



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Correia Araújo

**Tutela Jurídica do Nascituro – Direito à
Compensação por Danos não Patrimoniais
Próprios Decorrentes da Morte de um dos
Progenitores**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Correia Araújo

**Tutela Jurídica do Nascituro – Direito à
Compensação por Danos não Patrimoniais
Próprios Decorrentes da Morte de um dos
Progenitores**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva

DECLARAÇÃO

Nome: Ana Rita Correia Araújo

Endereço Eletrónico: arcaraujo30@gmail.com

Número do Cartão do Cidadão: 13187322

Título da Dissertação: “Tutela Jurídica do Nascituro – Direito à Compensação por Danos não Patrimoniais Próprios Decorrentes da Morte de um dos Progenitores”

Orientadora: Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE

Universidade do Minho, 31 de outubro de 2015

(Ana Rita Correia Araújo)

*“Pensa na solução para o problema com bom senso e depois sim, procura
no direito a maneira de aplicar a solução que encontraste”*

ANTUNES VARELA

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento é, sem dúvida, para os meus pais, por todo o apoio e motivação que me deram, sobretudo nos momentos mais difíceis, em que a elaboração da presente dissertação parecia cada vez uma meta mais difícil. A eles dedico todo o meu trabalho.

Agradeço, igualmente, ao Tiago pelo apoio moral e pela paciência demonstrados ao longo destes meses e aos meus amigos por todos os momentos de ausência e por toda a força que me transmitiram.

Também ao meu patrono, Dr. Eduardo Maciel, pelo tempo concedido para a pesquisa bibliográfica e elaboração da presente tese.

E por fim, à Doutora Eva Sónia Moreira da Silva por me ter motivado o interesse por esta área da responsabilidade civil durante a parte letiva do mestrado e, posteriormente, ter acedido a orientar a presente dissertação, transmitindo-me os ensinamentos necessários e oportunos para a sua elaboração.

TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

- DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS PRÓPRIOS DECORRENTES DA MORTE DE UM DOS PROGENITORES

RESUMO

A grande questão que se coloca e à qual o presente estudo pretende dar resposta diz respeito à eventual tutela que a ordem jurídica portuguesa consagra aos nascituros, nomeadamente no que respeita à compensação por danos não patrimoniais próprios sofridos com a morte de um dos progenitores.

Visa-se, em primeiro lugar, analisar o instituto da responsabilidade civil em geral e o preenchimento dos seus pressupostos e, posteriormente, entrar na concreta temática da compensação por danos não patrimoniais, analisando a evolução da sua consagração no ordenamento jurídico português. Neste contexto, a norma jurídica a analisar que urge analisar-se é a constante no artigo 496.º do Código Civil, por intermédio da qual se estabelece a compensação por danos não patrimoniais bem como os beneficiários do direito à compensação no caso de morte da vítima, consistindo a sua interpretação num dos elementos centrais da presente dissertação. Nesta sede, analisar-se-á também quais os danos não patrimoniais que merecem compensação pela ocorrência do dano da morte e quem são os beneficiários dessa compensação.

A grande tónica é, no entanto, a de saber em que medida é que o nascituro, como filho da vítima, pode ser considerado como beneficiário do direito à compensação por danos não patrimoniais próprios sofridos por morte do pai. Ora, a resposta a esta questão não tem sido unânime, quer na doutrina quer na jurisprudência, com recurso a vários argumentos de ambas as fações. Não pode, no entanto, a nosso ver, levando sempre em conta os argumentos apresentados em sentido contrário, tutelar-se juridicamente o filho já nascido, que sofreu danos não patrimoniais pela morte do seu progenitor, e já não se tutelar juridicamente a criança ainda não nascida – nascituro - à data da morte do seu progenitor, mas que sofrerá igualmente danos não patrimoniais, ao longo da sua vida, pelo facto de jamais poder privar com o seu progenitor. E é justamente essa a posição que iremos fazer valer na presente dissertação.

TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

- DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS PRÓPRIOS DECORRENTES DA MORTE DE UM DOS PROGENITORES

ABSTRACT

The big question that arises and which the present study aims to answer concerns the possible protection that Portuguese law dedicated to individuals in unborn condition, particularly with regard to compensation for personal injury suffered themselves because of the death of one parent.

In a first stage, we will focus on key questions concerning civil liability and the fulfilment of its assumptions and later we will make a reference to the provisions regarding compensation for personal injury. In this context the study aims to analyse, above all, the evolution of the acclaim of compensation for personal injury in the Portuguese legal system. Following this, the rule of law that prevails to examine is the Article 496.º of the Civil Code, which establishes the compensation for personal injury in our legal system as well as persons entitled to compensation in the case of victim's death, the core of the issues raised along the dissertation. Firstly because it triggers the question of civil liability that emerges from the damage of death, being the case that there are voices that deny and others who claim the right to compensation arising from death damage. And yet, in the midst of those who claim a right to such compensation, there are several current doctrinal and jurisprudence regarding the manner of acquisition of that right.

However, a great emphasis is to what extent is that the unborn child, being the son of the victim, can be considered as a beneficiary of the right to compensation for the death of his father. Now the answer to this question has not been at all unanimous, either in doctrine or in case law, using several arguments of both factions. However, it cannot, in our view, taking into account the arguments to the contrary, if legally protect the child already born, he suffered personal injury by the death of his parent, and no longer legally protect the child still unborn the date of death of the parent, but also suffer personal injury, throughout his life, because of ever being able to deprive with its parent. And it is precisely this position that we will enforce in this dissertation.

ADVERTÊNCIAS

§ O número 3 do artigo 496.º do Código Civil, referido por alguns autores nas suas obras, corresponde ao atual n.º 4, por força da redação dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto ao presente preceito normativo. Atualmente, o art. 496.º, n.º 3 protege o unido de facto com quem a vítima falecida vivia.

ÍNDICE

| | |
|-----------------------------------|-----------|
| LISTA DE ABREVIATURAS..... | xv |
| INTRODUÇÃO..... | 1 |

CAPÍTULO I.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS

| | |
|---|----------|
| 1. PONTO PRÉVIO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL – NOÇÃO E PRESSUPOSTOS..... | 3 |
| 2. A CONSAGRAÇÃO DA COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS..... | 7 |

CAPÍTULO II.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS EMERGENTES DO DANO DA MORTE

| | |
|--|-----------|
| 3. A COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS DECORRENTES DO DANO DA MORTE..... | 13 |
| 3.1 Posições Doutriniais..... | 14 |
| 3.2 Posições Jurisprudenciais..... | 27 |
| 3.3 A Nossa Posição..... | 34 |
| 4. TITULARIDADE DO DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS NO CASO DE MORTE DA VÍTIMA – A SITUAÇÃO DO NASCITURO CONCEBIDO..... | 37 |

CAPÍTULO III.

A TUTELA JURÍDICA CONFERIDA AO NASCITURO

| | |
|--|------------|
| 5. O COMEÇO DA PERSONALIDADE JURÍDICA..... | 41 |
| 6. NASCITURO COMO PESSOA JURÍDICA: SIM OU NÃO? | 45 |
| 6.1 Perspetiva Histórica – Na Vigência do Código de Seabra | 46 |
| 6.2 Perspetiva Atual – Código Civil de 1966 | 47 |
| 6.2.1 Posições Doutrinais | |
| a) Perspetivas Denegatórias De Personalidade Jurídica Ao | |
| Nascituro..... | 48 |
| b) Perspetivas Que Defendem A Admissibilidade De Personalidade | |
| Jurídica Ao Nascituro Concebido | 55 |
| 6.2.2 Posições na Jurisprudência | 63 |
| 6.3 A Nossa Posição | 66 |
| 7. TUTELA JURÍDICA CONFERIDA AO NASCITURO..... | 72 |
| 8. O NASCITURO CONCEBIDO COMO BENEFICIÁRIO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO | |
| POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS PRÓPRIOS SOFRIDOS POR MORTE DO SEU | |
| PROGENITOR | 81 |
| 8.1 ANÁLISE DOCTRINAL | 81 |
| 8.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL..... | 83 |
| 8.3 POSIÇÃO ADOTADA..... | 91 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 93 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 97 |
| ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL | 107 |

LISTA DE ABREVIATURAS

AAFDL – Associação da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

al. - alínea

art./ arts. – artigo/artigos

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho

Cfr. – Confrontar

CJ – Coletânea de Jurisprudência

coord. - coordenação

CRP – Constituição da República Portuguesa

e.g. - Do latim *exempli gratia*, que significa por exemplo

n.º/ns.º - número/números

ob. cit. – obra citada

p./pp. – página/páginas

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vol. - volume

INTRODUÇÃO

Recentemente discutiu-se nos nossos tribunais uma questão que muito nos despertou a atenção, quer por se revelar de uma elevada complexidade, quer porque tem despoletado múltiplos entendimentos. Tem que ver com a eventual tutela jurídica conferida aos nascituros por danos não patrimoniais próprios sofridos por morte do seu progenitor e deu origem ao Acórdão do STJ de 3.4.2014, com o n.º de processo 436/07.6TBVRL. Mas esta não foi a única vez que questões desta natureza chegaram aos nossos tribunais, tendo as mesmas sido decididas de modos diferentes pela jurisprudência, com recurso a posições doutrinárias que sustentam cada um dos argumentos apresentados. Face a isto, e porque, a nosso ver, se trata de uma questão de grande relevância jurídica e académica, escolhemo-la como tema central da presente dissertação. O presente estudo visa, assim, a questão da eventual tutela jurídica conferida ao nascituro no âmbito da responsabilidade civil por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu progenitor.

Neste contexto imperará, antes de mais, analisar o instituto da responsabilidade civil extracontratual em termos gerais para, de seguida, aludirmos especificamente à questão da consagração da compensação por danos não patrimoniais no ordenamento jurídico português, a qual foi sofrendo uma evolução desde a vigência do Código de Seabra até à vigência do Código Civil atual, como veremos.

Seguidamente, iremos concentrar-nos na temática da responsabilidade civil por danos não patrimoniais emergentes do dano da morte, entrando agora mais concretamente na temática objeto da presente dissertação. Neste contexto, proceder-se-á ao estudo da compensação dos danos não patrimoniais sofridos com a ocorrência do dano da morte no ordenamento jurídico português, analisando-se as posições jurisprudenciais e doutrinárias mais relevantes nesta matéria, e procurar-se-á aferir, de acordo com as posições que afirmam a possibilidade de compensação do dano da morte, qual a forma de aquisição do direito indemnizatório que daí resulta.

Impera ainda, feitas as considerações já enunciadas, analisar a norma do n.º 2 do artigo 496.º do CC, no que aos beneficiários do direito à compensação por danos não patrimoniais no caso de morte da vítima respeita e, nesta sede, averiguar em que medida é que os «nascituros», enquanto filhos ainda não nascidos da vítima, poderão ser titulares do direito à compensação referida. E é precisamente a questão da compensação devida aos nascituros por danos não patrimoniais próprios sofridos com a morte do progenitor a questão fulcral da presente dissertação.

Nesta sede, impera aferir se à luz da lei portuguesa é atribuída, ou não, personalidade jurídica ao nascituro, analisando-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais que se têm pronunciado a este respeito e concluindo com a formulação das nossas próprias conclusões relativamente a esta controversa questão. E, por fim, analisar-se-á em que medida é que a nossa ordem jurídica tutela a vida pré-natal e, sobretudo, em que medida é que o nascituro poderá considerar-se beneficiário do direito à compensação por danos não patrimoniais decorrentes da morte do seu progenitor.

CAPÍTULO I.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS

1. PONTO PRÉVIO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL - NOÇÃO E PRESSUPOSTOS

O instituto da responsabilidade civil está regulado no Livro II, Título I, Capítulo II, Secção V do Código Civil, mais concretamente nos artigos 483.º e ss. Todavia, note-se, que do que se trata nos referidos artigos é da responsabilidade civil extracontratual e não da responsabilidade civil contratual, que é tratada noutra sede. Assim, apesar de na responsabilidade civil em sentido amplo tanto caber a responsabilidade contratual como a extracontratual, a primeira é tratada no âmbito do capítulo que regula o cumprimento ou as formas de não cumprimento das obrigações, mais concretamente nos artigos 798.º e ss do CC, sendo a segunda, como referimos, tratada nos artigos 483.º e ss do CC. Em sede da presente dissertação o que importa é analisar a responsabilidade civil extracontratual, pelo que é isso que faremos.

A responsabilidade civil extracontratual engloba a *responsabilidade por factos ilícitos* ou responsabilidade subjetiva (artigos 483.º e ss do CC) e a *responsabilidade pelo risco* ou responsabilidade objetiva (artigos 499.º e ss do CC)¹.

Dispõe o artigo 483.º, n.º 1 do CC, que regula a *responsabilidade por factos ilícitos*, que “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. De acordo com o aqui exposto, são vários os pressupostos para que haja lugar à obrigação de indemnizar pelo lesante ².

Antes de mais, é necessário que ocorra um *facto voluntário do agente*, não podendo tratar-se de um mero facto natural causador de danos, mas sim de um facto controlável pela vontade do agente que o pratica. No entanto, a conduta voluntária do agente não pretende significar que este tenha previsto as consequências do ato que vem a praticar

¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, reimpressão da 10.ª edição de 2000 revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 523 e ss, refere ainda a existência da modalidade da responsabilidade por factos lícitos danosos.

² Vide JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações, Primeiro Volume*, reimpressão da 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 410 e ss.

pois, não raras vezes, este não representa mentalmente a possibilidade de ocorrer uma lesão e, todavia, não se contesta a obrigação de indemnizar, como é o caso de um ato praticado por distração. Basta, assim, a mera possibilidade de o agente controlar a ação, não se exigindo uma conduta pré-determinada. Mas não é só por meio de ações que ocorre o preenchimento deste pressuposto da responsabilidade civil pois, à luz do disposto no artigo 486.º do CC, também as simples omissões “dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido” (a omissão, traduzindo-se numa abstenção de comportamento, não gera materialmente o dano; contudo, pode, assim mesmo, ser a causa dele) ³.

É necessário que o facto praticado pelo agente seja *ilícito*, isto é, que o comportamento do agente se traduza na violação de um direito de outrem, ou ainda, que se traduza na violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios. Assim, não basta que a conduta seja prejudicial aos interesses de outrem para que surja a obrigação de indemnizar⁴, tendo que necessariamente obedecer a um dos requisitos *supra* enunciados. Saliente-se, no entanto, que a própria lei prevê causas que excluem a ilicitude do facto. Nestes casos, embora o facto seja prejudicial aos direitos ou interesses de outrem, considera-se justificado, e por consequência, lícito. Exemplos disso são os casos em que um dever aparentemente infringido pelo agente seja neutralizado, definitiva ou temporariamente, por um outro dever ou em que a violação tenha sido cometida no exercício de um direito ou que estejam reunidos os pressupostos da ação direita (artigo 336.º do CC), da legítima defesa (artigo 337.º do CC) ou do estado de necessidade (artigo 339.º do CC) ⁵.

É imperioso, também, que haja um *nexo de imputação do facto ao lesante*, ou seja, que haja *culpa do agente*. Agir com culpa significa que o agente, dada a sua capacidade, em face das concretas circunstâncias, “podia e devia ter agido de outro modo”, pelo que a sua conduta merece a “reprovação ou censura do direito”⁶. Todavia, para que haja culpa, o agente terá, necessariamente, que ser imputável, daí que se estabeleça no n.º 1 do artigo 488.º do CC que “não responde pelas consequências do facto danoso quem, no

³ Por exemplo, um condutor que desrespeita a paragem num sinal stop, tal como estabelecido no Código da Estrada e, por via disso, provoca um acidente omitiu um dever de paragem, pelo que é responsável pelo acidente

⁴ A vê um amigo a entrar num táxi e, como tal, oferece-lhe boleia. É certo que o taxista ficou prejudicado, mas não tem direito a ser compensado por esse prejuízo.

⁵ A este propósito, VAZ SERRA, «Causas justificativas do facto danoso», *BMJ*, n.º 85, 1959, p. 23 e ss.

⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pp. 562 e ss.

momento em que o facto ocorreu, estava incapacitado de entender ou querer, exceto, se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”, e no n.º 2 presume-se a inimputabilidade “do menor de 7 anos ou interdito por anomalia psíquica”⁷.

Saliente-se que a culpa pode assumir duas modalidades distintas: o dolo e a mera culpa ou negligência. Existe dolo quando o agente quis, diretamente, realizar o facto ilícito – dolo direto – ou em que o agente, não querendo diretamente provocar o facto ilícito, previu-o como consequência segura do seu comportamento – dolo necessário. Por sua vez, a mera culpa ou negligência consiste na omissão da diligência exigível ao agente, nomeadamente ineptidão, descuido, distração. A negligência pode ser consciente quando o agente, embora prevendo a ocorrência do facto ilícito como possível, não crê na sua verificação; ou inconsciente quando o agente não prevê sequer a possibilidade de o facto ilícito ocorrer, podendo e devendo prevê-lo. Saliente-se, nesta sede, que quando a responsabilidade se funda na mera culpa, o artigo 494.º do CC prevê que a indemnização poderá “ser fixada equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. Já no caso de a responsabilidade se fundar no dolo, o montante indemnizatório corresponderá sempre ao valor dos danos, “não podendo o juiz arbitrar indemnização inferior”.

É ainda indispensável que do facto praticado advenha um *dano*, ou seja, que do facto ilícito tenha resultado um prejuízo para alguém⁸. O dano pode revestir carácter patrimonial ou não patrimonial. Dano patrimonial ou material abarca os prejuízos que são suscetíveis de ser avaliados pecuniariamente, sendo possível a sua reparação, senão diretamente – por intermédio da reconstituição natural -, pelo menos indiretamente – por meio equivalente ou indemnização pecuniária. Este tipo de dano integra, de acordo com o disposto no artigo 564.º do CC, o dano emergente (prejuízos diretos), o lucro cessante (benefícios que o lesado deixou de obter) e ainda os danos futuros (quando sejam previsíveis) e a sua indemnização está prevista no artigo 495.º do CC. No dano moral ou não patrimonial os prejuízos são insuscetíveis de avaliação pecuniária, na medida em que se atingem bens que, não integrando o património do lesado, apenas podem ser ressarcidos por meio de uma compensação arbitrada através de juízo de equidade – n.º 4

⁷ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pp. 562 e ss.

