetiva que queremos sublinhar.

III – DA IMPOSSIBILIDADE DE SE INVOCAREM DETERMINADOS DIREITOS PARA SUSTENTAR PRETENSÕES INDEMNIZATÓRIAS

A partir do momento em que a autonomia, que anda in-

dissociavelmente ligada à responsabilidade e que informa e conforma o direito subjetivo, deixa de ser pensada em termos meramente formais, os direitos que se invocam têm de se mostrar consonantes com os princípios normativos do sistema – sob pena de abuso do direito – e de ser congruentes com o fundamento último do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, sob pena de, em concreto, o direito inexistir.

Este dado – que nunca é demais sublinhar – deve ser tido em conta no momento do ajuizamento de determinadas pretensões indemnizatórias, quer porque pode não ser possível desvelar-se a ilicitude (na sua primeira modalidade), quer porque pode não ser possível cumprir o desiderato de preenchimento da responsabilidade, atento o conteúdo funcional do direito que foi lesado.

Muitos poderiam ser os exemplos ilustrativos desta ideia. Seleccionamos, contudo, pela importância prático-normativa deles e pelos problemas éticos que comunicam², duas situações com uma índole problemática diversa.

1. *WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE ACTIONS*

O problema da vida própria como um dano tem sido frequentemente questionado a propósito das chamadas *wrongful life actions* e *wrongful birth actions*. Em causa está o dano que a pessoa sofre em virtude de um nascimento indesejado³, a corresponder a diversas ações, consoante a estrutura peticional que

² Não queremos com isto dizer que a dimensão ética está ausente de outros tipos de casos. Pelo contrário, resulta do nosso trabalho que todo o direito (que o queira verdadeiramente ser) está imbuído de um sentido ético-axiológico determinado. Simplesmente, se em muitas situações o sentido ético pressuposto (embora tenha de ser sempre relevado para que seja possível – na remissão da norma para os princípios – compreender a intencionalidade problemática dela) é pacífico, outras hipóteses avultam – como as tratadas em texto – onde parecem surgir clivagens entre os autores. É por isso (e só por isso) que os problemas éticos se galvanizam a este ensejo.

³ S Sobre os *wrongful births* e as *wrongful lifes*, cf. A. Pinto MONTEIRO, “Direito a não nascer? Anotação ao Ac. do STJ de 19 de Junho de 2001”, *Revista de Legislação*

as mesmas encerram. O traçado comum das questões discutidas sob esta égide pode, sucintamente, ser descrito com apelo à pretensão indemnizatória baseada num nascimento que ocorre por os pais não terem decidido abortar, apesar de o filho sofrer de mal formações congénitas que comprometem aquilo que, no entendimento comum, é uma vida normal e digna de ser vivida. A simplicidade enunciativa não deixa, contudo, de esconder uma

e de Jurisprudência, ano 134º, nº3933, 2002, 371 s.; Guilherme de OLIVEIRA, “O direito de diagnóstico pré-natal”, *Temas de direito da medicina*, Coimbra, 1999, 214 s.; André Dias PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*, Coimbra, 2004, 375 s.; Fernando Pinto MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 II, A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra, 2006, 131 s.; Joel FEINBERG, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, *Freedom and Fullfilment*, 1992; Christine LEJEUNE, *Wrongful life – Das Kind als Vermögensschaden*, 2009; Geneviève VINEY, “Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion”, *La semaine juridique*, nº2, 2001, 65 s.; MARKESINIS, “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, 77 s.; Eduard PICKER, “Schadensersatz für das unerwünschte Kind”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 195, Heft 6, 1995, 483 s.; Reinhard ZIMMERMANN, “Wrongful life und wrongful birth”, *Juristenzeitung*, 52, Heft 3, 1997, 131 s.; Dieter GIESEN, “Schadenbegriff und Menschenwürde. Zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind”, *Juristenzeitung*, 49, Heft 6, 1994, 286 s.; Rolf STÜRNER, “Schadensersatz für mißglückte Abtreibung – ein Problem der Schadenszurechnung?”, *Juristenzeitung*, 41, Heft 3, 1986, 122 s.; Paulo Mota PINTO, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (“wrongful birth” e “wrongful life”)", *Revista Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, nº7, Coimbra Editora, Coimbra, 5 a 25; Carneiro da FRADA, “A vida própria como dano. Perspectivas civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. I, 2008 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382); Id., “A protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, vol. I/IV, 2010 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751) [o último estudo citado corresponde, segundo depoimento do autor, a outro: “O nascimento com deficiência. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Estudos em Homenagem a Mário Emílio Bigotte Chorrão*]; Miquel MARTÍN-CASALS/Josep Sole FELIU, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Barcelona, 2004, www.indret.com; Seana Valentine SHRIFFRIN, “Wrongful Life, Procreative Responsibility and the Significance of Harm”, *Legal Theory*, 5, 1999, 117 s.].

profusão de hipóteses práticas cuja diversa estrutura não pode ser escamoteada, posto que condicionante das soluções normativas que se almejam. Assim, tentando traçar, ainda que perfunctória e não exaustivamente, uma taxonomia orientadora do discurso, pensamos em alguns exemplos padrão: 1) os pais, não tendo sido alertados, por negligência do médico, para a mal formação do embrião, não tiveram oportunidade de decidir se abortariam ou não a criança por nascer e hoje pretendem reagir contra o clínico, distinguindo-se os casos consoante exista ou não de uma relação contratual firmada entre as parte; 2) o filho, informado com a sua situação, pretende reagir contra o médico, fundando a sua demanda nos mesmos dados enunciados no número anterior; 3) o filho pretende reagir contra os próprios pais que não optaram pelo seu não nascimento; 4) fruto de negligência médica, ocorre uma concepção que não foi desejada, vindo a criança a nascer⁴.

Vários são os problemas que se patenteiam a este propósito.

Em primeiro lugar, em algumas das hipóteses problemáticas, é a própria ilicitude que parece não se verificar. Se a pretensão se dirigir do filho contra os pais, teríamos que aventar a possibilidade de invocação de um direito à não existência, que,

⁴ Paulo Mota Pinto, a este propósito, considera três categorias de ações: a) concepção indevida/gravidez indevida: como resultado de um erro médico, gera-se uma criança, ou é concebido um feto com uma deficiência grave, não tendo os pais sido alertados para os seus riscos genéticos, e invocando-se agora que a gravidez nunca teria tido lugar se devidamente informados acerca do risco de darem à luz uma criança deficiente; b) nascimento indevido: o evento lesivo levou a um nascimento indesejado, ou porque o nascimento foi o resultado de uma concepção indevida, ou porque, sendo a concepção indesejada, um erro médico inviabilizou que os pais optassem pelo aborto; c) hipóteses de vida indevida, em que a ação é proposta pela própria criança que pede uma indemnização invocando um direito a não nascer; e referindo-se a dois tipos de danos: a) o dano do planeamento familiar; b) dano resultante de uma deficiência da criança nascida) – cf. Paulo Mota PINTO, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (“wrongful birth” e “wrongful life”), 5 a 25; ID., *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 738 s., n. 2094

tal como o próprio, inexistente em concreto. Tal direito radicaria numa insuperável antinomia normativa. Se o direito subjetivo é pensado enquanto categoria dogmática que bebe as suas raízes na personalidade, é paradoxal forjar um direito que ponha em causa a própria pessoa. Ademais, contrariaria toda a eticidade que informa a juridicidade, posto que, ao ser exercitável, implicaria a conversão do aborto num dever por parte dos pais. Do mesmo modo, não faz sentido o filho demandar, ainda que sob representação dos pais, o clínico.

Mas também os pais não titulam qualquer direito invocável quando, não tendo sido alertados, por negligência do médico, para a mal formação do embrião, não abortaram a criança ainda não-nascida. O aborto não pode ser configurado como um direito. A despenalização do comportamento (ou a sua descriminalização) não resulta da falta de dignidade penal do bem jurídico⁵. O direito à vida é inviolável, e, se dúvidas houvesse no

⁵ Importa a este ensejo salientar que o Tribunal Constitucional nunca foi chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade do preceito. A consulta que lhe foi dirigida prendeu-se, tão-só, com a questão da eventual inconstitucionalidade de referendar, por via popular, o direito à vida. No acórdão proferido por este Tribunal podemos, contudo, divisar argumentos no sentido da não inconstitucionalidade da alteração legislativa. Assim, cf. Acórdão nº617/2006 do Tribunal Constitucional. Cremos, contudo, que a constitucionalidade da lei é duvidosa, por dois motivos. Em primeiro lugar, deixa praticamente sem proteção um bem jurídico fundamental; em segundo lugar, na ponderação dos interesses (aparentemente – e só aparentemente) em conflito, valora superiormente o interesse axiologicamente inferior, deixando o embrião à total mercê da vontade arbitrária da mãe. Importa, contudo, ter em conta o que fica inscrito em texto.

Vejam-se, ainda, as declarações de voto de alguns conselheiros do Tribunal Constitucional. Assim, Moura Ramos, considerando que o bem jurídico seria totalmente desprotegido até às 10 semanas e que a ponderação de bens jurídicos não pode ser feita em abstrato, sem consideração da conduta específica dos seus titulares; Maria dos Prazeres Beza, sustentando a inconstitucionalidade da liberalização que torna lícito o aborto até às 10 semanas, por tal ser inconciliável com o princípio da inviolabilidade da vida, já que não haveria qualquer causa de justificação passível de afastar a licitude do ato; Benjamim Rodrigues, considerando que, se é certo que o legislador pode conferir diferentes graus de proteção criminal ao *continuum* da vida, a verdade é que não pode retirar qualquer proteção penal durante as primeiras dez semanas de gravidez, por isso implicar uma absoluta desproteção da vida; Mário Torres, sustentando a inconstitucionalidade de um sistema de prazos não condicionado por um sistema de

tocante à abrangência com que deve ser interpretado o preceito constitucional – o citado artigo 24º CRP –, elas dissipar-se-iam pela imprescindível consideração da inexistência de diferenças ontológicas entre um embrião com dez semanas e um embrião com onze semanas e bem assim entre um embrião (independentemente do tempo de gestação) e uma criança já nascida⁶. Nessa medida, a despenalização do comportamento em causa, quando revista certas características, só pode ser entendido à luz da outra categoria que justifica a criminalização: a eficácia. Advogam, de facto, os defensores da despenalização do aborto – ou do aborto até um determinado prazo – que, porque se trata de um *crime sem vítima*, a intervenção do direito penal seria irrelevante ou, pior, levaria a agravar a posição das mulheres que, desejando abortar, dispunham de meios económicos para levar a cabo o ato fora das feitorias portuguesas. Temos muitas dúvidas que a argumentação possa ser aceite, sobretudo pela consciência da fragilidade da vida em questão e pela necessidade de a proteger diante de tamanha vulnerabilidade. Não obstante, a fragmentariedade do direito penal e uma certo entendimento do princípio da proporcionalidade parecem, segundo alguns autores, autorizar a conclusão⁷.

O que já não é possível é extrair da lei penal e da sua

aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida e sublinhando a violação do princípio da igualdade por a norma que viria a permitir a interrupção voluntária da gravidez depender exclusivamente da decisão da mãe, sem atender à vontade do pai.

⁶ Cf., nesse sentido, *inter alia*, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 266; Diogo Leite CAMPOS, “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, *Nós – Estudo sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, 57 s.; Diogo Leite CAMPOS, “O estatuto jurídico do nascituro”, *Nós – Estudo sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, 75 s.; Diogo Leite CAMPOS, “O início da pessoa humana e a pessoa jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, 1257-1268.

⁷ Sobre a questão da fragmentariedade do direito penal, cf. José de Faria COSTA, *O perigo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, 10 s.

Sublinhe-se, ainda, que a posição exposta – por motivos de argumentação – não coincide com a nossa posição em matéria de despenalização do aborto.

interpretação um verdadeiro direito ao aborto⁸. Como esclarece Carneiro da Frada, num texto a propósito do mesmo quadro problemático-normativo, “a tutela constitucional não está condicionada por normas infraconstitucionais; pelo contrário, estas é que obedecem àquelas”⁹. Ou seja, uma norma – de índole penal ou outra, que quisesse, a despeito do preceito que garante a inviolabilidade do direito à vida, atribuir tal direito só seria constitucional se se excluísse dessa proteção a vida intrauterina. Ora, não há nada – nenhum dado ontológico ou axiológico – que viabilize tal interpretação. Recorrendo novamente ao verbo de Carneiro da Frada, “introduzir-se-ia uma limitação arbitrária, que o texto constitucional não consente”¹⁰. Mais do que isso, estar-se-ia a desrespeitar o fundamento axiológico que sustenta o próprio ordenamento jurídico, pelo que uma regra dessa índole não poderia ser considerada uma regra de direito e do direito. Na verdade, é inegável que o embrião configura uma vida humana e a qualquer vida humana, em qualquer das suas formas, há-de ser atribuído o estatuto de pessoa, sob pena de se abrirem as portas a uma diferenciação axiológica entre seres humanos que choca com os quadros valorativos em que nos movemos¹¹.

É claro que a proteção da vida humana não é absoluta e

⁸ Afirmando-o expressamente, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, ““A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, *Pessoa humana e direito* (Diogo Leite Campos/Silmara Chinellato), Coimbra, Almedina, 2009, 400 s.: “da leitura conjugada dos artigos 140º a 142º do C. Penal, resulta com muita clareza que a interrupção voluntária da gravidez é ilícita e constitui crime, mesmo quando não seja punível nas circunstâncias do artigo 142. (...) A tipificação da conduta como crime afasta a sua qualificação como exercício de um direito subjetivo. Não é juridicamente concebível um direito subjetivo à prática de um crime”.

⁹ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 244.

¹⁰ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 244

¹¹ Cf., de forma a acompanhar o intenso debate a que hodiernamente se assiste a propósito da conceção de pessoa, Stanley RUDMAN, *Concepts of Person and Christian Ethics, New Studies in Christian Ethics*, Cambridge University Press, 1997. A páginas 21, somos confrontados com a diferença entre uma visão individualista do *eu* e o conceito social de pessoa.

irrestrita. Basta, para o entendermos, que nos lembremos das hipóteses de legítima defesa. Contudo, nesses casos, está em causa um conflito de interesses/valores hierarquicamente idênticos; ao invés, nas situações de aborto *ad nutum*, nada se sobrepõe à ou equivale a vida do embrião. De um lado, somos confrontados com uma vida; do outro lado, somos confrontados com a invocação de um pretensão direito à liberdade da mãe que, mal compreendido, redunde, afinal, numa falsa liberdade. De facto, não só não está em causa o direito à autodeterminação da maternidade¹², que se joga a montante, no momento da prestação do consentimento para a prática de um ato sexual relevante não protegido por um meio contraceptivo, como, diante do *outro*, de um ser humano que nos dirige uma pretensão de respeito, a liberdade (positiva e axiologicamente densificada) só pode ser compreendida na relação de cuidado que afasta toda e qualquer nota de egoísmo hedonista.

Assim sendo, as normas que regulamentam a exceção introduzida na lei penal à punibilidade do aborto – ao permitirem o acesso da mãe grávida ao serviço nacional de saúde para abortar, como condição para essa mesma não punibilidade – não podem ser senão interpretadas no sentido de o Estado reivindicar para si o controlo das circunstâncias em que o ato é levado a cabo, não podendo ir ao ponto da consagração do não-direito.

Não faz, portanto, sentido considerar procedente a demanda dos pais em relação ao médico. Não se nega a liberdade de autodeterminação da maternidade e da paternidade, enquanto dimensão do direito à autodeterminação e, em geral, do direito de personalidade, mas também não se pode esquecer qual o momento exato do seu exercício efetivo – o momento da prática de uma relação sexual consentida, esgotando-se aí.

Mesmo que em causa não esteja um simples querer abortar, mas a consideração da deficiência congénita do filho, do que

¹² Sobre o ponto, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, Almedina, Coimbra, 2004, 273 s.

se trata – até perante as dúvidas da doutrina penalista na matéria, onde vozes ecoam no sentido de considerar que o que justifica a não punibilidade é a exclusão da culpa e não da ilicitude – não é do exercício de um direito, mas de uma mera retração do ordenamento jurídico, sob pena de se afirmar que um ser, por ser portador de deficiências, não é merecedor da tutela que aos outros é dispensada.

A ponderação há-de ser outra nos casos de concepção errada/indesejada. Aqui, poder-se-ia invocar a lesão do direito à autodeterminação da maternidade. Simplesmente, a pretensão decairá pela contemplação do requisito dano. A vida, em si mesma, não pode ser vista como um desvalor. Tal afigurar-se-ia inconsonante com a axiologia determinante de toda a juridicidade, conflituaria com a inviolabilidade que se lhe reconhece – e que em termos civilísticos se representa pela nulidade da disposição sobre esse bem jurídico¹³. E não se invoque que em causa não estaria o dano da vida, mas os danos patrimoniais decorrentes da necessidade de sustentar a criança, porque, numa lógica de bipartição entre a causalidade fundamentadora e preenchidora da responsabilidade, estes só poderiam ser reconduzidos ao conteúdo do direito à autodeterminação da maternidade/paternidade se o próprio nascimento fosse entendido como um dano em si mesmo.

Importa, por último, ter em conta que o problema se pode colocar no seio de uma relação contratual. O que se questiona, a esse ensejo, é se a modelação obrigacional do problema é ou não de molde a alteração a solução que para ela se oferece. E, quanto ao ponto, a solução não pode ser senão negativa. Vejamos. Na responsabilidade contratual, não ficamos limitados por uma

¹³ Repare-se que, nas hipóteses em que o pedido é formulado pelo filho, se pode inclusivamente, numa redução ao absurdo, afirmar que a morte a pedido seria o remédio ressarcitório adequado, numa formulação que é insustentável e indefensável. Cf. Carneiro da Frada, “A vida própria como um dano”; “A vida própria como dano. Perspetivas civis e constitucionais de uma questão-limite”; “A proteção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião.

ideia de ilicitude cindível da culpa, pelo que não temos de nos preocupar em identificar o direito lesado: o facto de não existir um direito a não nascer ou a não existir; o facto de não existir um direito ao aborto; o facto de não estar em causa o direito à autodeterminação não nos perturbará a esse nível. O que está em causa é o interesse que foi contratado pelas partes. Ora, pode aventar-se a hipótese de o médico se ter obrigado a não permitir que a mulher engravidasse (v.g. através de um método contraceptivo permanente), tendo violado o seu dever¹⁴. O nascimento, já o vimos, não pode ser considerado como um dano, porque tal perspectiva seria axiologicamente contrária à intencionalidade do próprio direito. *Quid iuris*, em relação às despesas que os pais vão ter de suportar durante toda a vida? Visto sob este prisma o problema já não diz respeito ao dano, mas diz respeito à imputação objetiva. O contraente lesado tem direito a ser colocado na posição em que estaria se não tivesse celebrado o contrato. Poder-se-ia, portanto, pensar que não teria de suportar as despesas em questão, que assim seriam passíveis de ser ressarcidas. Simplesmente, o médico não se obriga a salvaguardar os interesses patrimoniais do lesado; antes a impedir que haja uma gravidez indesejada. Donde a indemnização dos danos patrimoniais só faria sentido se o próprio filho fosse considerado um dano, algo que já vimos ser absolutamente inviável. Isto quer dizer que, embora em termos meramente técnicos e operativos houvesse a possibilidade de indemnização de tais pretensões no quadro da responsabilidade contratual, o sentido ético-axiológico do ordenamento parece opor-se a tal solução.

Isto não obsta a que, se assim se justificar em face das condições do agregado familiar, haja uma solução de tipo securitário que ampare a vida do filho deficiente (ou não) nascido. É que aqui, ao contrário dali, não há necessidade de cancelar uma

¹⁴ A ponderação seria outra em caso de, no âmbito de um contrato, o médico não alertasse os pais para a malformação do filho, podendo aí invocar-se inclusivamente, como forma de exclusão da responsabilidade do médico, uma situação de auxílio necessário de terceiro.

conduta humana como desvaliosa, sequer de discernir um dano. Aqui, ao contrário dali, o montante patrimonial atribuído ou atribuível não pretende apagar uma vida tida por indigna mas a garantir, face à debilidade, uma real igualdade de oportunidades na vida societária e, ademais, o desenvolvimento da própria vida e da personalidade que lhe está subjacente. O sinal mais de um lado; o sinal menos do outro. O primeiro axiologicamente valioso, eticamente meritório, embora assente numa relação que transcende a bipolaridade da estrutura civilística. A distinguir, então, uma perspectiva jurisprudencialista de base axiológica e uma perspectiva consequentialista enquanto formas de racionalidade¹⁵.

Ou seja, o sentido de cuidado com o outro impede que se possam invocar determinados direitos, o que pode fazer decair uma pretensão indemnizatória. Por outro lado, esse mesmo *outro*, absoluto e intransponível na sua dignidade, não nos pode permitir configurar um dano se isso implicar a renúncia ao seu valor.