⁸ *Idem*, pp. 597 e ss.

do art. 496.º do CC. Aqui o termo correto não será *indenização*, mas mais *compensação* ou *reparação*.

Para finalizar, a lei exige ainda um *nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima*, pois apenas quando o dano seja resultado do facto ilícito praticado pelo agente é que há obrigação de indemnizar⁹. Vigora, a este propósito indemnizatório, a teoria da causalidade adequada consagrada no artigo 563.º do CC.

A *responsabilidade objetiva ou pelo risco* é também uma das modalidades da responsabilidade civil extracontratual, que se encontra regulada nos artigos 499.º e ss do CC, a qual estabelece que quem cria ou mantém um risco em proveito próprio deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que é ele quem colhe o principal benefício. Esta modalidade de responsabilidade prescinde da culpa – artigo 483.º, n.º 2 do CC – e, por vezes, até da ilicitude, mas os restantes pressupostos exigíveis para a responsabilidade civil subjetiva mantêm-se.

Posto este esclarecimento inicial, debruçar-nos-emos sobre o estudo da responsabilidade civil por danos não patrimoniais, pois é esta que em sede do presente estudo impera analisar. Ressalve-se que, ao longo do presente estudo, sempre que se tratem matérias que englobem responsabilidade civil extracontratual se parte do pressuposto, seja responsabilidade objetiva ou subjetiva, que os pressupostos por ela exigidos se encontram preenchidos.

⁹ Supondo que A sofre um acidente de viação grave, passando a sofrer de uma incapacidade permanente geral de 10%, ficando muito abalado e assustado com o assiste. Como escape refugia-se nas drogas. Admitindo que 2 anos depois de ocorrido o acidente, A vem a falecer vítima de *overdose*. A perda do direito à vida não adveio diretamente do acidente. De facto, A teria direito a uma indemnização, quer devido à incapacidade que ficou a padecer, quer pelo dano moral sofrido – o susto, medo. No entanto, o facto de ser tornado toxicodependente e, por isso ter vindo a falecer, é um facto totalmente estranho ao acidente, não devendo por isso ser indemnizado. De referir, a este propósito, os exemplos enunciados por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, reimpressão da 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em anotação ao artigo 496.º do CC: “Se A, para fugir à agressão de B, atravessa imprudentemente a rua e é mortalmente colhido por um veículo, a morte dele não deve ou, pelo menos, nem sempre deverá considerar-se causada pela ameaça ou agressão”.

2. A CONSAGRAÇÃO DA COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Seguindo a definição adotada por MENEZES CORDEIRO “ [e]m Direito, o dano ou prejuízo traduz-se na supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento”¹⁰. Ora, os danos podem assumir diversas formas. Adotando, mais uma vez, a classificação utilizada por MENEZES CORDEIRO podem existir: danos emergentes e lucros cessantes, danos ressarcíveis e danos compensáveis, danos naturais e danos humanos, danos lícitos e danos ilícitos, danos morais e danos patrimoniais¹¹. Porque não é fundamental para a objetivo da presente dissertação, não vamos proceder à definição de todos estes tipos de danos, remetendo essa elucidação para o referido manual do Professor MENEZES CORDEIRO. Iremos, por conseguinte, partir de imediato para o estudo dos danos não patrimoniais.

Danos não patrimoniais são os que resultam da ofensa de interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária. É esta, aliás, a definição adotada pela generalidade da doutrina¹². GALVÃO TELLES define - os como “os prejuízos que não atingem em si o património, não o fazendo diminuir, nem frustrando o seu acréscimo. *O património não é afectado*; nem passa a valer menos, nem deixa de valer mais”¹³. VAZ SERRA refere que “[d]ano não patrimonial é o que tem por objeto um interesse não patrimonial, isto é, um interesse não avaliável em dinheiro”¹⁴.

Outrora este tipo de dano era classificado como dano moral, só posteriormente tendo vindo a assumir a designação de dano não patrimonial, tendo-se esta alteração devido ao facto de o dano, sem ser patrimonial, poder não ser simplesmente moral, como será o caso, por exemplo, do sofrimento de uma dor física.

Danos não patrimoniais são, portanto, aqueles que afetam bens não patrimoniais, ou seja, bens que tangem com a personalidade e não se integram no património do lesado, os quais são insuscetíveis de avaliação pecuniária. Atingem bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, e outros de que resulte o inerente sofrimento físico e psíquico, como

¹⁰MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, 4.ª edição reformulada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012, p. 979.

¹¹ *Ibidem*.

¹² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I – *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2014, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I volume, reimpressão da 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I*, ob. cit., entre outros.

¹³ GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 378.

¹⁴ VAZ SERRA, «Reparação do Dano não Patrimonial», *BMJ*, n.º 83, Fevereiro, 1959, p. 69.

o desgosto pela perda da vida, a angústia de ter que viver com certa deformação ou deficiência, a vergonha.

O ressarcimento destes danos é, pois, mais uma satisfação do que uma indemnização na medida em que o que se pretende é atenuar os padecimentos derivados das lesões, tendo em conta que é impossível avaliá-los pecuniariamente. Por esta razão é que se fala em “compensação por danos não patrimoniais” e já não em “indemnização por danos não patrimoniais”, sendo mais adequado falar-se em atribuição de uma *indemnização* quando nos referimos aos danos patrimoniais, esses sim suscetíveis de uma avaliação pecuniária, contrariamente ao que acontece com os danos não patrimoniais.

Ora, embora hoje a lei portuguesa o consagre expressamente por intermédio do disposto no artigo 496.º do Código Civil¹⁵, durante muito tempo a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais foi uma questão controversa no ordenamento jurídico português¹⁶.

No Código de Seabra não se fazia qualquer menção expressa à possibilidade de ressarcir danos morais/danos não patrimoniais. Aliás, dos artigos 2384.º e 2387.º do Código de Seabra, refere MENEZES CORDEIRO, “pretendia-se retirar a sua irressarcibilidade, argumentando-se com a impossibilidade de trocar valores morais por dinheiro (...)”¹⁷, embora uma norma do Código da Estrada de 1954 lhes fizesse alusão.

No entanto, com o Código Civil de 1966, veio a lei civil portuguesa, no n.º 1 do artigo 496.º do atual CC, afirmar, em termos gerais, a possibilidade de ressarcimento dos danos não patrimoniais, limitando-a, no entanto, àqueles que “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

Nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, essa gravidade medir-se-á “por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias

¹⁵ Dispõe o artigo 496.º do Código Civil, sob a epígrafe «Danos não patrimoniais»:

“1 - Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.

4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores”.

¹⁶ Vide, a este propósito, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil: em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. XII, Coimbra Editora, Coimbra, 1938, pp. 418 e ss e GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 379.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I - Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, ob. cit., p. 948.

de cada caso) e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada) ”¹⁸. No entanto, uma análise ao artigo 496.º do CC não permite aferir qualquer menção expressa aos casos em que poderá haver lugar a esta indemnização, mencionando-se, tão só, que só serão indemnizáveis os danos não patrimoniais que *pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*. Assim, caberá ao tribunal, *in casu*, dizer se o dano é ou não merecedor de tutela jurídica. Mas impera referir que, na parte final do n.º 1 do artigo 496.º, o legislador pretendeu reforçar a imperiosidade de não se aceitarem facilmente, como ressarcíveis, prejuízos de pequeno relevo ou de motivações suspeitosas.

Para clarificar a forma como os tribunais olhavam para esta questão merece referência a orientação seguida pelo STJ, em acórdãos datados de 12.10.1973¹⁹ e 18.11.1975²⁰, ao considerar que “os simples incómodos ou contrariedades não justificam a indemnização por danos não patrimoniais”. Anos mais tarde a posição manteve-se, tendo o STJ decidido, em acórdão de 29.10.2008²¹, que “os danos não patrimoniais, embora não suscetíveis de avaliação pecuniária, já que atingem bens que não integram o património do lesado, podem ser compensados com a atribuição ao lesado de uma reparação ou satisfação adequada, que possa contribuir para atenuar, minorar e de algum modo compensar as dores físicas e o sofrimento psicológico em que tais danos se traduzem, devendo a gravidade do dano medir-se por um padrão objetivo, e não de acordo com fatores subjetivos, ligados a uma sensibilidade particularmente aguçada ou especialmente fria e embotada do lesado, e deve ser apreciada em função da tutela do direito: o dano deve ter gravidade bastante para justificar a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”.

No entanto não pode deixar de referir-se que, durante muitos anos, houve quem negasse a possibilidade de compensação por danos não patrimoniais. Na perspetiva destes, uma vez que a indemnização se destina a “reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga a reparação”, nos termos do artigo 562.º do CC, e como não seria possível eliminar as dores e angústias sofridas pelo lesado, a possibilidade de compensação por esses danos não seria de admitir²².

¹⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., em anotação ao artigo 496.º, p. 499.

¹⁹ *BMJ*, n.º 230, 1973, pp. 107 a 114.

²⁰ *BMJ*, n.º 251, 1975, pp. 148 a 151.

²¹ Processo 08P3380, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

²² Vide DELFIM MAYA DE LUCENA, *Danos não Patrimoniais – O dano da Morte*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 16 e ss. Neste sentido ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., p. 603, refere que se chegou ao ponto de afirmar que “só numa *concepção*

Contra a compensação pela ocorrência de danos não patrimoniais vejam-se os seguintes argumentos: o facto de, não sendo esse dano avaliável em dinheiro, não poder ser reparado mediante equivalente pecuniário, que não se sabe como possa ser calculado; a impossibilidade de averiguar a que pessoas se deveria atribuir a reparação, uma vez que muitas podem sofrer um dano não patrimonial com o facto que dá origem à reparação; a reparação ser imoral, pois as dores morais não se compensam com dinheiro; e ainda, que a dor depende da emotividade pessoal de cada um e não da culpa alheia²³.

A doutrina hoje maioritária defende, no entanto, não só a possibilidade de indemnização como a necessidade de compensação desses prejuízos, recorrendo a vários argumentos. Antes de mais, porque o princípio geral do nosso ordenamento jurídico, nos termos do artigo 483.º do CC, é o de impedir que os danos, quaisquer que eles sejam, fiquem sem reparação²⁴. Depois, porque a ideia de atribuir uma quantia pecuniária a quem, por exemplo, sofreu o desgosto de perder um ente querido não significa que se esteja a eliminar o dano; nestes casos, a compensação de carácter pecuniário não teria como fim um ressarcimento *stricto sensu* mas, tão só, o objetivo de proporcionar ao lesado uma quantia em dinheiro que lhe permitisse aceder a determinados bens, os quais poderiam fazer desviar a sua atenção dos sofrimentos que lhe foram causados, contribuindo para a atenuação do seu sofrimento²⁵. Além disso, refere ANTUNES VARELA, “[e]ntre a solução de nenhuma indemnização a atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação, é incontestavelmente mais justa e criteriosa a segunda orientação”²⁶.

Quanto ao argumento de que o montante da indemnização dos danos não patrimoniais seria difícil de fixar sem recurso à arbitrariedade, defendem os autores, em abono da atribuição da compensação desses danos, que essa dificuldade também existe quando se estabelece o montante dos lucros cessantes e, no entanto, eles não deixam de ser indemnizados²⁷. Tal como existe quando se suscita o cálculo de “certos danos

grosseiramente materialista da vida se poderia admitir a ideia de ressarcir com dinheiro os danos de carácter não patrimonial”, referindo-se à argumentação do representante da Companhia de Seguros «O Alentejo», na ação decidida pelo acórdão do STJ, de 12.2.1969, disponível na *RLJ*, ano 103.º, 1970-1971, Coimbra Editora, Coimbra, 1971, n.º 3416, p. 169.

²³ Vide VAZ SERRA, «Reparação do Dano não Patrimonial», *BMJ*, n.º 83, 1959, pp. 78 e 79.

²⁴ DELFIM MAYA DE LUCENA, ob. cit. p. 17.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 604.

²⁷ DELFIM MAYA DE LUCENA, ob. cit., p. 18.

patrimoniais indirectos (como o prejuízo sofrido pelo médico ou pelo advogado com a calúnia ou com a injúria, que afectou sensivelmente a sua clientela) e nunca se duvidou da sua ressarcibilidade”²⁸. Além disso, entendem não ser correta a afirmação da necessidade de recorrer ao arbítrio para fixar o *quantum* da compensação a atribuir, pois bastaria o recurso a juízos de equidade que tivessem em conta as circunstâncias do caso concreto e não esquecessem que o fim que se visa é de proporcionar aos lesados “meios para se distrair da sua dor”. Aliás, a própria lei, reconhece que a reconstituição natural não é possível no que concerne aos danos não patrimoniais, já que prevê que a compensação se fará com base na equidade, nos termos do 494.º, *ex vi* do n.º 4 do artigo 496.º do CC²⁹.

Utiliza-se, ainda, outro argumento contra compensação dos danos não patrimoniais, que se prende com a aludida dificuldade em determinar quem seriam os titulares dessa compensação, uma vez que, por exemplo, a morte de uma pessoa poderia ser mais sentida por um amigo do que por um familiar próximo. No entanto este carece de sentido pois, de forma a evitar que um leque demasiado alargado de pessoas fosse titular desse direito, o legislador fixou previamente o elenco das pessoas que considerou terem legitimidade para serem compensadas pelos danos não patrimoniais sofridos, tanto no caso de o lesado imediato vir a morrer em consequência da lesão, como quando, não ocorrendo a morte da pessoa que foi diretamente lesada pelo ato ilícito, cabendo nesse último caso, a ela própria a respetiva compensação³⁰.

Hoje em dia diversos diplomas legais estabelecem a ressarcibilidade por danos não patrimoniais, entendendo-se que este tipo de danos “embora insuscetíveis de uma verdadeira e própria reparação ou indemnização, porque invaliáveis pecuniariamente, podem ser, em todo o caso, de algum modo compensados. E mais vale proporcionar à vítima essa satisfação do que deixá-la sem qualquer amparo”³¹.

A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais foi também consagrada noutras ordens jurídicas. Em Espanha tem-se pacificamente entendido que os danos morais carecem de *indemnização* e a orientação seguida na doutrina e jurisprudência francesas é, igualmente, no sentido da admissibilidade da *indemnização* por danos não patrimoniais, embora as indemnizações atribuídas por danos patrimoniais sejam superiores às atribuídas por danos

²⁸ ANTUNES VARELA, ob. cit, pp. 604 e 605.

²⁹ DELFIM MAYA DE LUCENA, ob. cit, p. 18.

³⁰ *Idem*, pp. 18 e 19.

³¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 599.

não patrimoniais³². Também o ordenamento jurídico brasileiro pugna pela admissibilidade da *indenização* por danos não patrimoniais, atendendo ao disposto no artigo 5.º, pontos V e X da Constituição Brasileira de 1988, onde se estabelece que “é assegurado o direito (...) da indenização por dano material, moral ou à imagem” e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”. Já no ordenamento jurídico alemão, embora a ressarcibilidade por danos não patrimoniais seja admitida, é-o apenas a título excepcional, existindo um preceito segundo o qual “a indenização em dinheiro, por causa de um dano que não seja patrimonial, só pode ser exigida nos casos determinados por lei” - §253 do *BGB* -, admitindo-se, no §847 do *BGB* a indenização dos danos dessa natureza provenientes dos casos de lesão corporal, de prejuízo para a saúde ou de ofensa para a liberdade e ainda em certos casos de crimes contra a honra do ofendido³³. E por influência deste, também o direito italiano, por meio do artigo 2059.º do *Codice Civile*, refere que “[i]l danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”³⁴.

³² Vide PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS, *O Dano Moral. Na Doutrina e na Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 57 e 58.

³³ *Idem*, pp. 58 e 59.

³⁴ O que significa: “o dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos em que a lei o determine”.

CAPÍTULO II.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS EMERGENTES DO DANO DA MORTE

3. A COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS DECORRENTES DO DANO DA MORTE

A tutela do direito à vida está expressamente consagrada no nosso ordenamento jurídico, desde logo no artigo 24.º da CRP, ao estatuir que “[a] vida humana é inviolável” mas também, de forma indireta, no artigo 70.º, n.º 1, do CC ao prever que “[a] lei protege os indivíduos contra qualquer ameaça ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Mas essa tutela é ainda consagrada a nível supranacional, nomeadamente à luz do disposto no artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10.12.1948, bem como no artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4.11.1950, onde se consagra o direito à vida de cada indivíduo. Face ao exposto resulta claro que o direito à vida merece tutela jurídica, constituindo a morte um dano de cariz não patrimonial que deve necessariamente ser compensado³⁵. Mas suscita-se a questão: em que termos deverá ocorrer essa compensação?

A generalidade da doutrina e da jurisprudência, sobretudo após o acórdão de uniformização de jurisprudência de 17.3.1971³⁶, têm entendido que as ofensas de que resulte a morte de uma pessoa podem dar origem aos seguintes danos não patrimoniais:

- o dano pela perda do direito à vida em sentido estrito;
- o próprio sofrimento das pessoas elencadas nos números 2 e 3 do artigo 496.º do CC, em consequência da morte do *de cuius*;
- o sofrimento da própria vítima entre o facto danoso e a morte, quando esta não seja imediata³⁷.

³⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV – Parte Geral. Pessoas*, 3.ª edição revista e atualizada, Almedina Coimbra, 2011, p. 173 refere: “A violação do direito à vida – portanto: morte de uma pessoa” – deveria ter as mais pesadas consequências indemnizatórias que o Direito pudesse prescrever”.