2. A INDEMNIZAÇÃO PELA PERDA DE RENDIMENTOS ILÍCITOS – O CASO DA PROSTITUTA.

Em 6 de Julho de 1976, o *Bundesgerichtshof*¹⁶ pronunciou-se sobre um caso com a seguinte intencionalidade problemática: A, prostitua, é lesada por B num acidente. Em virtude da lesão, deixa de poder trabalhar durante trinta dias. Num dia normal de trabalho, A tinha cerca de 15/20 clientes, pelo que se verifica uma perda de rendimentos fruto da incapacidade temporária. Considerou o *Bundesgerichtshof* que não havia direito a uma compensação, segundo o § 252 BGB, porque a prostituição é

¹⁵ No mesmo sentido, e novamente, Carneiro da FRADA, “A vida própria como um dano”, bem como a demais bibliografia citada.

¹⁶ *Bundesgerichtshof* 6 de Julho de 1976, VI ZR 122/75 (BGHZ 67, 119), in *Digest of European Tort Law, II, Essential Cases on Damages*, Berlin, Gruyter, 2011, 350, com comentário de R. Zimmermann e S. Mertens.

desenvolvida *contra bonos mores*. Admitir a compensação implicaria que o ordenamento jurídico entrasse em contradição consigo mesmo. Mas, o tribunal não desatende totalmente a pretensão. A teve direito a uma montante que cobrisse as necessidades básicas e que poderia ser obtido por uma pessoa saudável em condições normais, já que, de outro modo, o próprio lesante sairia beneficiado¹⁷.

Cinco anos mais tarde, seria a vez de um tribunal austríaco se pronunciar sobre um caso idêntico¹⁸. A decisão haveria, contudo, de ser inversa, tendo sido o pedido da prostituta acolhido, por se considerar que o § 1325 AGBG determina que alguém que sofre uma lesão corporal tem direito a uma indemnização pela perda de lucros, onde se incluem os lucros de uma prostituta¹⁹.

Contra o que é explicitado em muitas decisões judiciais, o relevante não é determinar a validade ou invalidade de um contrato que pode estar na base da situação controvertida, mas partir da consideração do bem jurídico lesado (o direito subjetivo absoluto violado ou o interesse legalmente protegido preterido) para determinar os danos que aí se podem inscrever. No caso da

¹⁷ Segundo a explicitação de Zimmermann e Mertens, hoje a prostituição tem um regime especial na Alemanha – *Prostitutionsgesetz*, considerando-se que entre a profissional do sexo e o seu cliente se celebra um contrato. No entanto, esse contrato é ainda considerado *contra bonos mores*, pelo que não perdeu sentido a discussão sobre se deve ou não haver um direito à indemnização. Mais esclarecem os autores que vários são os argumentos que se mobilizam num sentido e noutro. Entre eles, sublinhe-se a ideia de que não se pode oferecer à prostituta uma pretensão indemnizatória mais favorável do que aquela que seria reconhecida a uma pessoa desempregada. Por outro lado, se a obrigação no âmbito do contrato em questão não é exigível, soa estranho que depois possa haver direito a uma indemnização no seio de um contrato – cf. R. ZIMMERMANN/S. MERTENS, *Digest of European Tort Law*, II, 350.

¹⁸ *Oberster Gerichtshof*, 12 Maio de 1981, 2 Ob 62/81, SZ 54/70, in *Digest of European Tort Law*, II, 351.

¹⁹ Cf. *Digest of European Tort Law*, II, 351, considerando-se que não se lida, aqui, com a questão da ilicitude, uma vez que a prostituição não é proibida na Áustria, e que o problema do contrato *contra bonos mores* é irrelevante, por não ser a prostituta obrigada a devolver a remuneração que recebeu, apesar da nulidade do contrato.

prostituta²⁰, embora o dado possa ser convergente, não nos deve preocupar saber qual o valor do acordo estabelecido entre ela e os clientes. A discussão sobre a validade ou invalidade, colimada na ilicitude ou na violação dos bons costumes (sendo que uma e outra geram, entre nós, a nulidade), podendo ser importante, impede-nos de nos situar no patamar dialógico onde nos devemos encontrar para resolver a questão. A pretensão indenizatória alicerça-se na violação do direito à integridade física ou, noutros casos, do direito à vida. É inequívoco que, independentemente de estarmos ou não a lidar com uma prostituta, deve ser atribuída uma compensação. A ilicitude desvela-se em concreto. E a partir dela serão, em concreto, discerníveis danos, entre os quais a perda da capacidade para trabalhar. Não basta, porém, que se possam considerar hipoteticamente putativos danos. Pelo contrário, devem ser provados em concreto. Estando em causa a morte da prostituta, os danos patrimoniais integrarão, necessariamente, a perda de rendimentos, tendo em conta a idade da vítima e a esperança de vida profissional futura²¹. Lesando-se a sua integridade física, indemnizar-se-ão, em princípio, os lucros cessantes associados à perda de capacidade para trabalhar. Simplesmente, se essa incapacidade for temporária, os danos são computados tendo em conta aquilo que o lesado efetivamente deixou de auferir e não aquilo que ele hipoteticamente poderia ter deixado de auferir, já que a indemnização vai cobrir o que ele receberia se não tivesse existido a lesão e, portanto, vai-se ater a dados dos quais se há-de fazer prova bastante. Para

²⁰ Cf. KOZIOL, “General conditions of liability”, *Principles of European Tort Law, Text and commentary* (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW), Springer, Wien, 2005, 25.

²¹ Não estamos aqui a considerar outras parcelas do dano que serão atribuídas aos familiares sobreviventes, quer por via sucessória, quer diretamente. Pensamos, designadamente, na compensação dos danos não patrimoniais sofridos pela vítima antes de morrer, do dano da morte, e dos danos sofridos diretamente pelos familiares sobreviventes. Para uma consideração de todos eles, cf. artigo 496º CC. Veja-se, ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, nº45, Jan./Março 2014, 3 s.

obter uma indenização, a prostituta teria de provar os rendimentos em concreto que deixou de auferir. Mas isto não seria suficiente. Na verdade, teríamos de ver, partindo da lesão do bem jurídico integridade física, se a utilidade que se perde se integra ou não entre as faculdades que o direito absoluto em causa potencia ao seu titular. Se nenhuma dúvida há quanto à capacidade para trabalhar, e a partir daí para obter rendimentos, a prestação de serviços sexuais não pode ser entendida como o exercício de uma profissão. Em apreço passa, portanto, a estar a liberdade de disposição do próprio corpo associada ao direito à integridade física ou, mais genericamente, ao direito geral de personalidade. Simplesmente, esse direito que se invoca ou essa faculdade jurídica – enquanto poder inerente ao conteúdo de um direito subjetivo – que se reclama inexistem em concreto.

Na verdade, contra o que é muitas vezes sustentado, a autonomia que se associa ao ser pessoa, base do reconhecimento dos direitos de personalidade pelo ordenamento jurídico, não pode ser entendida no vazio, como referido. O direito à autodeterminação sobre o próprio corpo (o poder de dele dispor) não pode ser invocado de uma forma que entra em contradição com o sentido de dignidade ética do sujeito que está na base do seu reconhecimento.

Ora, se esta faculdade não se pode reconduzir ao conteúdo do direito violado, não é possível cogitar a indenização pelo prejuízo constatado. Este prejuízo não é normativamente relevante, por axiologicamente contrariar o próprio fundamento da juridicidade em que nos alicerçamos. A questão resolve-se, portanto, ao nível do preenchimento da responsabilidade. Não importa, pois, analisar a questão do ponto de vista da dicotomia entre a ilicitude ou a violação dos bons costumes e do seu impacto em sede contratual.

Encontramos, portanto, mais um exemplo de uma situação em que a ponderação da materialidade que subjaz à autonomia nos oferece uma solução diversa daquela que postularíamos

se nos ativéssemos a uma consideração meramente formal do agir livre.

IV – DA POSSIBILIDADE DE SE CONFIGURAREM PRETENSÕES INDEMNIZATÓRIAS POR VIOLAÇÃO DE CERTOS DIREITOS

Se o modo como se compreende a autonomia nos leva a fazer decair certas pretensões indenizatórias, porque os direitos em que elas se ancoravam não podem ser exercitados em concreto, sob pena de se contrariar a própria estrutura axiológica dessa liberdade, outras situações há em que, contra a invocação de uma liberdade meramente formal, se pode desenhar um direito ao ressarcimento. Tais situações, se bem que porventura residuais (pelo menos as que mobilizamos para ilustrar o dado), são importantes por vincarem a importância dos bens jurídicos (direitos subjetivos) associados (e lesados) e a impossibilidade de, contra um sentido errôneo da liberdade/autonomia, deles se dispor. É o que acontece, por exemplo, quando alguém tenta cometer suicídio ou quando alguém faz um aborto. As duas hipóteses exigem, contudo, alguma densificação, sobretudo em face das divergências que a esse nível se fazem sentir entre os autores.

Se, como vimos no caso da prostituta, o direito de personalidade, enquanto direito subjetivo, não implica um poder absoluto do homem sobre si mesmo, compreendemos com meridiana clareza que não seja possível invocar um direito a morrer. A titularidade do direito à vida não pode implicar que o sujeito possa abdicar da sua vida. É claro que é possível limitar voluntariamente os direitos de personalidade. Contudo, tal limitação apresenta, também ela, limites: aqueles que são impostos pelos bons costumes e pela ordem pública, nos termos do artigo 81º CC. De resto, não é possível invocar um direito, em concreto, quando o exercício que dele se faça seja contrário ao fundamento

último do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Ainda que, do ponto de vista penal, o auxílio ao suicídio venha a deixar de ser considerado crime (numa solução que, a existir no futuro, nos suscita inúmeras dúvidas), isso não pode equivaler, sob pena de desconformidade com o sentido ético-axiológico do direito, à atribuição de um direito a morrer.