³⁶ *BMJ*, n.º 205, 1971, pp. 150.

³⁷ *Vide*, em igual sentido, o acórdão do STJ de 14.5.2009, processo 1496/02.1TAFAR.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015. Em igual sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 303.

Não obstante, esta não é uma questão pacífica. É que, entre os autores que consideram o dano da perda da vida como um dano autonomamente indemnizável, há quem entenda que o direito à compensação por esse dano nasce no próprio património do *de cuius* e se transmite aos seus herdeiros legais e testamentários, nos termos gerais; há quem entenda que nasce no património do *de cuius* e se transmite às pessoas referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC; e há ainda quem entenda que nasce como direito próprio na titularidade das pessoas referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC, segundo a ordem aí definida. No entanto, também continuam a existir autores, bem como decisões jurisprudenciais, que, no cálculo da indemnização por danos não patrimoniais decorrentes do dano da morte, não incluem o dano da perda da vida em sentido estrito, considerando que apenas devem ser indemnizáveis os danos não patrimoniais sentidos pelas próprias pessoas elencadas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC, pelo sofrimento sentido com a morte da vítima, e o sofrimento da vítima entre o facto danoso e a própria morte. E, quanto a este último, há também divergências quanto à sua aquisição. Vejamos.

3.1 Posições Doutrinárias

a) Entre os autores que, admitindo a compensação pelo dano da perda da vida em sentido autónomo, entendem que se trata de um direito que se integra no património do *de cuius* e que, por morte deste se transmite, sucessoriamente, para os seus herdeiros legais (artigos 2157.º e 2133.º do CC) ou testamentários (artigos 2179.º e 2131.º do CC) encontramos GALVÃO TELLES, VAZ SERRA³⁸, MENEZES LEITÃO e MENEZES CORDEIRO. As razões que motivam tal entendimento são, apesar de tudo, divergentes.

GALVÃO TELLES defende que “ há dano não patrimonial sempre que é ofendido, *objetivamente*, um bem imaterial, como a integridade física ou a vida, ainda que essa ofensa não seja acompanhada, *subjetivamente*, de sofrimento” e que, no próprio momento da morte, pode adquirir-se um direito, estando, assim, “reunidas as condições necessárias para que se constitua a favor do lesado o direito à indemnização”³⁹. E, refere o autor, que

³⁸ Inicialmente VAZ SERRA começou por considerar que o dano não patrimonial da vítima por perda da vida se transmitia por via sucessória às pessoas referidas no n.º 2 do artigo 496.º do CC (*vide RLJ*, ano 103.º, p. 176 e ano 105.º, p. 64), mas veio posteriormente a mudar a sua posição, defendendo agora que essa indemnização se transmite nos termos gerais. Ver a sua anotação os acórdãos do STJ de 16.3.1973 e 13.11.1974, publicados na *RLJ*, anos 107.º, pp. 140 e ss. e 109.º, pp. 44 e ss respetivamente.

³⁹ GALVÃO TELLES, *Direitos das Sucessões – Noções Fundamentais*, 6.ª edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 96.

quando o “facto gerador da responsabilidade civil for ele próprio causa da morte”, “ o direito à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais que o ofendido tenha adquirido, faz parte da sua herança”, podendo ser reclamada pelos seus herdeiros⁴⁰. Isto porque “o momento da morte é o *último* momento da vida. Se pois um direito nasce ao tempo da morte, pode ainda ser adquirido pelo que falece, ingressando na sua esfera jurídica. Para alguém adquirir um direito *inter vivos* não é necessário que *sobreviva* ao facto determinante da aquisição; basta que ainda *exista* quando este se dá, e entende-se que existe se o facto é contemporâneo da morte, se coincide cronologicamente com ela”⁴¹. Mas GALVÃO TELLES não se fica por aqui, defendendo que, “para além do direito de indemnização do diretamente lesado, pode, pelo facto da sua morte, nascer também um direito de indemnização a favor de outras pessoas”, sendo que no que respeita a danos não patrimoniais têm direito a ser indemnizadas as pessoas elencadas no artigo 496.º do CC pela ordem aí indicada⁴². Assim, conclui o autor: “Tratam-se de *dois direitos distintos: um do lesado, outro próprio de outras pessoas*; um visando ressarcir danos sofridos por aquele; o outro, danos sofridos por estas. *Só o primeiro é objeto da sucessão do lesado, o segundo está fora dela*”⁴³.

VAZ SERRA, que em tempos sustentara que o direito à *indemnização* pela morte do lesado imediato se transmitia, no caso de ocorrer a sua morte, às pessoas elencadas no artigo 496.º, n.º 2 do CC, vem agora defender que parece “duvidoso que tendo o facto danoso provocado a morte da vítima, o direito de indemnização dos danos não patrimoniais a esta causados se transmita aos parentes indicados no n.º 2 do artigo 496.º, e não, nos termos gerais do artigo 2024.º, aos herdeiros da vítima”⁴⁴.

MENEZES LEITÃO entende que “[n]inguém duvidaria, face ao princípio geral do art.º 496.º, n.º 1, de que quer os danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima em consequência da morte, quer os danos não patrimoniais sofridos por estes e pela vítima enquanto não sobrevém a morte são indemnizáveis”⁴⁵. E entende o autor que a solução

⁴⁰ GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões*, ob. cit., pp. 94 e 95.

⁴¹ *Idem*, pp. 96 e 97. O direito à indemnização surgiria, assim, em momento imediatamente posterior à ocorrência da morte e, portanto, quanto ao presumido *de cuius*, quando já não existe um titular para tal direito, por ter ocorrido a sua morte. Ora, não podemos concordar com a argumentação apresentada pelo autor pois, de facto, não parece fazer qualquer sentido que um direito surja na esfera jurídica de uma pessoa, quando essa pessoa já não tem existência, enquanto tal.

⁴² GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 95.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ VAZ SERRA, *RLJ*, ano 107.º, pp. 143. No mesmo sentido, o mesmo autor, em anotação ao acórdão de 13.11.1974, *RLJ*, 109.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, n.º 3564, pp. 44 e 45.

⁴⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 304.

que defende a impossibilidade de *indenização* pela perda da vida com o fundamento que a personalidade cessa com a morte parece “extremamente conceptualista”, defendendo que “ a perda da vida constitui para o titular o dano máximo que ele poderia suportar e representaria uma autêntica contradição valorativa que a lesão de outros bens pessoais (como a saúde, a liberdade ou a honra) legitimasse, em caso de morte da vítima, os herdeiros a reclamar a indenização pelos danos sofridos e a perda da vida já não o permitisse. A perda da vida constitui assim, claramente um dano autónomo, cujo direito à indenização se transmite aos herdeiros da vítima, com fundamento no artigo 2024.º, e de acordo com as classes de sucessíveis referidas no artigo 2133.º “⁴⁶. E, acrescenta o autor, que a situação a que se refere o artigo 496.º, n.º 2, 3 e 4 *in fine*, quando volta a referir-se à indenização por morte da vítima, não é ao dano da morte em sentido próprio, mas sim aos danos não patrimoniais sofridos por outras pessoas, em consequência da morte da vítima⁴⁷.

MENEZES CORDEIRO entende que “ a morte de uma pessoa causa danos morais e patrimoniais: quer na própria vítima, quer no círculo dos seus familiares (...)”. Assim, em caso de morte, deverá haver lugar a uma compensação *iure proprio* recebida pelos beneficiários elencados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC pelo sofrimento sentido com a morte da vítima e uma compensação à própria vítima pelos danos que sofreu (no caso da morte não ser instantânea) entre a lesão e a morte, e pelo dano do próprio direito à vida, de que se vê privada, transmitindo-se estes últimos direitos *iure hereditario*, aos sucessores (em termos gerais) do falecido⁴⁸.

Ora, a posição sufragada por estes autores é passível de críticas. O Professor HÖRSTER critica-a dizendo que esse pensamento não parece lógico na medida em que “o dano nasce apenas com a ocorrência da morte, ou seja, no fim dos efeitos da acção. Portanto, para haver dano da morte, é preciso que a pessoa lesada tenha efetivamente morrido. Sendo apenas a morte o facto causador do dano, este dano nasce depois de ter findado a personalidade”⁴⁹. E acrescenta que “[o] direito à indenização apenas pode ter nascido quando verificada a morte. A morte é o pressuposto para o próprio dano. Sem a morte, o dano não existe. Deste modo, é impossível que o dano da morte faça parte da

⁴⁶ MENEZES LEITÃO, *Direitos das Obrigações, Vol. I, ob. cit.*, pp. 305 e 306.

⁴⁷ *Idem*, p. 306.

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV – Parte Geral. Pessoas*, ob cit., pp. 181 a 183.

⁴⁹ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014, p. 303.

herança: segundo o art.º 2031.º, a sucessão abre-se no momento da morte do seu autor, mas apenas sobre os direitos patrimoniais de que o *de cuius* já era titular antes”⁵⁰.

Mas esta não é a única crítica a apontar. É que, de acordo com esta posição, os que vivem em união de facto com a vítima, por não terem a qualidade de herdeiros nos termos gerais, ficariam desprotegidos⁵¹. Isso não aconteceria caso se entendesse que direito à compensação pelo dano da morte, após ter pertencido ao *de cuius*, se transmitiria sucessoriamente para as pessoas elencadas no artigo 496.º do CC, pois o n.º 3 deste preceito legal⁵² introduziu os que vivam em união de facto com a vítima como beneficiários do direito à compensação pela morte desta.

b) Por sua vez, outros autores, que igualmente admitem a ressarcibilidade do dano da perda da vida em sentido autónomo, entendem que o direito à compensação pelo dano da morte, após ter pertencido ao *de cuius*, se transmite para as pessoas elencadas no n.º 2 (e n.º 3) do artigo 496.º do CC⁵³. Foi esta a posição defendida, numa fase inicial, por VAZ SERRA, que, posteriormente, mudou de opinião, perfilhando a posição referida no ponto anterior. Atualmente, os subscritores desta tese são LEITE DE CAMPOS e CARVALHO FERNANDES.

LEITE DE CAMPOS afirma que, ainda em vida, um sujeito pode adquirir um direito “pela sua própria morte” apresentando as seguintes razões: “[a] seguir ao ato ilícito verifica-se um dano, dano em que ainda não é a morte. Mas é um dano que virtualmente conduzirá à morte, contendo, se quisermos, a morte em potência, é como que um primeiro passo ou uma antecipação desta. Nasceria, portanto, desde logo, um direito de indemnização pela morte, direito este sujeito, porém, à condição suspensiva da verificação da morte. (...) É a própria lei que prevê a possibilidade de indemnizar danos futuros, danos ainda não produzidos - veja-se o n.º 2 do artigo 564.º. Neste se reconhece a admissibilidade e existência de um direito de indemnização cujo conteúdo ainda não está determinado. Direito que parece dever transmitir-se aos herdeiros do seu titular, entretanto falecido, com essa mesma característica de elasticidade. Existe aqui identidade entre os danos presentes e os futuros, numa obrigação de indemnizar já existente. É nestes

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Veja-se o disposto no artigo 2133.º do CC.

⁵² O n.º 3 do artigo 496.º do CC foi introduzido pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

⁵³ Neste sentido, ver os Acórdãos do STJ de 13.11.1974 e de 25.5.1985, respetivamente, na *RLJ*, ano 109.º, p. 43 e ano 123.º, 1990-1991, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, n.º 3795, pp. 185 e ss.

termos que tem que ser entendido o dano como pressuposto da responsabilidade civil. É necessário que exista um dano. Mas este tanto pode ser passado como futuro. Contudo, é evidente que se este não se vier a verificar, a obrigação desaparecerá.”⁵⁴.

O autor aponta, todavia, uma outra via de resolução do problema, dedicando-a aos que insistem em ter o direito de indemnização de nascer após ter morrido o titular do direito lesado. Afirma o autor que, embora a personalidade jurídica se extinga com a morte, exige-se uma defesa para além desta, atendendo ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 71.º do CC⁵⁵ e, face a isto, não parece estranho “que entendamos que o direito de indemnização pelo dano da morte é adquirido pelo «*de cuius*» depois desta última”⁵⁶. Assim, refere o autor, “[o] respetivo direito deverá ser, na ordem natural das coisas, adquirido pelo próprio lesado. E porque não mesmo depois da morte? É mais um caso em que a proteção a um direito de personalidade se prolonga para depois da morte, sem o que aquela perderia parte da sua consistência prática”⁵⁷. E, posto isto, conclui o autor que “a construção que vê na aquisição do direito «*post mortem*» ainda uma manifestação da personalidade jurídica do «*de cuius*» e dos interesses que lhe estão subjacentes é a mais conveniente”⁵⁸.

De igual modo, CARVALHO FERNANDES entende que “há uma razão objetiva para fundar a ressarcibilidade do dano da morte, ainda aquando este decorre imediatamente da lesão. Se se perfilhasse a solução contrária, atribuir-se-ia ao autor do ilícito uma situação mais favorável do que a corresponde aos casos em que a morte é só consequência mediata da lesão, ainda que naquele caso esta seja normalmente mais grave”⁵⁹. Assim, considera CARVALHO FERNANDES, a letra do artigo 496.º do CC “parece demarcar dois tipos de danos não patrimoniais indemnizáveis: os do lesado e o das pessoas mencionadas no n.º 2 do art.º 496.º. O direito de indemnização dos primeiros danos constitui-se na esfera jurídica do lesado e, à semelhança do que antes ficou dito, é transmissível *mortis causa*”,

⁵⁴ LEITE DE CAMPOS, «A Indemnização do Dano da Morte», *Separata do vol. L (1974) do BFDUC (1974)*, Coimbra, 1975, pp. 49 e 50. DELFIM MAYA DE LUCENA entende que Leite de Campos partiu, face ao referido, de uma conceção errada de dano futuro pois, assim sendo, todos os danos seriam futuros e nunca presentes.

⁵⁵ Dispõe artigo 71.º do CC: “ 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o conjugue sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido”.

⁵⁶ LEITE DE CAMPOS, «A Indemnização do Dano da Morte», *ob. cit.*, p. 54.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Idem*, p. 55.

⁵⁹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição revista e atualizada, *Quid Juris* – Sociedade Editora, Lisboa, 2012, p. 74.

devendo entender-se que “se transmite às pessoas indicadas no n.º 2 do art.º 496.”⁶⁰. O direito de indemnização dos segundos danos é adquirido autónoma e originariamente pelas pessoas identificadas no artigo 496.º do CC ⁶¹.

c) Há, no entanto, ainda quem considere que o direito a compensação pelo dano da morte em sentido estrito é um direito atribuído *ex novo* às pessoas elencadas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC. Adotam esta posição ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, CAPELO DE SOUSA, PEREIRA COELHO, MARIA MANUEL VELOSO, PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS, RIBEIRO DE FARIA e HEINRICH HÖRSTER, entre outros.

ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA vêm afirmar que “no caso de a agressão ou lesão ser mortal, *toda a indemnização* correspondente aos danos morais (quer sofridos pela vítima, quer pelos familiares mais próximos) cabe, *não aos herdeiros por via sucessória*, mas aos familiares, por direito próprio (*iure proprio*), nos termos e segundo a ordem do disposto no n.º 2 [do artigo 496.º]” ⁶².

PEREIRA COELHO defende a ressarcibilidade do dano da privação da vida, argumentando que, caso esse dano não fosse indemnizável “o autor da lesão ficaria em *melhor* situação no caso de morte instantânea do que quando a morte não resultasse imediatamente da lesão: além nada indemnizaria, ao passo que aqui teria que reparar os prejuízos que a vítima sofresse antes de falecer. E, todavia, quando a morte é imediata a lesão será normalmente *mais grave*”⁶³. No entanto, refere o autor que o direito à indemnização dos danos não patrimoniais sofridos pela vítima não se transmite *iure hereditario* às pessoas mencionadas no artigo 496.º, n.º 2, pertencendo-lhes *iure proprio*, como lhes pertence *iure proprio* o direito à indemnização por danos não patrimoniais que a morte da vítima pessoalmente lhes causou ⁶⁴. E, na defesa da sua posição, explica o autor que, embora a lei não atribuísse ao *de cuius* um direito de indemnização que pudesse transmitir a quem quer que fosse, achou razoável que os danos não patrimoniais sofridos por este “também pudessem ser atendidos no pedido de indemnização que os familiares

⁶⁰ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição revista e atualizada, *Quid Juris?* Sociedade Editora, Lisboa, 2012, pp. 72 e 73.

⁶¹ *Idem*, p. 71.

⁶² PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p. 500, anotação ao artigo 496.º do Código Civil.

⁶³ PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas ao curso de 1973-1974 atualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992, p. 174.

⁶⁴ *Idem*, p. 170.

do art.º 496.º, n.º 2 formulassem, ao lado dos danos não patrimoniais que eles próprios tivessem sofrido pessoalmente”⁶⁵.

MARIA MANUEL VELOSO também segue este entendimento, considerando que os titulares do direito à compensação no caso da morte são os familiares referidos no n.º 2 do artigo 496.º, atendendo aos vínculos de afeição que se presumem existir entre esses familiares, pelo sofrimento de que padeceram em virtude do sofrimento causado à vítima antes de morrer e pelo próprio dano da perda da vida⁶⁶.

PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS defende que é “incontestável que a perda do direito à vida por parte do lesado constitui, nos termos do n.º 2 do art.º 496.º, um *dano autónomo*, suscetível de reparação pecuniária”⁶⁷. E, recorrendo ao elemento histórico, considera que o legislador intencionalmente atribuiu às pessoas mencionadas no artigo 496.º do CC, o direito à ressarcibilidade dos danos aí referidos por *iure proprio*, onde se inclui o próprio dano da perda da vida, tendo em conta os vínculos afetivos que, à partida, existiriam entre os familiares e não a ordem que caracteriza o instituto das sucessões⁶⁸.