Do ponto de vista do direito civil, o suicídio configura um ato ilícito. O direito à vida é, como não pode deixar de ser, absolutamente indisponível e o consentimento que funcione como renúncia dele deve ser tido por nulo²². Isto quer dizer que, se houver auxílio ao suicídio, o ato do terceiro fica maculado pela nota da ilicitude. Por seu turno, o titular do direito que perpetre suicídio incorre, igualmente, no domínio do ilícito. De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, “no caso de tentativa de suicídio, todos os danos colaterais, incluindo tratamentos médicos e outras despesas, caberão ao suicida tentado”²³. O direito à indemnização é atribuído, contra o que é a regra, não ao titular do direito, mas a terceiros. Nos termos do artigo 495º CC, “no caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indemnizar as despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais, sem excetuar as de funeral”, tendo direito à indemnização “aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima”. Em face do disposto no preceito do Código Civil, poder-se-ia pensar que em causa não estaria propriamente uma consequência da ilicitude do ato atentatório da vida perpetrado pelo próprio titular, mas a necessidade de tutelar a

²² Sobre o ponto, sem qualquer margem para dúvidas, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo III, *Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 124 s.

²³ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 125. O autor esclarece que a indemnização a que haja lugar pode vir a ser reduzida, nos termos do artigo 484º CC, ou pode mesmo vir a ser excluída pela incapacidade acidental, prevista no artigo 488º CC.

posição de terceiros. O argumento poderia fazer sentido se pensássemos que, em regra, a indenização é atribuída ao titular do direito e que, portanto, não está em causa a salvaguarda da vida, mas de interesses patrimoniais dos que o socorrem. Não cremos, porém, que o argumento proceda. Ao nível do direito civil, os puros interesses patrimoniais não são protegidos delitualmente. Não faria, por isso, sentido tutelá-los se, de alguma forma, a solução não se ligasse para os devidos efeitos à lesão ou tentativa de lesão do direito à vida. O artigo 495º CC é pensado para incentivar, ou pelo menos para não desincentivar, atitudes de socorro. Se em termos valorativos esta solução de incremento da solidariedade se justifica pela importância dos direitos envolvidos (vida e integridade física), em termos dogmáticos ela pode ser justificada por referência ao âmbito da ilicitude (que resulta da violação ou tentativa de violação do direito à vida). Para tanto haveremos de ter em conta que o ilícito se desvela pelo resultado e que, por isso mesmo, deverá ser ligado a um comportamento humano. Assim sendo, há que distinguir, em termos indemnizatórios, a chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade da causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga a ação à lesão do direito absoluto; a segunda liga a lesão do direito absoluto aos danos subsequentes²⁴. Se nenhuma dúvida existe quanto à conexão entre a ação e o resultado²⁵, resta problemática a ligação da lesão do direito aos danos sofridos pelos terceiros²⁶. Reconduz-se àquela lesão a preterição de todos

²⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, cap. I e *Lições de responsabilidade civil*, Princípia, 2017. Para outras referências, veja-se *infra*.

²⁵ Podem, em concreto, porém, colocar-se interessantes problemas imputacionais, que se reconduzem àquilo que vai conhecido pela causalidade psicológica.

²⁶ No texto, tentamos justificar a solução (embora excepcional) à luz do funcionamento da causalidade preenchedora da responsabilidade. Importa, contudo, não esquecer que o artigo 495º CC pode encerrar também problemas atinentes à causalidade fundamentadora da responsabilidade. Basta para tanto que o terceiro que socorre o primeiro lesado sofra também ele uma lesão num direito absoluto.

os interesses que fossem abarcados pelo âmbito do direito, donde as despesas realizadas para evitar a lesão hão-de ser contempladas na indemnização. Como regra geral, podemos considerar que, para o cálculo da indemnização, deve ser feita uma comparação entre o que o direito subjetivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora. Para estabelecer a subtração comparativa a que se alude, não temos de pensar numa qualquer situação, dependente do curso virtual dos acontecimentos, mas antes olhar para o que em concreto o direito potenciará ao seu titular (fruto da recondução do seu interesse específico ao núcleo de faculdades que compõem o seu conteúdo) e o que ele potencia: a pessoa não consegue satisfazer a necessidade, a pessoa tem de lançar mão de outros mecanismos alternativos para o fazer, tendo com isso despesas, a pessoa tem de reparar o bem objeto do direito, a pessoa deixa de obter uma vantagem que era assegurada por aquele direito²⁷. Isto quer dizer que o titular do direito à vida que o vê ameaçado tem direito a

Veja-se, ainda, a questão da integração no artigo 495º CC do ressarcimento pelos lucros cessantes.

Sobre o ponto, cf., com particular interesse, Carneiro da FRADA, “Danos económicos puros”, *Forjar o Direito*, Almedina, Coimbra, 2015, 173, debatendo o problema de saber se se pode obter uma indemnização a mulher que, em virtude do acidente que o marido sofreu, teve de fechar o estabelecimento comercial que explora para dele cuidar e admitindo essa ressarcibilidade, na esteira da jurisprudência, alicerçando o seu entendimento no dever legal de socorro e auxílio que existe entre os cônjuges. No fundo, a atuação da mulher vem substituir um socorro que seria realizado por um terceiro e cujos custos poderiam sempre ser imputados ao lesante. Isto mostra que o problema contido no artigo 495º pode também ser perspetivado do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, prisma a partir do qual se torna líquida a problematização dos danos puramente patrimoniais.

²⁷ O posicionamento não é absolutamente unânime na doutrina, mas surge fundamentado em Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, cap. XI.

ser indenizado por todas as despesas que leve a cabo para evitar ou tentar evitar essa lesão. Havendo um dever de auxílio por parte de terceiros quando esteja em causa a potencial violação do direito à vida ou à integridade física, não se estranha que aquela indenização inclua também as despesas suportadas por esses terceiros. No fundo, o direito à vida inclui também o direito a uma conduta positiva por parte de terceiros e é isso que justifica o alargamento da tutela aos interesses patrimoniais destes (que assim se substituem ao próprio titular). Tratando-se de um ato do titular do direito, porque o direito à vida é indisponível, a mesma obrigação de agir existe por parte dos terceiros, donde se podem reconduzir os danos patrimoniais subsequentes à lesão ou tentativa de lesão do direito – eles ainda se integram no âmbito dos interesses protegidos pelo próprio direito, porque o ordenamento jurídico impõe aos terceiros uma ação (e concomitantes custos) que, de outra forma, teriam de ser compensados pelo próprio lesado²⁸⁻²⁹. Há como que, por via da dogmática própria do direito à vida, uma transferência de parte do dano para um terceiro, ao qual é imposta uma obrigação de agir.

Só a compreensão da liberdade em termos materiais e axiologicamente densificados nos permite sufragar uma posição deste tipo.

O mesmo se diga em relação a situações em que ocorre um aborto. Porque inexistente um direito ao aborto, é possível que o pai, que não deu a sua concordância em relação ao ato, venha a ter direito a uma pretensão indenizatória pela morte do filho.

A partir do momento em que justificadamente reconhecemos a impossibilidade de negar a um ser humano – ainda que

²⁸ Nessa medida, poderia perder sentido a distinção que Menezes Cordeiro (op. cit., loc. cit.) opera entre a tentativa de suicídio e o suicídio para estes efeitos, embora se perceba a clivagem num plano extrajurídico.

²⁹ A tutela dos interesses de terceiros ocorrerá, autonomamente, num desvio à regra, no caso do disposto no artigo 495º/3 CC. Repare-se, contudo, que há quem veja também no nº2 a consagração excepcional da indemnização de danos puramente patrimoniais.

nascituro – a qualidade de pessoa e em que justificámos as exceções à punibilidade do aborto do ponto de vista da eficácia da lei penal – e já não da dimensão de validade, isto é, da dignidade do bem jurídico –, convocando assim a ideia de última *ratio* que predica o direito criminal, abrimos as portas à possibilidade de protecção do embrião ao nível do direito civil.

Esta protecção é reconhecida em muitas situações e parece impor-se com meridiana clareza nas restantes.

Na verdade, o próprio ordenamento jurídico tem vindo a reconhecer a relevância jurídica dos casos em que o embrião sofre uma lesão quando ainda estava no ventre materno, vindo a nascer com malformações ou outras patologias, quer estas se revelem imediatamente no momento do nascimento, quer se revelem em momento posterior. Carneiro da Frada oferece-nos, inclusivamente, um quadro referencial de hipóteses que, “entre nós e segundo a jurisprudência estrangeira, parecem pacíficas e consensuais no sentido do merecimento de tutela do sujeito nascido com deficiência”³⁰: lesões provocadas por negligência médica; lesões sofridas pelo nascituro em virtude de agressões ou maus tratos infligidos à mãe; lesões resultantes de acidentes de viação; lesões provocadas por medicamentos receitados às mães durante a gravidez³¹.

³⁰ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 235.

³¹ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 235. O autor relembra, ainda, um outro dado importante: trata-se da possibilidade, reconhecida pelos tribunais superiores, de indemnização dos danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro (quando ainda o era) e compensados nos termos do artigo 496º/2 CC.

Acerca do melhor entendimento do preceito, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im) pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, nº45, Jan./Março 2014, 3 s.

Mais problemático parece ser a possibilidade de indemnizar as lesões causadas por comportamentos anteriores à concepção que, afetando a mãe, se vão depois repercutir na integridade física do filho. Negando tal possibilidade, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 236. Parecendo favorável ao ressarcimento, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria*

Ora, se se protege a integridade física do nascituro não se descortina qualquer motivo para deixar sem tutela a sua vida. É certo que o artigo 66º/2 CC consagra que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. Mas, deve-se operar uma redução teleológica do preceito, considerando que o mesmo apenas se aplica aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de se gerar uma antinomia normativa. Com efeito, a mobilizar-se a solução para as hipóteses em que estivesse em causa um direito de natureza pessoal, chegar-se-ia a um paradoxo: aquele paradoxo que nos levaria a indemnizar os danos gerados pela lesão da integridade física, mas já não os danos causados por um comportamento com um acrescido grau de desvalor – do ponto de vista objetivo e mesmo, porque não, do ponto de vista subjetivo, se, por exemplo, o agente perpetrador do ato ilícito tivesse agido com dolo³².

Por outro lado, se a conformidade da lei penal com o sentido do justo só se garante com recurso à aludida ideia de última *ratio* e de eficácia daquela³³, então reforçamos a ideia de que não existe nenhum obstáculo ao alargamento da proteção que o direito civil dispensa ao nascituro para além dos casos em que foi um terceiro – estranho ao núcleo gestacional – a provocar a lesão. Ou seja, e dito de uma forma mais simples, se todos os casos

Geral do Direito Civil, 272, n.676, referindo-se a uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão citada por Hubmann.

³² Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 272, n.673

³³ Refira-se, contudo, que não nos parece – pela fragilização da tutela concedida ao embrião – legítima a retração do direito penal a este nível. No fundo, parece-nos que a questão da eventual eficácia do direito penal não é suficiente para justificação a não punição do comportamento. O que se intenta dizer em texto é, então, que, a haver possibilidade – o que é duvidoso – de conformidade entre a lei despenalizadora do aborto até às 10 semanas, ela não se pode pautar pela desconsideração da dignidade do bem jurídico.