RIBEIRO DE FARIA interpreta o artigo 496.º do CC no sentido de que “a morte da vítima é, em si, um facto suscetível de gerar diretamente um dano moral a essas mesmas pessoas” (referindo-se às pessoas elencadas no artigo 496.º do CC) atendendo a razões de índole legal e da própria história da disposição⁶⁹.

DELFINO MAYA DE LUCENA começa por criticar o entendimento segundo o qual a indemnização pelo dano da morte em sentido próprio surge na esfera jurídica do *de cuius* pois, segundo ele, é indiscutível que, verificada a morte, se extingue a personalidade jurídica - como afirma o artigo 68.º, n.º 1, do CC - e, concomitantemente, a capacidade para adquirir direitos, sejam eles quais forem. E reprovava o entendimento segundo o qual a obrigação de indemnizar já possa existir num momento em que ainda não ocorreu o dano, o qual é pressuposto fundamental da responsabilidade civil extracontratual subjetiva. No seu entender, só após a morte, ou seja, só após a ocorrência do dano e, como tal, só após estarem preenchidos todos os pressupostos do artigo 483.º do CC, é que poderá haver lugar a indemnização. Assim, o autor defende que “o direito à indemnização

⁶⁵ *Idem*, pp. 171 e 175.

⁶⁶ MARIA MANUEL VELOSO, «Danos Não Patrimoniais», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. III - Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 523 e 524.

⁶⁷ PEDRO BRANQUINHO FERREIRA DIAS, *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 48.

⁶⁸ *Idem*, pp. 53 e 54.

⁶⁹ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, reimpressão da 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 493.

pelo «dano-morte» é atribuído *ex-novo*, às pessoas (familiares da vítima), mencionadas no n.º 2 do artigo 496.º, do Código Civil”⁷⁰, pelas seguintes razões: primeiro, porque a lei, face à impossibilidade de atribuir tal direito ao morto, concedeu-o a outras pessoas, por entender que a lesão do bem mais importante da personalidade não pode passar sem um castigo civil; depois, porque o a história do preceito, como adiante veremos quando aludirmos à posição perfilhada por ANTUNES VARELA, é favorável a essa posição; e, por último, porque o próprio elemento literal parece indicar esta posição, na medida em que a expressão «cabe» utilizada no n.º 2 do artigo 496.º do CC, parece um indício de que o legislador está a afastar uma ideia de sucessão pois, caso contrário, usaria a expressão «transfere-se» ou «transmite-se»⁷¹.

O Professor HEINRICH EWALD HÖRSTER refere que “o dano da morte é perfeitamente suscetível de ser indemnizado, uma vez que esta solução decorre sem mais da conjugação dos arts. 495.º, n.º 1, e 496.º (...). Assim fica claro que a lei não nega o direito à indemnização do dano da morte. Mas esta indemnização não cabe a quaisquer herdeiros na qualidade de herdeiros mas pertence aos familiares por direito próprio, na medida em que este lhes foi atribuído pelo disposto no art. 496.º, n.º 2”⁷².

CAPELO DE SOUSA entende que “a violação de que decorre a morte pode originar dois grandes tipos distintos de direito de indemnização: o que respeita a danos não patrimoniais ou não patrimoniais sofridos diretamente por certos terceiros que não o lesado (..) e o que se refere a danos patrimoniais ou não patrimoniais sofridos pelo lesado [...] sofrimentos físicos ou espirituais sofridos pelo lesado e, sobretudo, pela perda da vida do lesado”⁷³. E, no que concerne ao dano da perda da vida em sentido estrito, refere que este deve ser indemnizado na medida em que a “a vida é o bem supremo, sendo juridicamente tutelado o direito individual à própria vida (artigo 24.º da Constituição e artigo 70.º do CC), pelo que nos termos do art. 483.º em caso de lesão de que resulta a morte há obrigação de reparar o dano da perda da vida”⁷⁴. Mas o autor apresenta ainda um argumento de “maioria de razão face aos restantes danos não patrimoniais: o argumento de que se a morte fosse instantânea e não houvesse por isso direito a

⁷⁰ DELFIM MAYA DE LUCENA, *Danos Não Patrimoniais. O Dano da Morte*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 57 a 71.

⁷¹ *Idem*, pp. 66 a 69.

⁷² HEINRICH EWALD HÖRSTER, *ob. cit.*, p. 304.

⁷³ CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, reimpressão da 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 317.

⁷⁴ *Idem*, p. 319.

indenização tal constituiria um benefício aos mais eficazes”⁷⁵. Assim, CAPELO DE SOUSA entende que o n.º 2 do artigo 496.º do CC ao referir-se ao «direito à indenização por danos não patrimoniais» fá-lo sem restrição, abrangendo quer os danos não patrimoniais sofridos pelo morto, onde se inclui o dano da morte em si mesmo, quer os danos não patrimoniais sofridos pessoalmente pelas pessoas referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.⁷⁶ E, embora reconhecendo “o melindre e a dificuldade da questão” no que respeita à compensação pelo dano da morte, defende que “tal direito de indenização é atribuído diretamente às pessoas referidas no n.º 2 [e atual n.º 3]”, na medida em que parece ser nesse sentido a história da lei⁷⁷. É que foi esse o sentido dado à norma aquando os trabalhos preparatórios, cuja intenção era a de afastar a natureza hereditária do direito a indenização por danos não patrimoniais sofridos pela própria vítima, que estava prevista no Anteprojeto de Vaz Serra, consagrando-se no n.º 2 do artigo 496.º do CC, a aquisição originária a favor das pessoas aí elencadas, não se fazendo qualquer referência à entrada de qualquer direito no património do falecido⁷⁸. Refere ainda o autor, em abono da sua posição, que “a aquisição originária por parte dessas pessoas é a solução que recebe algum apoio no facto de o art. 496.º se enquadrar num capítulo de responsabilidade civil, e não num de direito sucessório”⁷⁹.

ANTUNES VARELA considera que “é incontestável que a perda do direito à vida por parte da vítima da lesão constitui, nos termos do n.º 2 do artigo 496.º, um dano autónomo, suscetível de reparação pecuniária”⁸⁰ e que a “dúvida está em saber se o direito à reparação desse dano moral nasce no património da vítima e se transmite, por via sucessória, aos seus herdeiros ou nasce, por direito próprio, na titularidade das pessoas designadas no (...) artigo 496.º, segundo a ordem e nos termos em que nesta disposição legal são chamadas”⁸¹, concluindo que “todas as razões válidas convergem no sentido da 2.ª orientação”⁸². O autor começa, assim, por dizer que “nenhum direito de indenização se atribui, por via sucessória, aos *herdeiros* da vítima, como sucessores *mortis causa*,

⁷⁵ *Idem*, p. 320.

⁷⁶ CAPELO DE SOUSA refere, aliás, que, caso a lei tivesse que optar, “teria tido sobretudo em vista os danos não patrimoniais sofridos pelo morto, quer pela expressão introdutória «por morte da vítima», quer pelo facto de tais danos serem os mais significativos, em especial a perda da vida” (CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 322).

⁷⁷ CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 324.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Idem*, p. 325.

⁸⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, ob. cit., p. 614.

⁸¹ *Idem*, p. 615.

⁸² *Ibidem*.

pelos danos *morais* correspondentes à perda da vida, quando a morte da pessoa atingida tenha sido consequência imediata da lesão” e que “no caso de a agressão ou lesão ser mortal, *toda a indemnização* correspondente aos danos morais (quer sofridos pela vítima, quer pelos familiares mais próximos) cabe, *não aos herdeiros por via sucessória*, mas aos *familiares* por direito próprio, nos termos e segundo a ordem do disposto no n.º 2 do artigo 496.^o”⁸³, na medida em que a falta do lesado é, para os seus familiares, regra geral, causa de intenso sofrimento. E é precisamente esse sofrimento que deve ser indemnizado⁸⁴.

Na defesa da sua posição, ANTUNES VARELA, à semelhança de CAPELO DE SOUSA, recorre aos seguintes argumentos: “[e]m primeiro lugar, os trabalhos preparatórios do Código revelam, em termos inequívocos, que o artigo 496.º, na sua redação definitiva, tem intenção de afastar a natureza hereditária do direito à reparação pela perda da vítima da lesão. E o valor dos trabalhos preparatórios [...] não deixa ainda hoje de ser reconhecido na interpretação dos textos legislativos, tanto por subjectivistas como pelos objectivistas moderados. Em segundo lugar, é o próprio texto do n.º 2 do artigo 496.º [...] que aponta para a tese da indemnização por direito próprio. Com efeito, não se diz nele apenas que as pessoas aí designadas têm direito a indemnização, a uma indemnização, ao lado daquela que, por via hereditária, possa caber aos herdeiros em geral, como se faz nos n.ºs 2 e 3 do artigo 495.º, quando se enumeram as várias categorias de terceiros que têm direito a ser indemnizados por danos patrimoniais causados pela lesão corporal. Diz-se, pelo contrário, que o direito à indemnização dos danos não patrimoniais, por morte da vítima [...] cabe, em conjunto, ao cônjuge e aos parentes aí discriminados. Se a perda de vida da vítima da lesão desse lugar a um direito de reparação integrado no seu património e transmissível via sucessória, como têm sustentado alguns arrestos do Supremo, passaria a haver então dois direitos de indemnização: um integrado na herança, atribuído aos seus sucessíveis designados nos artigos 2132.º e seguintes, sujeito às regras próprias da sucessão legítima, legitimária e testamentária; outro, de que seriam titulares, por direito próprio, apenas as pessoas destacadas no n.º 2 do artigo 496.º. Tese absurda que nenhum arresto ainda se atreveu a sustentar. [...] A indemnização cível é sempre a reparação do dano sofrido por terceiro [...]” e “pretende apenas reparar o dano causado pelo facto. [...] E o dano traduzido na perda da vida do lesado ocorre [...], num momento em que,

⁸³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, ob. cit., p. 613.

⁸⁴ *Idem*, p. 614.

deixando ele de existir, o direito à reparação já não se pode constituir na sua esfera jurídica”⁸⁵. E afirma, ainda, ANTUNES VARELA que “[q]uem acompanhar atentamente os trabalhos preparatórios do Código Civil, sem nenhuma ideia preconcebida afivelada à cabeça, não poderá deixar de reconhecer que entre a tese da indemnização nascida no património da vítima e transmitida por via sucessória a alguns dos seus herdeiros e a conceção da indemnização como direito próprio, originário, diretamente atribuído ao cônjuge e aos parentes mais próximos, à margem do fenómeno sucessório da herança da vítima, a lei adotou deliberadamente a segunda posição”⁸⁶.

De facto, no Anteprojeto Geral de VAZ SERRA sobre o “Direito das Obrigações” para o atual CC⁸⁷, o n.º 4 do artigo 759.º previa que “o direito de satisfação por danos não patrimoniais causados à vítima transmite-se aos herdeiros desta, mesmo que o facto lesivo tenha causado a sua morte e esta seja instantânea”, consagrando-se a tese da “aquisição derivada do direito à indemnização pelo dano da morte, através do puro canal da devolução sucessória”⁸⁸. E com a 1.ª Revisão Ministerial dos diversos anteprojetos manteve-se esta posição - artigo 476.º do livro das obrigações: o direito à indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pela vítima da lesão transmite-se aos herdeiros dela, ainda que o facto lesivo tenha provocado a morte imediata -, numa clara aceitação da tese da aquisição derivada do direito à indemnização por via hereditária, mesmo no caso de morte instantânea. No entanto, a 2.ª revisão ministerial levou a muitas alterações, tendo saído dessa revisão o artigo 498.º (ao qual corresponde o atual artigo 496.º), que deixou de fazer qualquer menção à transmissão do direito a indemnização pelo dano da morte, além de se deixar de fazer qualquer referência à hipótese da morte instantânea. Com esta exclusão e a substituição dos herdeiros como titulares da indemnização pelos beneficiários elencados no n.º 2 do artigo 496.º (não se seguindo a ordem estabelecida no direito sucessório), parece que o que se pretendeu foi efetivamente chamar as pessoas elencadas na referida norma a receberem a indemnização por danos não patrimoniais decorrentes da lesão mortal causada à vítima, por direito próprio⁸⁹. Neste sentido, refere ANTUNES VARELA, “o legislador quis manifestamente chamar *estas pessoas, por direito próprio*, a receberem, como titulares *originários* do direito, a indemnização dos danos

⁸⁵ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, ob. cit., pp. 615 e 616.

⁸⁶ ANTUNES VARELA, *RLJ*, n.º 123, 1990-1991, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, n.º 3795, p. 191.

⁸⁷ VAZ SERRA, «Direito das Obrigações (com excepção dos contratos em especial)», *BMJ*, n.º 101, Lisboa, 1960, p. 138

⁸⁸ ANTUNES VARELA, anotação ao acórdão do STJ de 25.5.1985, *RLJ*, ano 123.º, cit., p. 191.

⁸⁹ *Ibidem*.

não patrimoniais causados à vítima da lesão mortal – e que a esta competiria, *se viva fosse*”⁹⁰. Face ao exposto, o autor chama a atenção para a seguinte questão: que razão poderá ter levado o legislador a refutar a tese da aquisição derivada do direito à indemnização, em caso de morte da vítima, passando a acolher a tese da atribuição de uma indemnização, por *iure proprio* e originário, às pessoas elencadas no n.º 2 do artigo 496.º? Eis as duas razões principais apresentadas pelo autor:

- A primeira vai de encontro à posição manifestada pelo Conselheiro ARALA CHAVES, na sua declaração de voto de vencido no acórdão do STJ de 17.3.1971⁹¹, que entende que é “inadmissível reconhecer o nascimento do direito com o facto jurídico de que deriva, para o pretense titular, a incapacidade para o adquirir”. Daí que para ANTUNES VARELA o lógico fosse atribuir o direito à indemnização pela ocorrência da morte àqueles que efetivamente sofrem os seus efeitos⁹², acrescentando que atribuir este direito ao morto e transferindo-o por direito sucessório não passaria de um “artificialismo jurídico”⁹³.

- A segunda razão tem que ver com o facto de o direito à indemnização pelo dano da morte, por facto imputável a terceiro, não dever subordinar-se às regras da via sucessória, na medida em que antes da atual redação do artigo 2133.º do CC, dada pelo DL n.º 496/77, de 23 de novembro, o cônjuge sobrevivente não integrava a 1ª classe sucessória na sucessão legítima⁹⁴, sendo excluído da sucessão legitimária⁹⁵ mas já aparecendo no n.º 2 do 496.º como beneficiário da indemnização. Essa inclusão nesta última norma dever-se-á, com certeza, de acordo com *a ratio legis* do preceito, ao facto de serem o cônjuge sobrevivente e os filhos os principais atingidos com a morte inesperada da vítima da lesão ⁹⁶.

⁹⁰ *Idem*, p. 192.

⁹¹ *RLJ*, ano 105.º, p. 63.

⁹² ANTUNES VARELA, anotação ao acórdão do STJ de 25.5.1985, *RLJ*, Ano 123.º ob. cit., p. 252.

⁹³ *Ibidem*. Em anotação ao acórdão referido, ANTUNES VARELA apresenta ainda uma outra situação. No caso do *de cuius* não deixar cônjuge sobrevivente, nem qualquer dos parentes referidos no n.º 2 do artigo 496.º, deixando apenas parentes no 4.º grau da linha colateral, quem poderá reclamar esta indemnização? Prontamente o autor apresenta uma solução: o autor da lesão teria sempre que indemnizar, pelo que neste caso se deveria aplicar o n.º 2 do artigo 71.º do CC [“*Têm legitimidade para requerer as providências (...) o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido*”] (*ex vi* do artigo 73.º, do n.º 2 do artigo 75.º e do n.º 2 do artigo 76.º do CC) que se destina a proteger alguns direitos de personalidade após a morte do seu titular. Mas nem neste caso o direito à indemnização deverá, no entender do referido autor, deixar de se tratar de um direito próprio.

⁹⁴ Antes da Reforma de 77 o cônjuge integrava a 4.ª classe de sucessíveis, depois dos descendentes, dos ascendentes e dos irmãos e sobrinhos. Só os descendentes integravam a 1ª classe.

⁹⁵ O cônjuge só passou a ser considerado na sucessão legitimária após a entrada em vigor do Decreto - Lei n.º 496/77 de 25 de novembro.

⁹⁶ Neste sentido ANTUNES VARELA, anotação ao acórdão do STJ de 25.5.1985, *RLJ*, Ano 123.º ob. cit., p. 252.

A este propósito, refira-se a posição de DELFIM MAYA DE LUCENA, o qual, embora concorde que o direito à compensação pelo dano da morte seja atribuído *ex novo* às pessoas mencionadas no artigo 496.º do CC, não concorda que a argumentação utilizada por ANTUNES VARELA seja a melhor para defender a autonomia pela indemnização do dano morte, pois “a «falta do lesado» sentida pelos seus familiares é um dano não patrimonial próprio destes e sempre será reparável, nos termos do n.º 3 [atual n.º 4] do artigo 496.º do CC. O problema que interessa resolver, esse sim, é o de saber se a destruição culposa do bem “vida” é, em si e por si, fonte autónoma de uma obrigação de indemnizar e a esta pergunta não responde a argumentação expandida pelo ilustre mestre [ANTUNES VARELA]”⁹⁷.

d) Para finalizar, há ainda quem entenda que o dano da perda da vida em sentido próprio não é autonomamente indemnizável. Assim OLIVEIRA ASCENSÃO que considera que “se o *de cuius* for mortalmente atingido e a morte não for instantânea, toda a dor, toda a angústia que o assaltarem são danos pessoais, geradores de direito a compensação e portanto hereditários como os outros elementos patrimoniais”⁹⁸. Já no caso de o *de cuius* falecer por morte instantânea, OLIVEIRA ASCENSÃO segue uma posição que nega a possibilidade de indemnizar o dano da morte, afirmando que “[a] outorga de uma indemnização pela morte parece-nos inadmissível à luz dos princípios, dos interesses e da lei”⁹⁹.

Atendendo à lei, refere o autor, que o artigo 496.º “não diz quem adquire, por sucessão, o direito de indemnização que cabe ao lesado pela sua morte”, mas sim “que esse direito cabe aos vários familiares que refere”, por um “direito próprio que lhes é atribuído”¹⁰⁰. Além disso, a norma refere também que “no caso de morte podem ser atendidos os danos não patrimoniais sofridos pela vítima”, mas “a morte não é um desses danos, porque só tem danos quem está vivo” e uma interpretação em sentido contrário pressupunha que “a lei impusesse categoricamente a ressarcibilidade da perda do direito à vida. Como a lei não o faz, falta base para a considerar admitida”¹⁰¹.

⁹⁷ DELFIM MAYA DE LUCENA, ob. cit., p. 46.

⁹⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Sucessões*, ob. cit., p. 244.

⁹⁹ *Idem*, p. 245.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Idem*, p. 246. Aludindo ao entendimento perfilhado por OLIVEIRA ASCENSÃO, DELFIM MAYA DE LUCENA, embora reconhecendo que a lei não prevê que o dano da morte seja indemnizável, não considera que isso seja impeditivo de se considerar que o é, embora fosse preferível que o consagrasse expressamente (DELFIM MAYA DE LUCENA, ob. cit., pp. 57 a 72).

Por sua vez, continua o autor, “[à] luz dos princípios, é insanável a contradição que consiste em considerar facto aquisitivo de um direito o próprio facto extintivo da capacidade de adquirir do *de cuius* – a morte”, na medida em que “ a morte é o último momento da vida”¹⁰². E “[à] luz dos interesses, semelhante teoria subverte as bases da responsabilidade civil”, na medida em que “[a] responsabilidade civil não existe para castigar o infrator, ou só casualmente tem esta consequência...”, sendo a sua principal função “reparar um dano , mediante outorga de um equivalente ou compensação”, mas “uma indemnização pela morte nunca poderia funcionar como equivalente ou compensação para o lesado; por natureza, ele nunca poderia desfrutar desse bem”¹⁰³. Assim, “[o] único momento que lhe poderá interessar é o de saber que a situação dos seus familiares será tida em conta pelo direito. Mas isso conduz antes a atribuir aos familiares um direito próprio, para indemnizar o dano que sofreram”¹⁰⁴.

Posto isto, resulta claro que o autor nega a transmissão via sucessória do direito à indemnização pela ocorrência da morte em sentido estrito, na medida em que tal direito nunca teve, face ao *de cuius*, qualquer suporte jurídico, uma vez que surge após a sua morte. No entanto parece acabar por reconhecer que ele pode ser atribuído, *ex novo*, às pessoas indicadas no n.º 2, do artigo 496.º do CC como direito próprio, no pressuposto de proporcionar a estes uma compensação que alivie o sofrimento que a morte do *de cuius* lhes causou. Mas o entendimento do Autor parece ser no sentido que essa compensação seja atribuída em virtude do sofrimento sentido por essas pessoas e não tendo por base o dano da perda da vida em si mesmo.

3.2 Posições Jurisprudenciais

Na vigência do Código de Seabra a jurisprudência revelou sempre muita hesitação em reconhecer expressamente o direito à indemnização pelo próprio dano da perda da vida alicerçando-se, mormente, no argumento de que se o dano da morte só se verifica no instante em que a vida desaparece, o lesado, nesse momento, já não disporia de capacidade jurídica para adquirir direitos, designadamente um direito a ser indemnizado pelo dano da perda da vida. E com a entrada em vigor do atual CC, essa hesitação

¹⁰² *Idem*, pp. 247 e 248.

¹⁰³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, ob. cit., p. 248.

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 248 e 249.

manteve-se, vindo, no entanto, a desaparecer progressivamente. A este propósito referimos alguns exemplos.

Por acórdão datado de 12.2.1969¹⁰⁵, o STJ negou o direito à indemnização fundada na supressão do direito à vida em sentido próprio com o seguinte argumento: “ se a lei admite a existência de dois danos não patrimoniais, um sofrido pela própria vítima e outro pelos seus parentes, é então evidente que não funda o direito no facto da supressão do bem da vida, pois nesse caso o dano seria apenas um (...)”¹⁰⁶. Assim, admite apenas uma compensação pelos danos não patrimoniais sofridos pela própria vítima e pelos seus parentes com direito de indemnização, mas tão só quando “ a morte não se siga imediatamente após a produção do acidente”¹⁰⁷. E, no caso em apreço, afastou-se a existência de tais danos, na medida em que a morte se seguiu imediatamente à produção do acidente.

Este acórdão foi, no entanto, passível de muitas críticas, destacando-se VAZ SERRA¹⁰⁸ entre os mais críticos. Segundo este autor, “[o] artigo 496.º, n.ºs 2 e 3, não exclui que a vítima tenha danos não patrimoniais, em caso de morte, mesmo que esta se siga logo ao facto danoso”¹⁰⁹. Além disso, refere o autor que “[o]s danos não patrimoniais causados à vítima não são o mesmo que os danos não patrimoniais causados aos parentes desta”, podendo haver “duas espécies de danos não patrimoniais: os causados a esse lesado (...) e aos causados aos parentes da vítima [por direito próprio] (...)”¹¹⁰. De igual modo, ANTUNES VARELA entende que o facto de, no n.º 2 do artigoº 496.º do CC, se reconhecer um direito próprio, por danos não patrimoniais, às pessoas que aí se referem, não exclui a possibilidade de se reconhecer, igualmente, o direito de indemnização pelos danos não patrimoniais causados à própria vítima e neles se incluir o dano da perda da vida, não concordando com a posição sustentada no acórdão do STJ de 12.2.1969, anteriormente mencionada¹¹¹.

Mas o STJ, por meio de um Acórdão datado de 17.3.1971¹¹², que apesar de não ser um Assento veio provocar um fenómeno de relativa uniformização das decisões dos

¹⁰⁵ *RLJ*, ano 103.º, cit., pp. 166 e ss.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 170.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 171.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 172 e ss.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 174.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, ob. cit., p. 610.

¹¹² *RLJ*, ano 105.º, 1972-1973, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, n.º 3469, pp. 53 e ss.

nossos tribunais sobre esta matéria, reconheceu: “I. A perda do direito à vida, por morte ocorrida em acidente de viação é, em si mesma, passível de reparação pecuniária, sendo a obrigação gerada pela acção ou omissão de que a morte é consequência. – II. O direito a essa reparação integra-se no património da vítima e, com a morte desta, mantém-se e transmite-se”¹¹³. Na fundamentação poder ler-se: “não pode haver dúvida de que, no momento em que o autor material da lesão iniciou a sua acção ilícita, a vítima estava viva. A criação, o aparecimento da obrigação, ocorre nesse preciso momento”¹¹⁴. Assim, “o direito à indemnização, naqueles fugazes instantes que medeiam entre a causa e o efeito, integra-se no património da vítima; e com a morte desta mantém-se e transmite-se”¹¹⁵. Portanto, a obrigação de indemnizar surge no momento da prática do facto ilícito, não sendo a morte em si mesmo considerada que gera a obrigação.

ANTUNES VARELA não aceita o entendimento perfilhado neste acórdão, nos termos do qual o direito à indemnização *nasce com a prática do facto ilícito*. Para este autor, embora um dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil seja a ilicitude do facto, não pode deixar de ter-se em conta que a indemnização consiste na reparação de um dano, o dano da perda da vida, e que “[s]e e enquanto não houver dano, embora haja facto ilícito, não há obrigação de indemnizar. No caso especial da lesão ou agressão mortal, a morte é um dano que, pela própria natureza das coisas, se não verifica na esfera jurídica do seu titular”¹¹⁶.

Este acórdão foi, aliás, bastante controverso, tendo 5 votos de vencido. O entendimento pugnado nos votos de vencido era o de que “no caso de morte da vítima, esta só adquire direito á indemnização pelos danos sofridos *em vida*, tendo as pessoas referidas no artigo 496.º, n.º 2 do CC direito à indemnização pelos danos por ela sofridos (patrimoniais e não patrimoniais) só havendo, portanto, lugar a duas indemnizações quando a morte não se segue imediatamente ao acidente, pois, nesse caso, a indemnização pelos danos sofridos pela vítima somar-se-á à daquelas pessoas”¹¹⁷. Além deste fundamento, o Conselheiro Arala Chaves considerou ser inadmissível “reconhecer o nascimento do direito com o facto jurídico de que deriva para o pretense titular, a incapacidade para o adquirir”¹¹⁸.

¹¹³ *Idem*, p. 53.

¹¹⁴ *Idem*, p. 61.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 611.

¹¹⁷ *RLJ*, ano 105.º, ob. cit., p. 63.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Na esteira da posição assumida no acórdão de 17.3.1971, o STJ, em acórdão de 16.3.1973¹¹⁹, considerou que “ [a] lesão do direito à vida obriga o responsável a indemnizar os danos a ela inerentes, integrando-se a reparação no património da vítima e transmitindo-se com a morte desta, mediata ou não”. VAZ SERRA concorda com esta posição, considerando que “ainda que a morte seja instantânea, não parece que possa dizer-se ser o dano da perda da vida «um dano que, pela própria natureza das coisas, se não verifica já na esfera jurídica do seu titular»: esse dano verifica-se na esfera jurídica da vítima, dado que, entre o facto danoso e a morte, decorre sempre um lapso de tempo, mais ou menos longo, por fugaz que seja, durante o qual o lesado sofre e pode adquirir direito de indemnização deste; além de que, se não se admitisse então um tal direito, os lesantes que tivessem vibrado à vítima os mais violentos golpes, a ponto de determinarem logo a sua morte, não teriam de indemnizar o dano da perda da vida, ao passo que teriam de o indemnizar aqueles cujo acto danoso não provoque a morte instantânea da vítima – o que seria injusto e incompreensível”¹²⁰.

Na jurisprudência foi-se tornado pacífica a concessão de uma indemnização pelo dano da morte em si mesmo, como podemos verificar por meio dos acórdãos do STJ de 5.2.2009¹²¹, 17.2.2009¹²², 14.5.2009¹²³, 14.7.2009¹²⁴, 22.10.2009¹²⁵, 17.12.2009¹²⁶, 13.1.2010¹²⁷ e 28.11.2013¹²⁸. No entanto, à semelhança do que já se referiu relativamente às posições doutrinárias perfilhadas, tem-se discutido a questão da titularidade dessa compensação por danos não patrimoniais decorrentes do dano da morte.

No sentido de que a compensação pelo dano da morte em sentido estrito nasce da esfera jurídica do *de cuius* e depois se transmite, pronunciou –se o STJ em acórdãos de 17.2.2009¹²⁹, 22.10.2009¹³⁰ e de 13.1.2010¹³¹. No primeiro acórdão o STJ afirmou ser “hoje inquestionável o direito de indemnização pela perda do direito à vida, isto é, o

¹¹⁹ *RLJ*, Ano 107.º, n.º 3552, 1974-1975, Coimbra Editora, Coimbra, 1975, pp. 137 e ss.

¹²⁰ *Idem*, p. 141.

¹²¹ Processo 08B4093, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19.3.2015.

¹²² Processo 082124, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

¹²³ Processo 1496/02, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

¹²⁴ Processo 1541/06, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

¹²⁵ Processo 1146/05, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 21.3.2015.

¹²⁶ Processo 77/06.5TBAND.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

¹²⁷ Processo 277/01, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19.3.2015.

¹²⁸ Processo n.º 177/11.0TBPCR.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

¹²⁹ Processo 082124, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

¹³⁰ Processo 1146/05, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 21.3.2015.

¹³¹ Processo 277/01, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19.3.2015.

denominado «dano morte», como um direito próprio da vítima, pelo que o respectivo direito compensatório deve ser integrado no património desta, a transmitir por via hereditária”. E no acórdão de 22.10.2009¹³², o STJ entendeu que “[o] dano morte ou dano pela privação da vida (...), como dano não patrimonial pessoal, próprio da vítima, inerente à personalidade, é, sem dúvida, autonomamente indemnizável. Com efeito, a perda da vida constitui para o titular o dano máximo que ele poderia suportar, representando uma autêntica contradição valorativa que a lesão de outros bens pessoais (como a saúde, a liberdade ou a honra) legitimasse, em caso de morte da vítima os seus herdeiros a reclamar indemnização pelos danos sofridos e a perda da vítima tal já não permitisse”. Por último, no acórdão de 13.1.2010¹³³, o STJ entendeu que, relativamente ao dano da morte em si mesmo, “[n]ada a objetar quanto a tal compensação que, radicando-se na vítima, se transmite aos seus herdeiros, nos termos do art.º 496.º n.º 2, do CC”.

No sentido de que a compensação pelo dano da morte é um direito que surge, *ex novo*, por direito próprio, na esfera jurídica das pessoas elencadas nos n.º 2 do artigo 496.º do CC, pronunciou-se o STJ em acórdão de 7.10.2003, 5.2.2009, de 17.12.2009, 27.10.2010¹³⁴. O STJ, por acórdão de 7.10.2003¹³⁵ propendeu “para a orientação que os danos não patrimoniais sofridos pelo morto nascem, por direito próprio, na titularidade das pessoas designadas no n.º 2 do artigo 496.º, segundo a ordem e nos termos em que nesta disposição legal são chamadas”. Mais tarde, por acórdão de 5.2.2009¹³⁶, o STJ decidiu que “em caso de morte da vítima, há, normalmente, vários danos a ressarcir, tanto patrimoniais como não patrimoniais, e várias pessoas com direito a indemnização. No tocante aos danos não patrimoniais - os que, por enquanto, importa ter presentes - há que considerar os sofridos pelo falecido, enquanto vivo, como as dores físicas e morais, a angústia da proximidade da morte, os internamentos hospitalares e respetivos tratamentos. Estes danos radicaram-se na esfera jurídica do falecido e, de acordo com certa corrente doutrinária e jurisprudencial, são transmissíveis por via sucessória (...). O dano da própria morte, pela supressão do direito à vida – art. 496.º, n.º 2 -, cuja

¹³² Processo 1146/05, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 21.3.2015.

¹³³ Processo 277/01, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19.3.2015.

¹³⁴ Processo 488/07.9, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 3.4.2014.

¹³⁵ Processo 03A2692, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 9.9.2015.

¹³⁶ Processo 08B4093, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19.3.2015

indenização cabe, *jure proprio*, originário, e não por via sucessória, aos familiares referidos no n.º 2 do art. 496.º e pela ordem aí indicada”.

E por acórdão de 17.12.2009¹³⁷, o STJ entendeu que “[o] direito à indenização derivado da supressão do direito à vida, deve ser entendido como um direito próprio do familiar do falecido e não como um direito da vítima que, por via sucessória, se comunica aos familiares (art. 496.º, n.º 2, do Código Civil)”.

Tal como no nosso ordenamento jurídico, a reparação do dano da perda da vida tem suscitado muita controvérsia noutras ordens jurídica. Inicialmente, grande parte das ordens jurídicas internacionais não reconhecia o direito à indenização pela perda do direito à vida, mas hoje em dia já não é tanto assim.

O sistema jurídico espanhol, no que concerne ao sistema ressarcitório, rege-se pela *Ley n.º30/1995, de 8 de novembro*, cuja regra 4.ª do “Anexo” respetivo define quem são os lesados em caso de morte e não inclui a vítima, pelo que resulta evidente que não reconhece qualquer indenização pela perda do direito à vida à própria vítima. As indenizações pelo dano da morte são atribuídas de acordo com a idade do falecido, o grau de parentesco, a idade e a condição do beneficiário das mesmas, à luz das Tabelas I e II, vigorando uma presunção *iuris tantum*, presumindo-se que as pessoas referidas na Tabela I são as mais prejudicadas com a morte. Por sua vez, a Tabela II consagra elementos corretores da diminuição de todas as indenizações. E este sistema indemnizatório vincula todos os intervenientes no acidente de viação, aí se incluindo os órgãos jurisdicionais, como resulta da Sentença do Tribunal Constitucional n.º 181/2000 de 29.6.2000, visando a indenização pelo dano da morte ressarcir o prejuízo próprio da morte¹³⁸.

Em Itália, a jurisprudência maioritária tinha tendência para negar o direito à compensação pelo dano da morte. Salienta-se, a este propósito a decisão da *Corte Costituzionale* n.º372/1994 de 27.10.1994 que recusa a indenização do dano da morte, seguindo o entendimento de que não subsiste qualquer dano biológico após a morte da vítima que possa ser transmitido aos sucessores e ainda o Acórdão da *Cassazione* (Supremo Tribunal) - *Sez. III Civile n.º887* - de 25.1.2002, segundo o qual “[n]ão é ressarcível o dano biológico da morte imediata ou da lesão mortal seguida da morte imediata, não podendo o defunto transmitir aos herdeiros, pela perda da capacidade

¹³⁷ Processo 77/06.5, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 3.4.2014.

¹³⁸ Vide JOÃO LUÍS MARQUES BERNARDO, «A indenização pela perda do direito à vida», *O Dano na Responsabilidade Civil*, CEJ, Ebook, outubro de 2014, p. 81

jurídica, o direito de crédito consequente à perda da vida”¹³⁹. A doutrina criticava esta solução, “chamando-se à colação que «ocorre um dano *in se e per se*» e que a solução negativa cria o paradoxo de a ofensa menos grave desencadear a tutela ressarcitória o que não ocorre com a mais grave”¹⁴⁰. E mais tarde, por decisão da *Corte di Cassazione* n.º 1361/2014 de 23.1.2014, a jurisprudência considerou, pela primeira vez, indemnizável a perda do bem “vida”, direito que, com a morte, se transmitiria aos seus herdeiros.

De igual modo, a jurisprudência francesa começou por não reconhecer qualquer indemnização decorrente da perda do direito à vida. No entanto, o Acórdão da *Cour de Cassation* de 13.3.2007 reconheceu que, em caso de erro médico, é devida indemnização pelo facto de a doente ter perdido a *chance* de viver mais tempo. Face a isto, os defensores da compensação pela perda do direito à vida viram, aqui, um ponto de partida para a aceitação da sua posição por parte da jurisprudência¹⁴¹.