Sobre a questão, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo”, *Vida e Direito*, 1998, 102 s.; Paulo OTERO, *Direito da Vida/Referendo sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, 2004, 129 s., considerando que não é possível, do ponto de vista constitucional, descriminalizar os atentados contra a vida. Cf., novamente, o Acórdão 617/2006 do Tribunal Constitucional.

(mais ou menos) pacificamente aceites pela doutrina e jurisprudência³⁴ se estruturam em torno de uma lesão infligida por um

³⁴ Há, de facto, autores que negam a possibilidade de recurso à tutela ressarcitória nos casos em que da lesão adveio a morte do embrião. Em causa estaria a aplicação do nº2 do artigo 66º CC.

A este propósito, cf. a posição de António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I/III*, Coimbra, Almedina, 2004, 291. O autor sustenta que o atentado à integridade do nascituro é um ato ilícito. Se do atentado resultar uma lesão não letal, o próprio nascituro tem o direito, depois do nascimento, a ser indemnizado. A morte do nascituro dará lugar à indemnização dos danos morais, nos termos do artigo 496º CC. Do mesmo modo, todos os danos patrimoniais causados aos pais do nascituro devem ser ressarcidos. Quanto ao nascituro, entende o autor que, não tendo havido nascimento, não se constitui o direito à indemnização do próprio. Cf., porém, o que o autor diz a propósito da personalidade jurídica do nascituro.

Sobre o ponto, cf., igualmente, o precedente *Bonbrest v. Kotz*, onde se estabelece que há uma lesão independente assim que a criança se torna viável, isto é, a partir do momento em que a criança é capaz de ser separada da mãe e sobreviver; e onde se sublinha que, havendo uma lesão, a criança que venha a nascer com vida pode ser compensado por tais lesões. Tal direito à compensação existe mesmo que venha a morrer depois do nascimento. Já não haveria, contudo, se morresse antes do momento do nascimento. A este propósito, v. Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, *Law and Philosophy*, 21, 2002, 66 s.

Recuperando as palavras de Capelo de Sousa, diremos que não faz sentido que o ordenamento jurídico imponha uma obrigação ressarcitória numa situação de lesão da integridade física ou de outros direitos de personalidade do nascituro e deixe sem tutela as situações em que há violação do direito à vida. A aplicação irrestrita do artigo 66º/2 CC geraria a antinomia normativa denunciada pelo autor. São suas as palavras: “o concebido tem uma personalidade jurídica parcial, onde se inclui a titularidade do direito à sua vida intra-uterina e ao desenvolvimento desta com vista ao nascimento completo e com vida extra-uterina. Seria, aliás, estranho que fossem ressarcíveis os danos à integridade física do concebido, particularmente quando este venha a nascer com vida, e já não o dano da sua morte, pois então seria premiado o assassino mais eficaz que cause a morte do concebido, face ao agressor que tão só lhe produzisse danos corporais”.

Cf. Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, 68, considerando que os direitos condicionais podem fazer algum sentido. No caso dos direitos de natureza patrimonial, trata-se de salvaguardar a vontade do doador ou testador. Além disso, se a criança não chegar a nascer, não tem necessidade de prover pelo seu sustento. No que respeita aos direitos de natureza pessoal, explica que o propósito do direito é compensar os pais pelos gastos em cuidados médicos; além disso, não é necessário indemnizar o dano da morte, uma vez que os pais há têm direito a uma *independent cause of action* pela morte do filho. Ora, se se permitisse que recebessem uma indemnização em nome do filho, haveria uma dupla compensação, o que constituiria um excessivo ónus para o

lesante. O autor aduz outros dois argumentos a justificar a condicionalidade dos direitos ao nascimento: em primeiro lugar, se o direito não fosse condicionado ao nascimento, os pais poderiam demandar o lesante antes do nascimento; simplesmente, enquanto a criança estiver *in útero*, será muito difícil não determinar a causalidade e o montante dos danos. Em segundo lugar, o autor sublinha que o nascituro não é uma pessoa independente da mãe, não podendo ser um terceiro numa demanda da mulher contra o médico até nascer.

Carl Wellman labora em vários erros. Desde logo, não faz sentido justificar a condicionalidade do direito com base na ideia de que os pais teriam, assim, direito a uma dupla compensação. Do que se trata é de determinar o fundamento da responsabilidade e não o montante indemnizatório; além do mais, se o filho estiver vivo também existe direito a uma indemnização pelo dano da morte e, eventualmente, direito a uma indemnização dos pais por via do artigo 496º/2 CC. Por outro lado, a dificuldade de prova da causalidade não pode servir como argumento para, *a priori*, afastar um direito à compensação: ele existirá ou não consoante em concreto seja possível estabelecer a imputação objetiva. Por último, o nascituro é, de facto, uma pessoa diferente da sua mãe, com individualidade própria. No quadro do ordenamento jurídico estadunidense, veja-se nesse sentido o precedente *Zepeda v. Zepeda*, consagrando que existe uma *separate injury* assim que há concepção e afastando-se da lição colhida em *Dietrich v. Inhabitants of Northampton* – cf. Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, 70 s.

Sobre o ponto central desta já longa nota, cf., ainda, Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 231, admitindo a tutela ressarcitória nas hipóteses de tentativa falhada de aborto. cremos, porém, que esta hipótese avançada pelo autor levanta um problema do ponto de vista da dogmática civilística. Na verdade, embora com base no circunstancialismo ensaiado pelo insigne civilista não se tenha de enfrentar a dificuldade da restrição teleológica do artigo 66º/2, dado que o nascituro sobrevive, coloca-se o problema de saber como é que se desvela a ilicitude, já que o que se constata é, afinal, a ausência do resultado/lesão. Ainda que, em abstrato, haja a possibilidade de recurso à segunda modalidade de ilicitude (violação de disposições legais de protecção de interesses alheios), não se descortina, em concreto, a existência de uma dessas normas, sobretudo tendo em conta o carácter restritivo com que a figura é, na senda da proposta de Canaris e, entre nós, de Sinde Monteiro, acolhida na doutrina e jurisprudência. Sobre o ponto, cf. Claus-Wilhelm CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 27 s. (tradução disponível em „Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno, I, nº3, 1983)e Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

Admitindo expressamente o ressarcimento em caso de aborto, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, *Pessoa humana e direito* (Diogo Leite Campos/Silmaria Chinellato, coord.), Coimbra, Almedina, 2009, 401 s.

terceiro, essa particularidade estrutural não determina uma ponderação judicativa substancialmente diferente quando comparada com uma lesão perpetrada pela própria gestante. Só o justificaria se se reconhecesse um direito ao aborto, titulado pela mãe³⁵. Simplesmente, pelo exposto anteriormente, a existir, tal direito implicaria a desqualificação do embrião como pessoa e, concomitantemente, a diferenciação gradativa entre seres humanos: uns que são considerados pessoas; outros a quem esse estatuto é negado. No fundo, implicaria uma evidente violação do princípio normativo do direito enquanto direito, isto é, do fundamento axiológico do ordenamento. Tratar-se-ia de uma lei injusta, no sentido próprio do termo.

É claro que não se poderá equacionar a possibilidade de a mãe exigir a si própria, em nome do menor, uma indemnização. Porém, o sem sentido da hipótese – que parece reforçar a necessidade de tutela penalista do embrião – não impede que, em concreto, possa emergir uma situação em que o pai, que não concordou com a morte do filho³⁶, possa demandar, em nome

³⁵ Na verdade, não é o mesmo – para efeitos de mobilização do quadro jurídico-civilístico – olhar para uma norma de direito penal que consagre situações de não punibilidade de um comportamento, em geral tido como típico e ilícito, e ver nela uma norma em que este nicho dogmático se retrai (por razões de eficácia ou de carência de pena) ou ver nela uma norma atributiva de direitos. Pensemos num exemplo (talvez caricatural) que, afastando-se do núcleo das nossas considerações, nos auxilie no traçar da significativa diferença. Imaginemos que uma norma penal vem estabelecer a não punibilidade da subtração de frutos de estabelecimentos comerciais, quando o furto seja feito com intenção de alimentar os filhos. Se em causa estiver uma simples retração do ordenamento jurídico na sua vertente criminal, então, é possível que, no plano civilístico, o proprietário do estabelecimento comercial demande aquele que furtou, exigindo-lhe uma indemnização ou reivindicando o pagamento correspondente (sempre que seja possível considerar que se celebrou, através de uma declaração concludente, um negócio de compra e venda); se, pelo contrário, se entender que aquela é uma norma atributiva de direitos, então, o comerciante de frutas não poderá reagir mesmo no quadro do direito civil.

³⁶ A este propósito, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, *Pessoa humana e direito* (Diogo Leite Campos/Silmara Chinellato, coord.), Coimbra, Almedina, 2009, 389 s. O autor considera que “o pai pode, em representação do filho, no exercício do poder paternal, pretender defender o direito à vida do filho, o direito a nascer, o direito a não ser morto”. Além

disso, considera o autor que o pai tem um direito de personalidade à paternidade. No entanto, sustenta que, se isto nos permite qualificar a situação como uma situação jurídica, nem por isso podemos concluir que o silêncio da lei relativamente à posição do pai na questão nos permite falar de uma lacuna. A posição do autor, no tratamento da questão, afigura-se, portanto, marcada por pré-conceitos positivistas no tocante a aspetos metodológicos, mas nem por isso de menor valor. Considerando, ainda, que a posição do pai não é homogênea, sustenta que devemos olhar para o problema diferenciando as diversas situações tipo. Assim, fala de *casos em que é desconhecida a identidade do pai* (pág. 396), nos quais não se suscita um problema jurídico, uma vez que “um pai desconhecido é um pai inexistente” e, portanto, “a sua posição jurídica é irrelevante”; *casos de pai violador* (pág. 398), ao qual não deve ser reconhecido nem o poder de agir em representação do nascituro, nem o de se opor à interrupção voluntária da gravidez com invocação de um direito à paternidade; *casos de gravidez adolescente e sexualmente imatura* (pág. 399), nos quais tem o poder de representação do filho nascituro, desde que não seja menor não emancipado e o de exigir que a sua gestação prossiga até ao parto; *casos em que a mãe é casada com o pai da criança ou vive com ele em união de facto* (pág. 400), nos quais o pai pode opor-se à interrupção voluntária da gravidez, invocando a qualidade de representante legal do filho e o direito de personalidade à paternidade. Pedro Pais de Vasconcelos alerta, contudo, que será necessário distinguir a posição que o pai ocupa na situação controvertida: “quando atua em representação legal do filho nascituro, no exercício do poder paternal, a sua posição jurídica deve ser posta em confronto com a da mãe. O poder paternal compete a ambos, pai e mãe, e deve ser exercido no interesse do filho. Mas pode haver divergência entre pai e mãe quanto ao exercício, em concreto, do poder paternal. (...). O artigo 1901º, nº2, CC prevê que, na falta de acordo, “em questões de particular importância”, qualquer dos pais pode recorrer ao tribunal, que tentará a reconciliação, e depois, decidirá no interesse do filho”.