O sistema jurídico alemão tendencialmente não atribuía qualquer indemnização pela perda do direito à vida, embora, por vezes, surgisse a expressão “encurtamento da vida”, mas sempre com grande repúdio. Atribui-se no entanto, raras vezes, compensação aos herdeiros pelo sofrimento da vítima entre o facto danoso e a morte e, também raríssimas vezes, aos afetivamente muito ligados à vítima, embora em situações muitíssimo limitadas (quando ocorram casos de depressão, colapso nervoso, etc...). A propósito da compensação pelos danos não patrimoniais, a Juíza GERDA MÜLLER escreveu que “para a fixação do montante compensatório, devem ser valorizados os danos concretos [dos chegados à vítima] o que, quer no plano corporal, quer psíquico pode ser difícil. Precisamente porque a perda de parentes próximos origina danos de grande relevância e complexidade, não é possível valorá-los em termos práticos, integrando-os em níveis de graduação, e verte-los em quantias monetárias, de acordo com o grau de parentesco ou em critérios semelhantes. Em minha opinião, o Direito tem aqui de depor as armas, porque a valoração da tristeza, por exemplo, a compensação de uma perda tão elevada ultrapassa a possibilidade duma fixação judicial e não existe espaço para a valoração da vida humana em termos de decisão indemnizatória de direito privado”¹⁴².

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ MARIA MANUEL VELOSO, «Danos não patrimoniais», in *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. III, Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 525.

¹⁴¹ JOÃO LUÍS MARQUES BERNARDO, *ob.cit.*, p. 82.

¹⁴² *Vide* GERDA MÜLLER, *Versicherungsrecht*, n.º 28, Outubro de 2006, p. 1290 *apud* LOÃO LUÍS MARQUES BERNARDO, *ob.cit.*, pp. 82 e 83.

Refira-se, por último, os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, que poderão vir a ajudar numa possível uniformização legislativa europeia nesta matéria, os quais preveem no artigo 10:301, relativos aos danos não patrimoniais, que em caso de morte, pode “ser atribuída uma compensação não patrimonial às pessoas que tenham uma relação de grande proximidade com o lesado”, resultando claro que não se prevê qualquer compensação pelo dano da morte em si mesmo.

3.3 A Nossa Posição

Quanto a nós, não nos parece ser possível a atribuição de uma compensação pelo dano da morte em si mesmo, nem ao próprio lesado – que depois a transmitiria -, nem às pessoas elencadas no artigo 496.º do CC.

Não podemos conceber que o direito a essa compensação surja na esfera jurídica do próprio *de cuius*, pois, se a personalidade jurídica deste findou no momento da sua morte, não nos parece que faça sentido nascer daí um direito que possa transmitir-se a outrem. Ora, assim sendo, não se podendo constituir um direito pela sua própria morte na esfera jurídica do *de cuius*, também não haveria lugar à transmissão de qualquer compensação pelo dano da morte em si mesmo, fosse ela nos termos gerais do direito sucessório, fosse ela para as pessoas elencadas no artigo 496.º do CC. Já assim não será, quanto a nós, no que concerne ao sofrimento sentido pelo lesado entre a ocorrência do dano que acaba por provocar a morte e a própria morte, pois nesse caso, entendemos que o dano surge na esfera jurídica da própria vítima e, depois se transmite sucessoriamente aos seus herdeiros nos termos gerais.

Também não podemos conceber que a partir do dano da morte em si mesmo, dano que se manifesta na esfera jurídica do *de cuius*, possa nascer um direito *ex novo* na esfera jurídica de pessoa diferente. Mas não nos referimos, aqui, ao direito à compensação dos danos não patrimoniais sofridos pelos titulares mencionados no artigo 496.º, ns.º 2 e 3, no que se refere ao seu próprio sofrimento pela morte¹⁴³, mas sim ao direito que emerge do próprio dano da morte *strictu sensu*, revertendo o seu gozo para outrem, na medida em que a vítima já não pode usufruir dele.

Assim, a posição que sufragamos é a de que o direito à compensação por danos não patrimoniais emergentes do dano da morte surge como direito próprio dos beneficiários

¹⁴³ Esse, sim, deve ser compensado.

contemplados nos ns.º 2 e 3 do artigo 496.º do CC, o qual se radica nos sofrimentos e privações que estes vão sofrer ao longo da vida pelo facto de terem perdido aquele “ente querido”, mas já não no dano da morte em si mesmo que foi sofrido pelo *de cuius*.

Mas esta posição que adotamos também pode ser um pouco incoerente e facilmente criticável. Isto porque, constituindo o bem *vida* o dano supremo, não parece fazer sentido que a lesão de outros bens pessoais - como é o caso da saúde, liberdade, integridade física, honra - confira aos herdeiros, em caso de morte da vítima, o direito a reclamar a indemnização pelos danos sofridos e o mesmo não suceda quando ocorra o dano da morte. Mas a nossa posição parte do pressuposto de que se o nascimento do direito à indemnização da perda da vida surge com a morte, uma vez que a vítima não goza de capacidade jurídica para adquirir esse direito, não o pode transmitir aos seus herdeiros legais, nem às pessoas elencadas nos números 2 e 3 do artigo 496.º do CC. Este entendimento parece-nos ser o mais aproximado à lógica e à realidade, desde logo porque, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 68.º do CC, o princípio de que “personalidade cessa com a morte” não é posto em causa. Além do mais, atendendo ao elemento histórico, na medida em que o artigo 496.º do CC não prevê – contrariamente ao Anteprojeto de Vaz Serra – a transmissão hereditária do direito à compensação pelo dano da morte, resulta claro que o legislador quis expressamente afastar a compensação do dano da morte a transmitir-se pela via sucessória.

Refira-se, ainda, uma crítica em relação à redação do artigo 496.º, números 2 e 3 do CC. É que da leitura destes dois preceitos não parece subsistir uma verdadeira reparação autónoma do dano da morte, uma vez que essa reparação depende sempre da existência das pessoas aí elencadas. Estas não existindo, como é que se processa à compensação pelo dano da perda da vida? Parece-nos, assim, que esta reparação está completamente dependente das pessoas referidas naquele preceito, pelo que não se poderá falar de uma reparação autónoma do dano da morte em si mesmo, mas tão só da reparação dos danos não patrimoniais sofridos pelos beneficiários aí referidos em virtude do seu sofrimento.

E note-se. As questões aqui colocadas são, de facto, de elevada importância nomeadamente porque, de acordo com a orientação que se adote, as consequências serão diferentes. Por exemplo, optando-se pela via segundo a qual o direito nasce na esfera jurídica do *de cuius* e se transmite por via sucessória, a indemnização concedida poderá responder pelas dívidas da herança. Já não será assim quando se entenda que o direito a indemnização é adquirido originariamente pelas pessoas elencadas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC.

Além disso, caso entendêssemos que o direito à compensação por danos não patrimoniais se transmitiria por via sucessória, a questão colocada na presente dissertação deixaria de ter relevância. Isto porque, nos termos do disposto no artigo 2033.º, n.º 1 do CC, o nascituro pode, desde logo, ser incluído na sucessão, como adiante melhor aludiremos. Assim, ainda que nascituro à data do óbito do progenitor, ele tornar-se-ia, desde logo, herdeiro condicionado dele e, ao verificar-se a condição – nascimento completo e com vida – a relação sucessória estabelecida seria igual à de qualquer filho já nascido. Considerado como herdeiro do progenitor, os bens que integrariam o património deste, transmitir-se-iam ao filho, ainda que nascituro. E nesse património incluir-se-ia – optando-se pela posição que coloca a indemnização pelo dano da morte como um direito próprio da vítima, integrando-se o direito indemnizatório daí decorrente no património desta e transmitindo-se por via sucessória - a indemnização que lhe pertenceria ou viria a pertencer por ter sido “contemplado” com o dano da morte, onde se incluiriam as indemnizações decorrentes do sofrimento havido entre o momento do acidente e a morte, assim como a indemnização pela perda do direito à vida em si mesmo.

Mas a tese que perfilhamos, como anteriormente referimos, é a de que, com a morte, surge o direito a uma compensação pelos danos não patrimoniais próprios sofridos na esfera jurídica dos beneficiários elencados nos ns.º 2 e 3 do artigo 496.º do CC, direito que tem na sua base, não o dano da morte em si mesmo, mas os danos que efetivamente as pessoas elencadas no artigo 496.º do CC sofreram em virtude da perda de um ente querido.

4. TITULARIDADE DO DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS NO CASO DE MORTE DA VÍTIMA – A SITUAÇÃO DO NASCITURO CONCEBIDO

O artigo 496.º do CC, no seu n.º 2, estatui que “[p]or morte da vítima, o direito a indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos e outros descendentes; na falta destes, aos pais e outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem” e, no n.º 3 que, “[se] a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes”. Posto isto, concluímos que os beneficiários do direito à indemnização se dividem em 3 grupos: o cônjuge não separado de pessoas e bens ou a pessoa que vivia com o *de cujus* em união de facto e os filhos ou outros descendentes; na falta destes, os pais ou outros ascendentes; e por último, os irmãos ou sobrinhos que os representem.

O direito a indemnização não cabe, assim, simultaneamente a todas as pessoas elencadas na referida norma, “mas a *grupos* hierarquizados de pessoas, outorgando-se tal direito *sucessivamente* a cada um desses grupos e por uma ordem decrescente de *proximidade comunitária e afetiva*”¹⁴⁴, vigorando o *princípio do chamamento sucessivo* entre os 3 grupos¹⁴⁵ ¹⁴⁶. No entanto, apesar de no 1.º grupo se incluir o cônjuge não separado de pessoas e bens e os filhos ou outros descendentes, não vigora aqui o princípio *supra* referido. Relativamente a estes, entende-se que o direito à indemnização cabe «*em conjunto*» ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos e também a outros eventuais descendentes que hajam sucedido a alguns desses filhos que já tenham falecido, por direito de representação e ter direito à indemnização «*em conjunto*» significa que os descendentes são chamados conjuntamente com o cônjuge, e não apenas na falta dele, como sucede nos restantes dois grupos em cima mencionados”¹⁴⁷.

Dado o carácter excepcional atribuído a esta norma, tem-se maioritariamente entendido que a enumeração dos beneficiários da indemnização tem natureza taxativa,

¹⁴⁴ Vide CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 322.

¹⁴⁵ Neste sentido ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, ob. cit., p. 624.

¹⁴⁶ O STJ, em acórdão de 16.3.1999, num caso em que à compensação pelo dano da morte concorriam o cônjuge, os filhos e o neto (filho de uma das filhas do *de cujus*, que também era requerente), o STJ rejeitou a atribuição de compensação ao neto, atendendo às regras de prevalência enunciadas no n.º 2 do artigo 496.º do CC.

¹⁴⁷ Neste sentido PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p. 501.

devendo, portanto, a indemnização, restringir-se às pessoas enumeradas¹⁴⁸. A este título, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA¹⁴⁹ têm defendido que, por vezes, no Direito é necessário sacrificar a equidade relativamente ao direito estrito, devendo respeitar-se a enumeração legal e a ordem de precedência fixada no artigo 496.º do CC¹⁵⁰.

Apesar do entendimento tradicional ser no sentido que se expôs, há quem entenda que esta conceção de “elenco fechado” tem de ser revista de modo a não se sacrificar a tutela da pessoa às exigências de certeza e segurança jurídica, na medida em que as pessoas enumeradas no artigo 496.º do CC podem não ser as únicas que sofreram danos não patrimoniais com a morte da vítima ou ainda, pode acontecer que o grau de afetação dos beneficiários enunciados não obedeça à ordem de precedência presente no artigo 496.º. ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, por exemplo, considera que, “[a] par dos beneficiários expressamente referidos no art. 496.º, n.º 2, devem ser ainda considerados os nascituros”¹⁵¹. Também MENEZES CORDEIRO¹⁵² tem vindo a criticar a conceção restritiva do artigo 496.º, entendendo que deverá fazer-se uma interpretação extensiva ou até aplicar analogicamente o n.º 2 do artigo 496.º, alargando-se o direito de indemnização por danos não patrimoniais a outros sujeitos que não os elencados na referida norma – por exemplo, atribuir uma indemnização aos avós e não aos pais, pelo desgosto pela morte do neto que sempre esteve aos cuidados dos primeiros¹⁵³.

JOÃO LUÍS MARQUES BERNARDO, por sua vez, refere que não deverá ser concedida a compensação referida no artigo 496.º do CC às pessoas que, embora elencadas na referida norma como beneficiárias desse direito à indemnização, não têm qualquer relação afetiva com a vítima, não tendo a sua morte provocado nelas qualquer sofrimento¹⁵⁴.

Ora, a questão central da presente dissertação tem que ver a com a situação do nascituro, enquanto filho do *de cuius*, pelo que o que importa averiguar é se o nascituro é considerado, ou não, titular do direito à compensação por danos não patrimoniais previsto

¹⁴⁸ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit. p. 306, que, além de considerar a enumeração taxativa, a considera insuscetível de aplicação analógica.

¹⁴⁹ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 501.

¹⁵⁰ Neste sentido RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, reimpressão da 1.ª edição, p. 528, o qual entende que “[n]ão está em causa, aqui, definir a titularidade do direito à indemnização em função da dor efetivamente sofrida, mas sim a partir de um princípio de objetividade e de presunção (que não pode ser afastada) de que a proximidade de vínculo (conjugal ou de parentesco) traz contido em si a indicação de uma dor ou de um sofrimento maiores”.

¹⁵¹ ABRANTES GERALDES, *Temas da Responsabilidade Civil, II Volume – Indemnização dos Danos Reflexos*, ob. cit., p. 24.

¹⁵² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Tomo IV, ob. cit., p. 183.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ JOÃO LUÍS MARQUES BERNARDO, «A Indemnização pela perda do direito à vida», *O Dano na Responsabilidade Civil, CEJ, Ebook*, outubro de 2014, p. 77.

no artigo 496.º do CC por morte do seu progenitor. É um facto plenamente assente que, por morte do progenitor, os filhos nascidos terão direito a uma indemnização por danos não patrimoniais próprios sofridos decorrentes da morte deste. No entanto, pode acontecer que a vítima deixe um filho concebido mas ainda não nascido – um nascituro - e relativamente a estes tem-se colocado a questão de saber em que medida é que deverão, ou não, ser contemplados com a indemnização prevista no artigo 496.º do CC. Isto porque o n.º 1 do artigo 483.º do CC estabelece que a indemnização pressupõe a violação ilícita dos direitos de outrem, o que significa que, para haver direito a indemnização, tem que ocorrer a lesão de uma posição jurídica titulada por alguém. Portanto, ao tempo da ocorrência da lesão terá já que existir um sujeito de direitos, titular da posição jurídica atingida, pelo que, se não existir sujeito para o Direito também não há, atendendo ao disposto no n.º 1 do artigo 483.º do CC, qualquer violação de um direito de outrem. Ora, se o nascituro ainda não nasceu, constituindo uma mera expectativa de vir a nascer, poderá entender-se que não tem personalidade jurídica, não podendo ser titular de quaisquer posições jurídicas. Mas há quem entenda o inverso. É justamente aqui que reside a problemática em apreço.

Face ao exposto, a grande questão que se coloca é se o nascituro, apesar de ainda não nascido, terá ou não personalidade jurídica e, mais do que isso, em que medida é que o ordenamento jurídico português tutela a vida pré-natal. Será, portanto, esta a problemática que, de seguida, abordaremos e cujo tratamento se faz em capítulo autónomo dada a complexidade das questões suscitadas.

CAPÍTULO III.

A TUTELA JURÍDICA CONFERIDA AO NASCITURO

5. O COMEÇO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Vários juristas conceberam conceitos doutrinários acerca do que entendem ser a personalidade jurídica. MANUEL DE ANDRADE, atendendo aos ensinamentos da doutrina corrente, refere que a “personalidade ou subjetividade jurídica consiste na possibilidade ou suscetibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações (...), ou seja, de relações jurídicas”¹⁵⁵. Já CARLOS MOTA PINTO entende que a personalidade jurídica se traduz “precisamente na aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas”, aptidão que considera ser, nas pessoas singulares, uma “exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos”¹⁵⁶. Por sua vez, MENEZES CORDEIRO refere que a personalidade “corresponde à qualidade que assume o *homo sapiens* quando age no palco do Direito. Formalmente, ela exprime a potencialidade que o *homo* tem de ser destinatário de normas jurídicas ou, se quiser: de ser titular de direitos e adstrito a obrigações”¹⁵⁷. Perante as noções doutrinárias expostas impera saber se estas coincidem com o conceito legal plasmado na lei civil portuguesa.

Ora, o conceito legal de personalidade jurídica, tal como resulta do disposto no n.º 1 do artigo 66.º do Código Civil, enuncia apenas que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida e, no n.º 2, que “[o]s direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. Por sua vez, dispõe o artigo 67.º do CC que “[a]s pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica”. Esta norma traduz, pois, uma inerência da capacidade jurídica à personalidade, sendo aquela o conteúdo necessário desta. Fala-se, assim, de personalidade para exprimir a qualidade ou condição jurídica do ente em causa – ente que pode ou não ter personalidade, e de capacidade

¹⁵⁵ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I: Sujeito e Objeto*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 30. Em igual sentido OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. I - Introdução. As Pessoas. Os bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 37.

¹⁵⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 4.ª edição de 2005 de António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 193.

¹⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Tomo IV – Parte Geral. Pessoas*, 3.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, p. 357.

jurídica para exprimir a aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas”¹⁵⁸.

Veremos, agora, a questão relativa à determinação do momento em que se considera que a personalidade jurídica foi adquirida, a qual interfere, obviamente, com outras questões, nomeadamente com a titularidade dos direitos dos seres humanos em geral e, neste caso em concreto, dos nascituros em particular. É por esta razão que urge, em sede da presente dissertação, atender-se, antes de mais, à questão do começo da personalidade jurídica para, depois, se partir para a eventual consideração do nascituro como pessoa jurídica para o Direito, ou não.

Na vigência do Código de Seabra, a personalidade jurídica ou capacidade jurídica - na medida em que não havia qualquer distinção entre estes dois conceitos - nos termos do artigo 6.º conjugado com os artigos 110.º, 1479.º e 1776.º todos do referido Código, pressupunha: “a completa separação do corpo materno” e “ que a criança, depois de ter saído do ventre materno” tivesse “ vivido ao menos um instante”. Exigia ainda, ao contrário do Código Civil atual, que o nascimento fosse de figura humana¹⁵⁹, exigência que deixou de fazer sentido atualmente pois no tempo de vigência do Código de Seabra existia uma tradição romana, nos termos da qual uma mulher poderia gerar monstros, possibilidade que nos tempos que correm não é, de todo, admitida, não se justificando a manutenção de tal requisito. E na vigência do Código de Seabra havia ainda quem considerasse, apesar de a lei não o exigir explicitamente, que “ a capacidade de viver” era também condição da aquisição de personalidade¹⁶⁰, condição que hoje em dia não se mantém.

Atualmente, a ordem jurídica portuguesa, por intermédio do artigo 66.º, n.º 1, do CC, estabelece que as pessoas singulares surgem como pessoas em sentido jurídico, portanto adquirem personalidade jurídica, no momento do seu nascimento completo e com vida. Assim, para que alguém tenha personalidade jurídica não é necessário, para além dos enunciados pressupostos, qualquer reconhecimento ou demais intervenção da ordem jurídica, não sendo, designadamente, exigível um prazo de viabilidade, ou seja, um prazo

¹⁵⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ob. cit., p. 194.

¹⁵⁹ Era a seguinte a redação dos enunciados preceitos no Código de Seabra:

Artigo 6.º: “A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que e procriado, fica debaixo da proteção da lei, e tem-se por nascido para efeitos declarados no presente código.

Artigo 110.º: “Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove, que nasceu com vida e figura humana”.

¹⁶⁰ A este propósito, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful Birth, Wrongful Life – O Conceito de Dano em Responsabilidade Civil, Quid Juris*, Lisboa, 2014, p. 96, que refere que essa exigência se fundava no disposto no artigo 110.º do Código de Seabra.

dentro do qual a criança mostre probabilidade de sobrevivência fora do ventre materno¹⁶¹. Assim, a personalidade jurídica adquire-se, tão só, pelo nascimento “completo e com vida”.

Portanto, nos termos do artigo 66.º, n.º 1 do CC a aquisição da personalidade jurídica pressupõe três requisitos: (1) o nascimento, que é a separação do feto relativamente ao corpo da mãe; (2) que o nascimento seja completo, tendo feto já se separado inteiramente do corpo materno; (3) que o nascimento seja com vida, o que significa que após a separação do feto do corpo materno, a criança tenha vivido. Se ocorrer a morte da criança depois dos trabalhos de parto e antes da separação completa, a criança não chega a adquirir personalidade jurídica. Mas se a morte ocorrer depois da separação completa, mesmo que o período de vida dure brevíssimos instantes, a criança adquire personalidade jurídica¹⁶². De igual modo, nos casos em que a criança apresente deformações, considera-se que esta adquire personalidade jurídica, pois não se exige o nascimento com «figura humana»¹⁶³. No mesmo sentido se pronunciou CARVALHO FERNANDES, referindo que “para o Direito português há personalidade desde que haja vida, independentemente da sua duração. Assim, se o nado-vivo morrer imediatamente a seguir ao nascimento foi, em qualquer caso, pessoa jurídica”^{164 165}.

Perante isto, colocam-se os seguintes problemas: se a personalidade jurídica apenas se adquire com o nascimento, haverá alguma proteção da vida intrauterina? A partir de que momento se poderá considerar que há vida humana? Se se considerar que só há vida

¹⁶¹ Vide CARLOS MOTA PINTO, ob. cit., pp. 201 e 202.

¹⁶² Vide HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 294 a 295.

¹⁶³ *Idem*, p. 296.

¹⁶⁴ CARVALHO FERNANDES, *Teoria.., ob. cit.*, p. 200.

¹⁶⁵ A solução consagrada no atual Código Civil português, apesar de corresponder à da maioria das legislações civis contemporâneas, como as dos Códigos Civis alemão (§1 do BGB: “*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt*”, o que significa, à semelhança da lei portuguesa, que a capacidade jurídica do ser humano começa com a conclusão do nascimento), italiano (*articolo 1:1. La capacità giuridica si acquista al momento della nascita. 2. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita*) e brasileiro (artigo 2.º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”), afasta-se da adotada noutras ordens jurídicas. De facto, certas ordens jurídicas entendem que para haver personalidade é necessário que a criança tenha vivido durante certo lapso de tempo depois do nascimento. É o caso da legislação espanhola e francesa. Os artigos 29.º e 30.º do Código Civil espanhol de 1889 dispõem que “[e]l nacimiento determina la personalidad” e “[p]ara los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veintecuatro horas enteramente desprendido del seno materno”, pelo que, além da referência à necessidade de “figura humana” como condição para o reconhecimento de personalidade jurídica, exige-se ainda um prazo mínimo de sobrevivência depois do nascimento. Por sua vez, a legislação francesa, por intermédio do artigo 311-4 do Code civil francês (“*La filiation se rige par la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo; si la madre no fuera conocida, por la ley personal del hijo*”) pressupõe que o recém-nascido seja viável.

humana a partir do nascimento, que direitos serão reconhecidos ao nascituro? Poderá entender-se que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção? E se não tiver, será a sua débil posição tutelada juridicamente? São estas as questões que procuraremos, em seguida, responder.

6. NASCITURO COMO PESSOA JURÍDICA: SIM OU NÃO?

Antes de mais impera distinguir o conceito de *nascituro concebido* do mero *conceturo*, na medida em que, como refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “há uma enorme diferença entre nascituros e conceturos que exige uma clara separação do seu regime jurídico”¹⁶⁶.

O *conceturo* traduz-se numa mera expectativa de alguém vir a ser gerado e, embora a lei permita que lhe sejam destinadas certas atribuições patrimoniais, de facto, ele ainda não existe¹⁶⁷. Por sua vez, o nascituro concebido já é mais do que uma mera expectativa. Como a própria palavra diz, ele já foi concebido, já tem vida no seio da mãe, situação que é transitória e limitada no tempo, pois os nascituros só se mantêm nessa situação enquanto dura o tempo da gestação. De facto, a vida humana tem início na concepção e a partir daí o nascituro desenvolve-se progressiva e ininterruptamente, sendo o nascimento apenas mais um marco da sua vida. A este propósito, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS refere que “[n]ão há grande diferença entre a véspera do nascimento e o dia seguinte. A vida é a mesma e algumas funções vitais tornam-se mais autónomas da mãe. O recém-nascido fica numa situação de maior fragilidade do que antes de nascer e continua a depender da mãe para quase tudo. A sua natureza como ser humano não se altera”¹⁶⁸. Como tal, o nascimento implicaria apenas uma modificação em termos sociais, na medida em que antes do nascimento o nascituro apenas contacta com a mãe e após esse evento da vida passa a relacionar-se com todos quantos o rodeiam. Assim, para o autor, embora o nascimento tenha muita relevância jurídica, “nem por isso a pessoa deixa de existir e de ser relevante para o direito antes de nascer. A sua natureza humana é a mesma, a sua situação biológica continua a evoluir”, concluindo que “o nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe”¹⁶⁹.

Face ao exposto, parece-nos claro que o *conceturo* não tem personalidade jurídica pois nem sequer existe, constituindo uma mera expectativa de vir a existir, não havendo ainda um mínimo de substância à qual faça sentido outorgar direitos ou atribuir

¹⁶⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição de 2012, Almedina, Coimbra, 2014, p. 65.

¹⁶⁷ *Idem*, pp. 64 e 65.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 65.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

personalidade jurídica¹⁷⁰. Já quanto ao nascituro, ele existe, já está em processo de formação no seio de mãe, pelo que, apesar dos requisitos para adquirir personalidade jurídica enumerados, não nos parece que a questão de saber se o nascituro tem personalidade jurídica possa ser resolvida com uma resposta negativa, sem mais. De facto, parece-nos que o nascituro representa já um substrato biológico suficiente para basear o reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecendo-se-lhe direitos subjetivos, ao contrário do conceturo¹⁷¹. Vejamos como é que a doutrina e a jurisprudência nacionais têm visto estas questões.

6.1 Perspetiva Histórica – Na Vigência Do Código De Seabra

Remonta ao direito romano a fixação do momento da aquisição da personalidade jurídica no ato de nascimento¹⁷². Como tal, desde aí, os nascituros eram excluídos da condição de pessoa jurídica até ao seu efetivo nascimento.

Essa solução veio, depois, a consagrar-se no artigo 6.º do Código de Seabra de 1867, que dispunha que “*a capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procreado, fica debaixo da proteção da lei e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código*”, admitindo-se, ainda, que os nascituros recebessem doações e fossem contemplados em testamento nos termos do disposto nos artigos 1479.º e 1776.º respetivamente. No mesmo sentido, o artigo 110.º estatua que “[s]ó é tido por filho, para efeitos legais, *aquella de quem se aprouve que nasceu com vida e figura humana*”. Face a estas normas, entendia a doutrina, que o nascituro já concebido não tinha personalidade jurídica, só a adquirindo com o nascimento completo e com vida e, quando contemplado em doação ou testamento, os bens ficar-lhe-iam reservados na expectativa do nascimento, apenas sendo por ele adquiridos nesse momento¹⁷³.

¹⁷⁰ Ressalve-se, no entanto, que a lei confere alguns direitos patrimoniais aos meros conceturos, nos termos dos artigos 952.º e 2033.º, n.º 2, alínea a), do CC.

¹⁷¹ Assim, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, ob. cit., pp. 64 e ss.

¹⁷² SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano, I - Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 105 a 107.

¹⁷³ A este propósito, ver DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez: Anotado*, volume I, Imprensa Nacional, Lisboa, 1970, p. 16, que na anotação ao artigo 6.º do Código de Seabra escreveu: “*a capacidade jurídica pois só se adquire pelo nascimento; mas verificado o nascimento com vida e figura humana, retrotrahe-se até à época em que se presume ter havido concepção. Todos os direitos deferidos ao individuo durante a gestação, isto é, durante o intervalo entre a concepção e o parto, ficam-lhe pertencendo pelo facto*”

CUNHA GONÇALVES escreveu: “ O nascituro, porém, tem-se por nascido somente no que toca aos seus interesses: *quoties de commodis ejus agitur*. Se nascer com vida e figura humana, adquire definitivamente todos os direitos que estavam dependentes dessa condição; e, no caso de morte imediata, fica sendo, por seu turno, autor da herança e transmite aos seus herdeiros os bens por pouco tempo adquiridos. Se nascer morto, como nada herdou, nada transmite aos que seriam seus sucessores legítimos pois a lei colocara-os sob a sua proteção só para o efeito de poder adquirir, *depois de nascido*, os direitos condicionais que lhe advieram desde a sua concepção”¹⁷⁴.

Mas esta é a perspectiva à luz do Código de Seabra. Vejamos a situação atual, à luz do Código Civil de 1966.

6.2 Perspetiva Atual – Código Civil de 1966

O artigo 66.º do atual CC, que resultou do anteprojeto apresentado por MANUEL DE ANDRADE¹⁷⁵, manteve a linha do Código de Seabra, enunciando no n.º 1 do artigo 66.º do CC, que a personalidade se adquire no momento do nascimento e acrescentando, no n.º 2, que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

Atendendo ao disposto no artigo 66.º do atual CC, a doutrina portuguesa tem-se dividido na sua interpretação. Uns defendem uma teoria minimalista, que corresponde, aliás, ao entendimento maioritário quer na doutrina como na jurisprudência, segundo a qual o nascituro concebido mas ainda não nascido não é ainda sujeito de direitos mas, não obstante, merece alguma proteção legal, baseando-se os defensores desta teoria, mormente, em argumentos de certeza e segurança jurídica, como veremos. Outros autores, por sua vez, defendem uma tese maximalista, a favor do reconhecimento da personalidade jurídica aos nascituros desde a concepção. E há ainda quem defenda uma tese intermédia, reconhecendo aos nascituros a condição ontológica de pessoa, mas negando-lhe o reconhecimento de plena personalidade jurídica, atendendo ao disposto no artigo 66.º do CC¹⁷⁶.

do nascimento com vida e figura humana” (disponível em http://purl.pt/12145/3/sc-2282-v/sc-2282-v_item3/index.html#/36, consultado em 14.9.2015).

¹⁷⁴ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil: em Comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929, pp. 181 e 182.

¹⁷⁵ MANUEL DE ANDRADE, «Esboço de um anteprojeto de Código das Pessoas e da Família – Na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, dos direitos de personalidade, ao domicílio», *BMJ*, n.º 102, Janeiro de 1961, p. 153.

¹⁷⁶ Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, «Comentário ao art. 66.º do CC», in LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord), *Comentário ao Código Civil (Parte Geral)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 162 a 164.

6.2.1 Posições Doutriniais

a) Perspetivas denegatórias de personalidade jurídica ao nascituro

O professor HEINRICH EWALD HÖRSTER entende que em situação alguma o nascituro possui personalidade, nem sequer de forma limitada, retroativa ou condicionada pelo nascimento mas, não obstante, entende que o nascituro, enquanto tal, já é digno de alguma tutela jurídica, considerando que este poderá “ter direitos a exercer – por intermédio dos seus representantes legais – depois de ter nascido, ou seja, o caso em que sofreu lesões ainda no ventre materno, lesões que fizeram com que nascesse uma criança doente, deformada ou até sem viabilidade”¹⁷⁷. Continua o mencionado professor, escrevendo que é certo que “no momento em que ocorreu a lesão, a criança, em virtude do facto de «apenas» ser um nascituro, não possuía personalidade, de modo que na altura da lesão não era titular de direitos, que seriam aqui direitos de personalidade, cuja violação lhe atribuiria o direito de ser indemnizado”¹⁷⁸. No entanto, “não sendo possível atribuir ao nascituro uma personalidade limitada ou fazer retroagir a personalidade da criança nascida ao momento da lesão, visto não haver nenhum fundamento legal para o efeito, a ordem jurídica não pode negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos. Assim, do mesmo modo que a lei estabelece uma conexão entre o nascimento e a personalidade, deve estabelecer também uma ligação entre o nascimento e as lesões anteriormente verificadas. No momento do nascimento, as lesões do nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade. Nestes termos, ao ter nascido, a criança adquiriu um direito à indemnização e isto em conformidade com a lei que faz depender a personalidade do nascimento completo e com vida, não conhecendo qualquer tipo de personalidade limitada ou com efeitos retroativos”¹⁷⁹.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, atendendo ao disposto no artigo 66.º do CC, nega personalidade jurídica ao nascituro mas, não obstante, defende que “[t]al não põe em causa a tutela que os interesses dos nascituros *stricto sensu* devem merecer do Direito”¹⁸⁰. O autor perfilha a teoria dos *direitos sem sujeito* e justifica-a dizendo que “[n]a pendência da incerteza quanto ao nascimento, os direitos deixados ao nascituro não têm sujeito, pois

¹⁷⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, ob. cit., pp. 299 e 300.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 300.

¹⁷⁹ *Idem*, pp. 300 a 301.

¹⁸⁰ CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 159.

já não pertencem ao doador ou ao *de cuius* e ainda não cabem ao nascituro. A incerteza resolve-se num de dois sentidos: ou o nascituro vem a nascer com vida e, adquirindo personalidade, entra na titularidade desses direitos, ou não chega a nascer, ou nasce morto, nunca vindo a ser pessoa jurídica, e os direitos terão o destino que resultar das regras do instituto respetivo. Assim, a incerteza quanto à titularidade dos bens em causa é temporária e resolve-se sempre pela atribuição dos correspondentes direitos a uma ou outra pessoa”¹⁸¹. Assim, refere o autor, no plano do Direito constituído, a solução a perfilhar “é a que sustenta não haver personalidade jurídica do nascituro”. Não obstante, continua, “a reconhecer-lhe personalidade, esta seria plena e não parcial, pois estando em causa uma pura qualidade jurídica, não é de admitir que ela comporte graus ou limitações; limitação só será admissível no plano da capacidade de gozo”¹⁸².

Mas o autor, apesar de não reconhecer personalidade jurídica ao nascituro, defende a sua tutela, argumentando que é “hoje um dado inquestionável a existência de vida intra-uterina do feto, autónoma, desde a concepção, embora funcionalmente dependente da mãe. E as referidas razões éticas impõem ao Direito a sua tutela. Como é manifesto, tais questões não se colocam quanto ao concepturo. Assim, não se podem suscitar dúvidas quanto à afirmação da solução que dá resposta negativa à existência de personalidade jurídica quanto aos concepturos”, mas “a tutela jurídica do nascituro, enquanto ser vivo, não pode ser questionada, além de se dever ter como efetivamente consagrada no sistema jurídico português”¹⁸³.

No mesmo sentido, CASTRO MENDES sustenta que não existe personalidade antes do nascimento mas é admissível que, temporariamente e de forma transitória, certo direito não tenha titular e, apesar disso, subsista, desde que seja expectável o seu futuro surgimento, perfilhando, igualmente, a teoria dos *direitos sem sujeito*¹⁸⁴. Aliás, esta teoria parece ir de encontro ao disposto no artigo 952.º do CC na medida em que, se na doação feita a nascituro se presume que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário, a respetiva propriedade não pode estar na titularidade de ninguém durante o período em causa, uma vez que ainda não há donatário.

¹⁸¹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª edição revista e atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 205.