Não cremos que se possa falar, numa situação como a da oposição ao aborto, de um conflito entre progenitores (pai e mãe) no exercício do poder paternal, dado que só muito forçadamente se poderá qualificar a decisão da mãe como um ato de exercício do poder paternal. No fundo, a mãe abdica desse poder-dever, desse direito funcional, cabendo ao pai o seu exercício.

No que respeita à atuação em nome próprio, Pedro Pais de Vasconcelos alerta que “no exercício do seu direito de personalidade, o pai não tem de se conciliar com a mãe. Trata-se de exercer um direito próprio que colide com a pretensão da mãe a interromper voluntariamente a gravidez do filho nascituro comum”.

Simplemente, e com toda a razão, o autor aduz que não se trata de um caso de conflito de direitos que possa ser submetido ao artigo 335º CC, já que “para que houvesse colisão de direitos, necessário seria que a mãe tivesse um direito subjetivo a interromper a gravidez (abortar). (...) Porém, o artigo 140º C. Penal não permite essa qualificação”. “O direito do pai não pode deixar de prevalecer. Este pode recorrer à justiça e obter do juiz uma intimação da mãe, nos termos do artigo 70º CC, para que se abstenha de interromper a gravidez”.

O autor analisa, ainda, as situações em que a *mãe é casada ou vive em união de facto, mas o filho que espera não é do marido* (pág. 402 s.)

deste, a mãe, exigindo-lhe uma indemnização pelo dano da morte do nascituro³⁷. Aliás, nos termos do artigo 1878º/1 CC, “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

Isto quer dizer que as responsabilidades parentais se estendem até um momento que antecede o próprio nascimento e que ao pai cabe representá-lo, exercendo os seus direitos de personalidade, mesmo contra a mãe, se necessário for³⁸.

³⁷ Parece-nos, ainda, que o pai poderá exigir uma indemnização em nome próprio. Consente-o o artigo 496º/2 CC e legitima-o, também, a violação do direito à autodeterminação da paternidade. De facto, se é verdade – como se disse por referência ao poder de autodeterminação da maternidade – que tal direito se exerce a montante, não é menos certo que impedir que o filho concebido venha a nascer implica uma violação da posição jus-subjetiva, integrada no direito geral de personalidade.

Refira-se, igualmente, uma outra nota a este propósito. Pautando-se o direito da família pelo princípio da plena igualdade entre pai e mãe, não faz sentido reduzir a zero o papel do primeiro até ao nascimento do filho. A diferença de tratamento entre os dois progenitores é explicada, comumente, pela relação simbiótica que, até ao corte do cordão umbilical, a mãe mantém com o filho. Veremos, porém, em texto se essa relação simbiótica pode ter relevância a este nível.

Cf., novamente e no mesmo sentido, Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 400 s.

³⁸ Carneiro da Frada vê neste dispositivo um argumento para sustentar que o ordenamento jurídico reconhece o estatuto de pessoa ao nascituro e para aduzir, na sequência dessa constatação, que lhe deve ser reconhecida personalidade jurídica. Sobre o ponto e sobre a construção dogmática do autor, a propósito dessa personalidade jurídica, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 234, e a exposição que *infra* faremos, em texto.

Sobre a questão da aplicação do artigo 1878º aos nascituros, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 159, 216. O autor explicita que a alínea d) do nº1 do artigo 1881º na redação inicial do Código Civil “era expressa em afirmar que cabia ao pai defender e representar o filho nascituro”. Mas acrescenta que “cremos que a expressão *ainda que nascituros* do atual nº1 do artigo 1878º Código Civil, apesar da sua discutível localização, reporta-se não apenas à representação destes pelos pais mas também aos deveres dos progenitores do concebido de velar pela segurança e saúde deste e de prover ao seu sustento, ou seja, à defesa do concebido. Isto por interpretação extensiva, face à própria *ratio* do nº1 do artigo 1878º do Código Civil, ou por integração de eventual lacuna legal, por elementares razões analógicas. Por outro lado, face ao nº3 do artigo 1915º do Código Civil, os efeitos de inibição do poder paternal que abranja todos os filhos estendem-se, salvo decisão em contrário, aos nascituros e, ao que parece, tanto concebidos como conceptuos. Além disso, parece-nos

Refira-se, ademais, que a proteção dos direitos de personalidade – e, portanto, também do direito à vida – não se esgota na tutela ressarcitória. O exercício dos direitos de personalidade do menor pelo progenitor que os vê ameaçados pode implicar o recurso às medidas cautelares/preventivas previstas no artigo 70º/2 CC. Nessa medida, o pai pode, enquanto representante do nascituro e perante a ameaça de lesão da sua vida, requerer as providências adequadas para evitar a consumação da ofensa³⁹.

A solução que se defende, porém, só poderá ser aceite *qua tale* se não descortinarmos uma qualquer razão que justifique uma diferença estrutural e axiológica entre o comportamento perpetrado por um terceiro e o comportamento perpetrado pela mulher grávida/mãe. Ora, para que o ponto fique esclarecido – e embora se tenha negado liminar e fundamentamente a possibilidade de se invocar um direito ao aborto –, importa averiguar se não se pode chamar a depor um qualquer direito que, sendo titulado pela mãe, ampare o tratamento desigual de situações que, *prima facie*, podem ser tidas como análogas.

defensável (...) uma ação de inibição do poder paternal especificamente dirigida à inibição do poder paternal face a filhos concebidos, v.g. por violação dos deveres do artigo 1878º/1 do Código Civil”.

Cf., ainda, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 268, n.664

³⁹ Referindo-se a essa possibilidade, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 231; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 292; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 275; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 162.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Dagmar COESTER-WALTEN, “Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2175 s. (também citado por Menezes Cordeiro, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 292, n.1088), por referência à decisão AG Köln de 15 de Março de 1985. Em causa estava o problema de saber se o poder paternal se estendia ou não ao nascituro e a questão do papel que é reservado ao pai em face da iniciativa da mãe de levar a cabo um aborto. O tribunal acabou por considerar que, porque os pressupostos do aborto deveriam ser apreciados judicialmente, se poderia aceitar a iniciativa processual do pai que procurava travar o ato. Sobre o ponto, cf. o que se disse *supra*, n. 29.

Neste quadro, invoca-se amiúde o direito ao desenvolvimento da personalidade da mãe⁴⁰. Trata-se, nas palavras de Capelo de Sousa, da “garantia de meios e condições existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver” e da “salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual”⁴¹.

Simplemente, este direito – com a amplitude que conhece – não pode ser mobilizado como uma justificação para o aborto. Tal mobilização não parece ser viável quer no plano abstrato⁴², quer no plano concreto. Na verdade, sendo este um direito de personalidade, ele tem um fundamento axiológico imediato que se encontra na dignidade da pessoa humana. Ora, esta pessoa é, como referido anteriormente, um ser livre e responsável. Uma responsabilidade que, sendo indissociável daquela liberdade positivamente perspetivada, envolve o diálogo com o *outro*, pelo qual é responsável e perante o qual é responsável. O aniquilamento *ad nutum* do embrião implicaria a negação da dimensão de responsabilidade que predica a pessoalidade e, com ela, da própria liberdade. No fundo, estar-se-ia diante de um não-direito. De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, o direito ao desenvolvimento da personalidade assenta numa conceção da pessoa em que “o ser humano tem o dom, dado por Deus, de

⁴⁰ Sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cf., *inter alia*, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 352 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 74 s.; Paulo Mota PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *Studia Iuridica* 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

⁴¹ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 352 s.

⁴² Relembremos a este propósito as palavras de Paulo Mota Pinto, na declaração de voto anexa ao Acórdão nº617/2006 do Tribunal Constitucional. O então conselheiro do Tribunal Constitucional advertia para a necessidade de se densificar o conteúdo do direito, sob pena de ele se converter numa fórmula vazia capaz de tudo justificar. Ou seja, não pode ser a simples invocação do direito a legitimar a prática abortiva no plano geral e abstrato.

poder determinar a sua própria natureza, de ser autoconstituente”⁴³. Por isso, ele só subsiste, enquanto não colidir com direitos dos outros, a ordem constitucional e a ordem moral. Voltando ao verbo do autor, “quem quiser desenvolver-se e realizar-se com desrespeito pelo outro, seu semelhante, pelos outros que são a sua comunidade, e pelas leis morais (...) será um bruto”⁴⁴. O autor alerta que o direito não pode ser invocado como argumento para o mais radical egoísmo, “postulando a remoção de todos os regimes jurídicos de proteção geral, desde os mais banais, como a obrigatoriedade de uso de capacete nos motociclos e do cinto de segurança no automóvel, até ao direito ao suicídio”⁴⁵.

Diríamos, pois, que o direito só subsiste enquanto não chocar com a axiologia fundamentante do próprio reconhecimento do direito, pelo que jamais poderá ser invocado para legitimar a prática abortiva. O exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não se pode consubstanciar na morte de um ser humano, abdicando-se do sentido de responsabilidade que predica a pessoalidade⁴⁶. Acresce que, mesmo que

⁴³ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 75.

⁴⁴ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 75.

⁴⁵ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 76.

⁴⁶ Esta responsabilidade não se confunde com a *liability*, antes se traduzindo numa *role responsibility*. Cremos, por isso, que falha a análise do problema do aborto levada a cabo por Ann Garry – Ann GARRY, “Abortion: models of responsibility”, *Law and Philosophy*, 2, 1983, 371-296. A autora analisa quatro modelos que procuram justificar a proibição do aborto: *creator*, *strict liability*, *fault*, *contract*. De acordo com o modelo da criação, a mulher é causalmente responsável pela existência do feto; foi ela que o criou pela sua ação, pelo que tem uma especial responsabilidade em relação àquele, tendo de sustentar a sua vida. De acordo com o modelo da *strict liability*, a mulher grávida adotou um comportamento que comporta o risco de gerar uma gravidez; nessa medida, ela deve suportar as consequências de um contacto sexual. A perspectiva da *fault* parte do mesmo pressuposto. Contudo, exige que haja negligência no uso da contraceção. Repare-se que qualquer uma das perspectivas não pode ser acolhida. Como a própria autora – Ann Garry – denuncia (cf. pág. 386), não faz sentido introduzir a questão da negligência para este efeito: o feto tem o mesmo valor quer tenha sido concebido devido ao uso negligente de contraceção, quer não tenha havido negligência. Por outro lado, as consequências não podem ser vistas como uma lesão. A lesão é o aborto em si mesmo, só que essa não é a consequência direta do ato. Veja-

na situação concreta o direito existisse – o que vimos não ser concebível –, ter-se-ia de concluir que ele conflituaria com um direito valorado superiormente na hierarquia axiológica. O direito à vida do nascituro teria de prevalecer, até porque, perspectivando-se aí um conflito de direitos⁴⁷, ter-se-ia de concluir que a continuação da gravidez até ao nascimento não faria desaparecer o direito da mãe, embora o pudesse contrair, o mesmo não acontecendo por referência ao direito à vida do nascituro, que se esvaneceria por completo e definitivamente.

Por último, importa considerar que a mulher grávida – porque é mãe – tem um especial dever de cuidado em relação ao nascituro. O artigo 1878º CC funciona como o ponto de apoio normativo de tal dever⁴⁸, que decorreria igualmente dos princí-

se, também, na pág. 373 a crítica à perspectiva criadora: se alguém cria uma coisa, entre os seus poderes está também a faculdade de a destruir, e, se algumas criações são tão valiosas que não podem/devem ser destruídas, é irrelevante saber quem as criou. A nossa visão sobre o problema não é idêntico ao da autora. Embora reforce a ideia de responsabilidades/obrigações diante do feto, a mundivisão em que se move é díspar. O que aqui queremos vincar é que a responsabilidade de que se fala em texto é de outro tipo – *role responsibility*, só se gerando a responsabilidade/*liability* se aquela responsabilidade edificada a montante for posta em causa.

Uma última nota para sublinhar que também a explicação contratual não colhe, por não ser possível (nem desejável, por razões de ordem axiológica e por razões de ordem dogmática) configurar um contrato entre a mãe e o nascituro (cf. Ann GARRY, “Abortion: models of responsibility”, 392 s.).

⁴⁷ Não cremos que esta colisão exista, pela impossibilidade de sequer se invocar o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Um dado importante é distinguir claramente o plano do direito civil do plano do direito penal. Na verdade, a existência de um direito da mãe, mesmo que não prevalecente sobre o direito do filho, pode determinar uma atenuação especial da culpa. Ora, no caso de aborto *ad nutum*, a pedido da mulher, tal não se verifica. Daí as dúvidas que apontámos *supra* à constitucionalidade da solução do ordenamento jurídico português, no artigo 142º C. Penal.

Relativamente ao eventual conflito de direitos, cf., uma vez mais, Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 400 s., considerando que não é possível falar de colisão de direitos a este propósito por não ser configurável um direito da mãe à prática de um crime.

⁴⁸ Capelo de Sousa entende que os pais têm, ao abrigo do artigo 1878º/1 CC, um dever de cuidar da segurança e da saúde dos filhos. Funda tal dever quer na responsabilidade

pios gerais. De facto, não está aqui em causa apenas o dever decorrente do vínculo de maternidade que se estabelece, juridicamente, depois do nascimento entre o nado-vivo e a mulher que dá à luz e se antecipa à fase embrionária, mas um dever geral de cuidado em relação ao outro. Ora, as circunstâncias da gestação fazem com que entre mãe e filho se estabeleça uma relação de domínio que aproxima a mulher grávida de um *garante* da incolumidade do filho. Esta perspetiva, aliás, leva a que atualmente se questione da pertinência do chamado *tort of parental malpractice*⁴⁹.

Tratar-se-ia de uma hipótese de compensação do filho que nascesse com alguma patologia, em virtude, por exemplo, da recusa de um tratamento médico por parte da mãe ou do consumo de substâncias psicotrópicas. Entre estes casos e as situações de aborto há diferenças assinaláveis, que vão desde a intencionalidade subjetiva subjacente ao comportamento até à própria estrutura da ação, que pode aqui – embora não necessariamente – ser omissiva. Mas não são de molde a justificar que a mulher possa abortar sem qualquer justificação, quando o próprio ordenamento jurídico lhe impõe o dever de proteger o feto. A possível invocação de um direito à liberdade da mulher grávida também não colhe por motivos análogos. Na verdade, a liberdade deixa de fazer sentido se desenraizada da pessoalidade, o que quer dizer que nunca pode ser exercitada se com esse exercício se abdicar do sentido de responsabilidade entendida como uma *role responsibility*, uma esfera de responsabilidade pelo outro. Resta, por isso, analisar o argumento dos autores que falam, a propósito do aborto, de um direito da mulher sobre o seu próprio corpo. Dir-se-ia que, sob o mesmo epíteto, se alojam duas perspetivas diversas: uma que encara o embrião como uma “víscera” do corpo da mãe, sem qualquer independência em relação à sua

pela procriação, quer em razões de solidariedade social e familiar. Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 164.

⁴⁹ Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, 75 s.

progenitora, e que, obviamente, não poderá ser aceite, já que a sua adesão implicaria a obnubilação dos dados ontológicos e axiológicos com que lidamos; uma outra que, embora assuma que o embrião é uma pessoa, sustenta que a mulher grávida tem sobre o seu próprio corpo um *property right*, o que lhe garante o poder de expulsar o embrião, dando-lhe a morte⁵⁰. Alguns autores que invocam a perspectiva olham para a questão como um *samaritanism problem*⁵¹, isto é, apesar de admitirem que o embrião é uma pessoa⁵² e independentemente de o aborto implicar uma ação (e não uma omissão)⁵³, a mulher pode recusar-se a que o nascituro use o seu corpo ou pode pedir a atuação de um terceiro para impedir essa utilização do seu corpo⁵⁴. O conceito de *property right* serve, então, para justificar o papel do terceiro que induz o aborto e para assimilar as hipóteses em apreço às omissões de auxílio⁵⁵. Haveria como que um *direito de propriedade* da mulher sobre o seu corpo e a remoção do embrião justificar-se-ia em termos de recusa de ajuda, porque a sua presença constitui um uso não autorizado do corpo materno. No fundo, reconhecer-se-ia uma liberdade de escolha de não auxiliar o filho. Repare-se, contudo, que a justificação do *bad samaritan*⁵⁶ não permitiria justificar o aborto em todas as circunstâncias, mas

⁵⁰ Sobre o ponto, cf. Paul A. ROTH, "Personhood, property rights and the permissibility of abortion", *Law and Philosophy*, 2, 1983, 163-191; Judith Jarvis THOMSON, "A defense of abortion", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n.1, 1971, 47-66; Donald H. REGAN, "Rewriting Roe v. Wade", *Michigan Law Review*, 77, 1979, 1569-1646.

⁵¹ Donald H. REGAN, "Rewriting Roe v. Wade", 1573.

⁵² Judith Jarvis THOMSON, "A defense of abortion", contudo, no final do seu artigo, afirma que o aborto não implica a morte de uma pessoa se a gravidez for prematura.

⁵³ Donald H. REGAN, "Rewriting Roe v. Wade", 1575 s.

⁵⁴ Donald H. REGAN, "Rewriting Roe v. Wade", 1575 s.; Paul A. ROTH, "Personhood, property rights and the permissibility of abortion", 167.

⁵⁵ Paul A. ROTH, "Personhood, property rights and the permissibility of abortion", 167.

⁵⁶ Veja-se Judith Jarvis THOMSON, "A defense of abortion", falando de um *minimally decent samaritans* e entendendo que o ordenamento jurídico não pode impor à mãe que se comporte como um *good samaritan*.

apenas naquelas de gravidez indesejada (violação, falha de contraceção) ou de perigo para a vida ou a saúde da mãe⁵⁷. A analogia é estabelecida com as situações em que a pessoa tem nas suas mãos a possibilidade de salvar a vida de outrem, tendo, para isso, que ficar ligado ao corpo alheio durante um determinado período de tempo⁵⁸ e leva os autores a assentir que o direito à vida não é superior ao direito de recusar ajuda, quando esse auxílio implica o uso do próprio corpo por um terceiro⁵⁹.

A perspetiva mereceu inúmeras críticas⁶⁰. Na sua base está, inequivocamente, o pensamento de Locke e a influência que este exerceu na construção do liberalismo jusnaturalista americano⁶¹. A corrente empirista terá determinado que, nos países da *Common Law*, o figurino dos direitos subjetivos fosse outro, quando comparado com aquele a que estamos habituados a lidar, ligando-se aí a liberdade aí à *privacy*, num argumento

⁵⁷ Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, 64.

Veja-se, também, Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, 180. Nos casos de violação e de falha de contraceção, o feto é tido como um *trespasser* (intruso). O seu comportamento não é intencional; mas deve ser comparado a uma pessoa que permanece na propriedade alheia.

⁵⁸ Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, 58 s.

Para uma análise do caso exposto por Judith Jarvis Thomson, entre nós, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, 269 s.

⁵⁹ Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, 177. O autor aduz, designadamente, que ninguém pode compelir outrem a doar órgãos, quer sejam regeneráveis, quer não sejam. E, embora no caso do aborto não haja uma doação permanente, isso não releva para o que pretende sustentar.

⁶⁰ Cf., *inter alia*, John Finnis, “The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thomson”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, n.2, 1973, 117-145, considerando que a mãe tem um dever de cuidado em relação ao filho, mesmo que este ainda não tenha nascido, e sustentando que, mesmo que se possa falar de um direito de propriedade sobre o próprio corpo, ele não é superior ao direito de propriedade do corpo do filho. Acresce que muitas vezes o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um dever de auxílio em relação a terceiros.

⁶¹ Sobre o ponto, cf. E. Robert STATHAM JR., *The Constitution of Public Philosophy. Towards a Synthesis of Freedom and Responsibility in Postmodern America*, Lanham, New York, Oxford, University Press of America, 1998, 18 s. Afirma-se, aí, que a conceção americana da *rule of law* estava baseada numa visão negativa de liberdade ligada à *privacy*, numa linha orientadora herdeira da noção de propriedade de Locke e do empirismo de Hume.

aliás invocado no precedente *Roe v. Wade*⁶². Nem só, porém, a distância em relação a esta noção de *privacy*⁶³ nos leva a rejeitar a visão com que temos vindo a dialogar. Na verdade, não é apenas o afastamento em relação aos fundamentos de edificação dos direitos subjetivos histórico-concretamente situada, mas a clara noção de que o surgimento dos direitos subjetivos como uma esfera de liberdade negativamente exercitada, como limite à interferência do outro (e do outro Estado), não se reflete hoje no modo como compreendemos a categoria. O individualismo liberal que, associado ao jurracionalismo, potenciou a sua conceptualização foi superado e, hodiernamente, embora se possa continuar a defender, em termos definitórios, uma noção voluntarista mitigada do direito subjetivo, não é viável mobilizá-lo para justificar um desdignificante solipsismo do *eu*. Se, como referimos anteriormente, o pilar fundacional do ordenamento jurídico – e do direito subjetivo que se reconhece ou atribui – reside na pessoa, e se esta, adequadamente entendida, se predica no binómio liberdade/responsabilidade, então não poderemos falar de exercício legítimo de um direito quando tal exercício acarreta a desconsideração da personalidade do outro, do respeito e do cuidado que ele granjeia. A mulher grávida não pode rejeitar a responsabilidade em relação ao seu filho, não pode negar-lhe ajuda. Em causa, uma vez mais, estão a especial relação de maternidade e os poderes-deveres que lhe são inerentes, alguns dos quais retroagem a um momento anterior ao nascimento. Em causa está, ainda, o desvalor da recusa do ponto de vista ético-axiológico.

⁶² Estabelece abertamente esta dicotomia, ainda hoje condicionante de clivagens discursivas em matérias fraturantes (v.g. o caso do aborto), Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?*, Almedina, 2006 (com nota de apresentação de João Carlos Loureiro; tradução de Maria Benedita Bettencourt), posfácio, 119, ligando a tradição liberal norte americana ao pensamento de Locke.

⁶³ Nos EUA, tem-se invocado, na verdade, não só a ideia de direito sobre o próprio corpo como se tem sublinhado o direito a ser deixado só. Ora, este direito inscreve-se numa noção de privacidade que, alicerçadora dos direitos subjetivos, aponta para o individualismo caracterizador daquele que “pode” recusar o auxílio do outro, mesmo que isso ponha em causa a vida do semelhante.

Ademais, o argumento de que ninguém tem o dever de salvar outrem não colhe. Em primeiro lugar, não se trata de salvar uma criança, mas de não lhe causar a morte⁶⁴. Em segundo lugar, há determinadas situações em que a pessoa é, de facto, obrigada a auxiliar outrem, sendo responsabilizada por uma eventual omissão. Ora, entre as situações relevantes de omissão estão aquelas em que, fruto de uma relação de domínio e monopólio, alguém surge como o único sujeito capaz de salvaguardar a vida de outrem, assumindo, assim, a posição de garante. Este aspeto, de não pequena importância, mostra, por um lado, que o ordenamento jurídico português se afasta de uma visão individualista estrita que está presente na conceção abortiva atrás explicitada; e, por outro lado, permite-nos concluir que – mesmo que de forma global se assumisse como princípio o direito de não salvar outrem – estaríamos, no caso da relação mãe-filho ainda não nascido, no campo da exceção, justificadora da responsabilização da mulher grávida. Em última instância, a contra-argumentação aduzida permite-nos concluir pela inconsistência da teoria norteamericana do *bad samaritan*: na verdade, apesar da desconstrução operada, podemos constatar que não está em causa um salvamento ou a omissão de auxílio, mas a atuação positiva que intencionalmente perpetra a morte.

Em suma, não só não existe um direito ao aborto atribuído por lei, como não se pode invocar outro direito da mulher que consubstanciasse em termos prático-normativos esse mesmo direito. O nascituro é uma pessoa e, como tal, titular do direito à vida; a mulher grávida não tem, na situação de aborto *ad nutum*, qualquer direito. Logo, não só o aborto tem de continuar a ser visto como ilícito no plano civilístico, como não se pode afastar o mecanismo da responsabilidade civil e as providências preventivas previstas no artigo 70º/2 CC⁶⁵.

⁶⁴ Em causa não está tanto o reforço da cisão entre as ações e as omissões, mas a necessidade de vincar que a gestação é um processo natural que faz parte da humanidade, não fazendo sentido falar em “salvar o embrião”.

⁶⁵ Repare-se, contudo, que estamos a analisar apenas as situações de aborto *ad nutum*

V – DA MODELAÇÃO DOS REQUISITOS DELITUAIS E DA ARTICULAÇÃO QUE SE OPERA ENTRE ELAS

Se é inequívoco que a ilicitude é contaminada pela leitura materializada da liberdade/autonomia, porquanto ela nos esclareça acerca do sentido do próprio direito que pode ou não ter sido violado, importa agora considerar que não é apenas ao nível do filtro objetivo de seleção das pretensões indenizatórias procedentes que a visão personalista do direito vai ter repercussões. Pelo contrário, ela vai-se fazer sentir ao nível da modelação e articulação dos diversos requisitos delituais.

Assim, por exemplo, em sede de culpa, onde a dimensão personalista da autonomia – a implicar uma dada compreensão do próprio direito enquanto direito – coloca exigências específicas, no que diz respeito à própria verificação do pressuposto, ou seja, torna a responsabilidade subjetiva preferível em relação à responsabilidade objetiva.

Assim, por exemplo, em sede de dano, como vimos anteriormente.

Mas também em sede de nexos de causalidade.

Tradicionalmente, o nexo de causalidade era entendido

e não aquelas que podem ser reconduzidas às situações de perigo de vida da mãe e às restantes alíneas do artigo 142º C. Penal.

Aliás, no tocante à alínea a) e à alínea b), Pedro Pais de Vasconcelos admite que o aborto pode ser “reconduzido mais próximo ou remotamente à legítima defesa da mãe” – cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 404. A mesma análise é feita pelo autor relativamente à alínea d). Cremos, contudo, que neste caso a ausência de punibilidade opera, sobretudo, por via da exclusão da culpa. Nesse sentido, António Almeida COSTA, “Aborto e direito penal”, 78 s.

Em qualquer destas situações contidas nas alíneas a) a d) do artigo 142º C. Penal a posição do pai surge, de acordo com os ensinamentos de Pedro Pais de Vasconcelos, muito enfraquecida. Já no tocante à alínea e), cuja constitucionalidade é duvidosa, o autor aduz que “neste quadro normativo, pensamos que dificilmente o tribunal poderá desatender a pretensão do pai. (...) Se o tribunal tomar esta decisão, como pensamos que devemos tomar, o pai deve suportar todas as despesas inerentes à gravidez, ao parto e subsequentes, deixando a mãe incólume em relação aos mesmos”.

de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado. Não obstante, os autores acabam por evidenciar – de forma mais ou menos clara – que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização. Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir, mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexo de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico. Distinguem, aí, os autores a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*⁶⁶.

⁶⁶TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 14ª edição, München, 1987, 432; ENNECERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; Hennig LÖWE, *Der Gedanke der*

Não se ficam por aí, contudo, as mutações em sede de compreensão do pressuposto. A resposta séria que se requer para o problema que temos em mãos implica que se pressuponha a intencionalidade especificamente jurídica, única forma que nos permite aceder à compreensão densificada do fenómeno causal, o que nos leva a concluir que a causalidade há-de ser compreendida em termos de imputação. Não ficam satisfeitas as exigên-

Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtsmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; Hein KÖTZ, / GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26. Na doutrina portuguesa, cf. Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo* 640 s., 924 s., nota 1834; Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiá, 2013.

cias de sentido impostas pela juridicidade com a simples presença do desvalor subjetivo. Prático-dogmaticamente, nem sempre os problemas desaparecem com o apelo à culpa: se em muitos casos a questão pode não se colocar, porque aparentemente avulta claro que o autor do ato é aquele que o cometeu, nem sempre as situações são recortadas com idêntica linearidade⁶⁷. Na interpretação que se faça de qualquer pressuposto de um instituto jurídico (e, portanto, também da causalidade), temos de o remeter não só para o caso que o convoca, mas também para os princípios que sustentam o próprio ordenamento jurídico e lhe dão sentido. Convocar-se-á, portanto, nesta sede e uma vez mais, o princípio da responsabilidade, à luz do qual haveremos de desenharmos o requisito ressarcitório.

Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na pessoalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Quer isto dizer que, para que o sistema seja congruente, não basta a previsão da culpa e da ilicitude como requisitos do ressarcimento. Na interpretação que se faça deles, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na pessoalidade. E o mesmo se há-de dizer em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia de pessoalidade livre em que se ancora toda a juridicidade. A

⁶⁷ Para maiores desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, capítulo IV e V. Veja-se, ainda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípios, 2017

responsabilidade pode, então, nessa sua indissociável relação com a liberdade, ser perspectivada a montante, traduzindo-se na assunção de certos deveres tendentes a garantir as condições de vida da humanidade ou a evitar a consumação de um dano na esfera alheia (o que, no plano dogmático, se pode traduzir na antecipação de mecanismos de proteção de bens jurídicos); ou a jusante, quedando-se ela, aí, na imposição de uma obrigação resarcitória, vista, em congruência com tudo o que foi dito, não como uma limitação da liberdade, mas uma atualização dela, segundo os vetores animadores da personalidade e da posição ética que esta ocupa no sistema. Deixa de haver um corte abrupto entre as duas vertentes. Aquele sentido primário da responsabilidade projeta-se no segundo plano, facto que pode ser constatado quer pelo recrudescimento do sentido da culpabilidade no quadro delitual, quer pela adoção de mecanismos de imputação que, apartando-se da constatação fundada da violação de direitos alheios, olha para os padrões de segurança exigíveis no sentido de a facilitar.

A mutação de perspectiva é possível a partir do momento em que olhamos para a responsabilidade do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático⁶⁸. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente

⁶⁸ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condiçionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de

imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexos de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo* e, posteriormente, a articulação com outras esferas de risco.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o

facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevem, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu bio-psiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma

ideia de auto-responsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação

também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

VI – CONCLUSÕES

O que se expõe não constitui novidade e está longe de pretender assumir-se como uma análise exaustiva do problema. Trata-se, antes, de um breve apontamento, por meio do qual pretendemos evidenciar que a materialização da autonomia privada, pela sua ligação ao sentido da personalidade onde se alicerça, afinal, toda a juridicidade, não deixa incólume a modelação da responsabilidade civil por um lado, e, por outro lado, não deixa in-

tocáveis algumas das soluções concretas que podem ser pensadas.