¹⁸² *Idem*, p. 204.

¹⁸³ *Idem*, p. 203.

¹⁸⁴ CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978, pp. 103 a 109.

MANUEL DE ANDRADE, referindo-se ao que os autores anteriormente apelidaram de *direito sem sujeito*¹⁸⁵, defende que o que se tratará serão de “*meros estados de vinculação* de certos bens, em vista da possível superveniência de um titular para eles e, portanto, de um direito que lhes corresponda. O possível objeto de certo direito, em vez de estar livre, encontra-se vinculado, como que em expectativa adequadamente tutelada”¹⁸⁶. Face a isto surge, naturalmente, a questão: se os bens estão vinculados ao eventual surgimento do titular ao qual estão destinados, enquanto ele não nasce, pertencem a quem? Não parece que pertençam a ninguém, portanto, a nosso ver, e segundo esta perspectiva, continuariam a ser *direitos sem sujeito*¹⁸⁷.

DIAS MARQUES, na vigência do Código de Seabra, começou por negar a personalidade jurídica ao nascituro; todavia, admitia que “[o]s direitos deixados aos nascituros por doação ou por testamento ficam-lhe reservados na expectativa de que venha a nascer; e a sua aquisição só se vem a tornar efetiva com o seu nascimento. Se o nascituro vem a nascer com vida a aquisição dos direitos que lhe foram deixadas retroage ao momento da deixa, e não apenas ao momento do nascimento. Se não chega a nascer não adquire quaisquer direitos”¹⁸⁸. Posteriormente, já na vigência do atual CC, passou a admitir que “aos nascituros pode ser reconhecida determinada capacidade jurídica por via da qual podem chegar a adquirir direitos, nomeadamente por doação e testamento, mas ficando em tais casos a definitiva titularidade deles, dependente do respetivo nascimento”¹⁸⁹. Defende, portanto, que a aquisição da personalidade depende do nascimento completo e com vida, mas com eficácia a uma qualquer data anterior. É a *teoria da retroação da personalidade*.

Este entendimento merece também duras críticas na medida em que a retroação da eficácia jurídica não deverá ser um meio de resolução dos problemas jurídicos, na medida em que se trata de uma ficção. Além disso, coloca-se ainda a questão sobre qual o limite

¹⁸⁵ MANUEL DE ANDRADE considera que não se pode falar em «*direitos sem sujeito*» na medida em que, tendo definido o *direito subjetivo* como “o poder de exir ou pretender, atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa”, essa pessoa é “justamente o sujeito do direito”, não fazendo qualquer sentido aquela designação (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, ob. cit., pp. 34 e 35).

¹⁸⁶ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, ob. cit., p. 35.

¹⁸⁷ Neste sentido JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 105.

¹⁸⁸ DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I - Lições ao Curso de 1956-57 da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, 1958, pp. 56 e 57.

¹⁸⁹ DIAS MARQUES, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª edição, Lisboa, 1992, p. 14..

deste entendimento, nomeadamente se poderia chegar além do próprio momento da concepção e ainda se se aplicaria tanto ao nascituro como ao conceturo¹⁹⁰.

CARLOS MOTA PINTO escreve, em análise ao artigo 66.º do CC, que a personalidade jurídica se adquire “no momento em que essa separação [separação do filho do corpo materno] se dá com vida e de modo completo, sem qualquer outro requisito”¹⁹¹. Reconhece, no entanto, que apesar de os nascituros não terem personalidade jurídica e portanto não serem sujeitos de direito, a nossa lei reconhece-lhes direitos, embora dependentes do seu nascimento completo e com vida¹⁹². Por esta via, o ilustre jurisconsulto encontrou forma de tutelar juridicamente o nascituro. Segundo este “seja qual for a posição que se adote quanto à respetiva construção jurídica - *direitos sem sujeito, estados de vinculação ou retroação da personalidade* – é de admitir a tutela jurídica do nascituro concebido no que concerne às lesões nele provocadas”¹⁹³. Daí decorrerá um direito à indemnização que, no entender do referido autor, “não impõe forçosamente a atribuição de personalidade jurídica aos nascituros ou concepturos. O direito surge só no momento do nascimento, momento em que o dano verdadeiramente se consuma, apesar de a ação que o começa a desencadear ser anterior. Se o feto «agredido» no ventre materno, não chega a nascer com vida, ele não terá direito a qualquer indemnização”¹⁹⁴.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA entendem que antes do nascimento o nascituro não tem verdadeiramente personalidade. Assim, “[s]e o óbito ocorrer durante o parto, não há nascimento completo e não chega a haver personalidade jurídica ou capacidade para a aquisição de direitos, o que tem importância decisiva quanto aos direitos que hajam de ser atribuídos aos nascituros”¹⁹⁵.

ANTUNES VARELA refere, a este título, que “[a] ordem jurídica (...) necessita de um momento quanto possível *certo, seguro, inequívoco, objectivamente determinável*, a partir do qual reconheça a existência de uma pessoa como sujeito autónomo de direitos”¹⁹⁶. E “a preferência da lei portuguesa (artigo 66.º, n.º 1), da lei alemã (artigo 1.º

¹⁹⁰ Ver JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 104.

¹⁹¹ CARLOS MOTA PINTO, ob. cit., p. 201.

¹⁹² *Idem*, pp. 202 e 203.

¹⁹³ *Idem*, p. 203.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., em anotação ao artigo 66º, pp. 101 e 102.

¹⁹⁶ ANTUNES VARELA, «A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 632.

do Código Civil alemão) e da generalidade das legislações, pelo momento do nascimento com vida (em detrimento do instante da concepção, na evolução do embrião humano), não pode considerar-se arbitrária, nem antinatural ou artificial do legislador como pretende *Ernst Wolf*, por três razões fundamentais: a) por virtude da notoriedade e do fácil reconhecimento do facto do nascimento, em contraste com o secretismo natural e social da concepção do embrião; b) embora a vida do Homem comece, de facto, com a sua concepção, a formação da pessoa, no fenómeno continuado e progressivo do desenvolvimento psicossomático do organismo humano, quanto às propriedades fundamentais do ser humano (a consciência, a vontade, a razão) está sempre mais próxima do nascimento do indivíduo do que da fecundação do óvulo no seio materno; c) olhando ainda ao fenómeno psicossomático do desenvolvimento do ser humano compreende-se perfeitamente que seja o nascimento do indivíduo, como momento culminante da autonomização fisiológica perante o organismo da mãe, o marco cravado na lei para o reconhecimento da personalidade do filho. É a partir do momento do nascimento com vida que surge compreensivelmente aos olhos da lei, um novo sujeito de direito, um novo centro de imputação dos valores fundamentais que integram a imensa dignidade da pessoa humana”¹⁹⁷. No entanto, refere o autor que “[o] facto de a lei só reconhecer como *pessoa*, dotada de capacidade jurídica, como titular de direitos, o ser humano que nasce com vida, não impede de modo nenhum que o direito reconheça a existência do embrião como *pessoa em formação* e considere a ilicitude penal e civil da violação da saúde do feto desde o momento da sua natural e efetiva verificação. O que significa, decerto, é que o lesado só terá direito a indemnização (...) se vier a nascer com vida”¹⁹⁸.

GALVÃO TELLES entende que o nascituro “após a concepção passa a existir como ser vivo, que todavia não é tratado, desde logo, como sujeito de direito”; “carece de personalidade jurídica, mas goza de proteção jurídica; embora ainda sem existência jurídica autónoma, porque não separado da mãe, tem *jus* à tutela do direito, como sujeito de direito em gestação”. Acrescenta ainda que “uma personalidade coincidente com a concepção estaria condenada a desvanecer-se, sem deixar qualquer rasto, em caso de aborto, voluntário ou involuntário” na medida em que “os direitos do feto desapareceriam como se nunca tivesse existido”, pelo que “em vez de uma personalidade com eficácia perdurável, teríamos uma personalidade condicional e provisória”, concluindo o autor

¹⁹⁷ *Idem*, pp. 632 e 633.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 634.

que “indicado é que a personalidade apenas surja quando possa revestir eficácia perdurável, e tal só acontece com o nascimento”¹⁹⁹.

A Professora SÓNIA MOREIRA, embora não concorde com a linha de pensamento enunciada, entende que a sua aplicação a uma situação em que o nascituro venha a nascer acaba por se materializar na “solução (justa) mais simples” na medida em que, não pondo em causa o princípio fundamental do artigo 66.º do CC, permite tutelar juridicamente a condição do nascituro²⁰⁰. No entanto já assim não será no caso em que o nascituro não venha a nascer, ficando nesse caso completamente desprotegido. É que, segundo a referida conceção, “se a criança for agredida no ventre materno e vir violada a sua integridade física mas consiga sobreviver à agressão, nascendo no término da sua gestação, ela terá direito a ser indemnizada – pois será uma criança já nascida com uma lesão (viu violado o seu direito à integridade física). Por outro lado, se a criança não sobreviver, se em vez de ser violada a sua integridade física tiver sido sujeita a uma lesão mais grave – na sua vida – nada se lhe reconhece. Onde está a tutela jurídica que deve ser, então, supostamente, reconhecida ao nascituro? Se o bem lesado é mais importante (na verdade, o mais importante), como pode ter uma solução legal menor? É um contrassenso...”²⁰¹.

E, quanto a nós, a crítica apontada não poderia ser mais certa. De facto, não se pode compreender uma conceção que admita uma indemnização pelas ofensas à integridade física ou uma compensação por danos não patrimoniais provocados durante a vida intrauterina quando a criança venha a nascer, mas já não o admita quando a criança não chega a nascer. Até porque, na maioria dos casos, serão os danos provocados durante a vida natal que impedirão que a o nascituro venha a nascer de modo completo e com vida, provocando-lhe a morte ainda no seio da barriga da mãe.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, não obstante defenderam que nascituro não tem personalidade jurídica, consideram que existe uma proteção da vida pré-natal conferida nos termos do artigo 24.º da CRP – direito fundamental à vida – que não o

¹⁹⁹ GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, volume II, reimpressão da 10.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 165.

²⁰⁰ SÓNIA MOREIRA, «O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores – Anotação ao Acórdão do STJ de 3/04/2014», *Cadernos de Direito Privado, CEJUR* (no prelo).

²⁰¹ *Ibidem*.

sendo a título de direito subjetivo do nascituro, é-o como mero valor ou bem objetivo - «vida uterina», «vida fetal»²⁰².

RITA LOBO XAVIER, à semelhança dos autores já referidos, defende que a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento. No entanto, considera que “perante uma pessoa efetivamente nascida, o Direito Civil não deixa de reconhecer proteção às fases anteriores de desenvolvimento da vida dessa pessoa. E, em conformidade, a personalidade jurídica que os nascituros adquirem pelo nascimento «é à medida da respetiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intra-uterina»”²⁰³. Ora, esta perspetiva, além de tornar compreensível a atribuição de algumas garantias patrimoniais aos nascituros, explica, como refere a ilustre Professora, que “a generalidade da doutrina portuguesa reconheça o direito de indemnização da pessoa nascida por ataques à sua integridade física praticados na fase intrauterina, apesar de não haver uma norma explícita nesse sentido”²⁰⁴.

A Professora defende que pelo facto “de o nascituro «ser já pessoa humana» e tendo em conta a possibilidade abstrata de «vir a ser pessoa jurídica» não pode deixar de ser tutelado pelo Direito Civil”, o qual “não pode ignorar o processo de desenvolvimento da pessoa humana que é afinal o substrato da personalidade jurídica”²⁰⁵. Assim, haverá que distinguir “entre dois tipos de tutela jurídica: a concedida ao indivíduo que efetivamente nasceu e a quem se atribui personalidade jurídica autónoma desde que se separa fisicamente do corpo da mãe, personalidade jurídica essa que envolve a proteção de todos os momentos que antecederam a sua aquisição. E a tutela concedida à vida humana intrauterina, em si mesma, desde o momento da conceção e independentemente do facto de não chegar a haver nascimento com vida. A questão reside, então, em saber se a proteção jurídico-civil da vida humana desde a sua conceção tem obrigatoriamente de ser levada a cabo por meio do instrumento jurídico «personalidade jurídica»”²⁰⁶. E conclui a autora: “Não creio que a forma adequada de regular os eventuais «direitos» do nascituro passe pela atribuição de personalidade jurídica” porque é óbvio “que o Direito dispõe de

²⁰² GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 449.

²⁰³ RITA LOBO XAVIER, «O Direito Civil e a proteção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português», *Brotéria: Cultura e Informação*, julho de 1998, vol. 147, p. 77.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Idem*, p. 78.

²⁰⁶ *Ibidem*.

outros meios para proteger a vida humana intrauterina; pois existem formas de conceder tutela jurídica que não envolvam a atribuição de direitos ao próprio «objeto» tutelado”²⁰⁷.

b) Perspetivas que defendem a admissibilidade de personalidade jurídica ao nascituro concebido

Há, no entanto, autores que entendem, não obstante a previsão normativa do artigo 66.º do CC, que já antes do nascimento o nascituro tem personalidade jurídica, pelo que o nascimento completo e com vida se limita a consolidar a personalidade já anteriormente reconhecida. Os defensores desta tese, na sua maioria, entendem que a condição de pessoa em sentido jurídico não pode ser atribuída, mas apenas reconhecida pela ordem jurídica na medida em que as pessoas singulares o são pelo simples facto de existirem, e não porque uma norma lhes atribui essa qualidade. Isto é, aliás, uma consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo-se o primado do Direito Natural sobre o Direito Positivo²⁰⁸. E quanto a nós, também nos parece que a solução pela via do reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro concebido, enquanto tal, deve ser a acolhida pois é a que melhor se enquadra à luz dos princípios vigentes. Além disso, apesar de alguns autores negarem a personalidade jurídica aos nascituros, sugerem inúmeras soluções para tutelar juridicamente os seus direitos, pelo que faria mais sentido considerar, *ab initio*, que o nascituro tem personalidade jurídica.

CAPELO DE SOUSA, a propósito desta questão, chama a atenção para uma análise conjunta de alguns preceitos normativos e refere que, atendendo ao disposto no n.º 1 do artigo 24.º da CRP, que preceitua que «a vida humana é inviolável», ao artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual «todo o indivíduo tem direito à vida», bem como ao n.º 1 do artigo 6.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo o qual «o direito à vida é inerente à pessoa humana», parecerá “inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a conceção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e dinâmica humana autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe”²⁰⁹. E quanto à sua tutela, refere o autor que a própria lei civil prevê a tutela da personalidade física e moral do nascituro atendendo ao disposto nos artigos 70.º, n.º 1 do art. 1878.º, n.º 1 do art. 1826.º, art. 1854.º e art.1855.º

²⁰⁷ *Idem*, p. 82.

²⁰⁸ *Vide* SÓNIA MOREIRA, ob. cit. (no prelo).

²⁰⁹ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 157 e 158.

todos do CC. Além disso, afirma o autor, à tutela geral da personalidade do nascituro não pode obstar o artigo 66.º, n.º 2 do CC, na medida em que “se é a própria lei que aí admite reconhecer direitos, embora sujeitos a condição legal, aos próprios nascituros, isso até justifica a conceção de uma qualquer parcial personificação jurídica dos nascituros, sobretudo se concebidos”²¹⁰, defendendo, assim, que o nascituro concebido tem uma *personalidade jurídica parcial* ²¹¹.

PAULO OTERO, alertando para o facto de uma das maiores preocupações constitucionais ter que ver com a garantia da dignidade da pessoa humana, de acordo com o disposto nos artigos 1.º e 24.º da CRP, refere que a inviolabilidade da vida humana não depende do reconhecimento da personalidade jurídica nos termos em que esta surge na lei civil. Assim, a própria ordem constitucional garante a proibição da violação da vida humana já em momento anterior ao nascimento: “Desde o momento em que cientificamente se possa determinar que existe vida, o Direito tem, imperativamente, de a garantir e proteger, proibindo quaisquer formas de violação atentatórias da dignidade dessa mesma vida humana - o embrião humano é, em consequência, titular de direitos fundamentais”, verificando-se, assim, que existe “um divórcio entre a definição do momento de início da personalidade jurídica no Código Civil e a tutela que a Constituição confere à vida humana antes do nascimento”²¹², o que permitirá “fundar uma pretensão de reconhecimento de uma personalidade jurídica pré-natal”²¹³. Assim, o Direito não limita a sua intervenção ao momento posterior ao nascimento, pois antes disso já poderá e deverá intervir, fazendo coincidir o início da personalidade jurídica com o momento do início da vida do ponto de vista científico²¹⁴. Este é, também o nosso entendimento. No entanto, não basta o plano teórico, sendo necessário encontra no direito aplicável forma

²¹⁰ *Idem*, p. 160.

²¹¹ *Idem*, pp. 361 a 364. ²¹¹ A dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física impõe a defesa do concebido, *inclusive* aquando da conceção por inseminação artificial ou por fertilização *in vitro*, face a quaisquer manipulações genéticas, sendo estas proibidas no ser humano pelo artigo 55.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Realce-se, a este título, que a Lei da Procriação Medicamente Assistida - Lei n.º 32/2006, de 27 de julho, entretanto alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro - veio a consagrar, por intermédio do seu artigo 7.º, que: “1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros. 2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo. 3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.(...)”.

²¹² PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 36 e 37.

²¹³ *Idem*, p. 35.

²¹⁴ *Idem*, p. 34.

de tutelar os indivíduos, quer antes, quer depois do seu nascimento e independentemente deste.

MÁRIO BIGOTTE CHORÃO vem dizer que “[n]a negação da personalidade jurídica aos *conceptus* repercutem-se profundamente diversos fatores: os preconceitos legalistas e positivistas presentes na codificação e na dogmática jurídica dos dois últimos séculos; a conceção *normativo-kelsiana*; a chamada *cultura da morte* muito influente nos meios da Esquerda tradicional, comunista e socialista, e em certa mentalidade do radicalismo liberal, como se acaba de ver, uma vez mais, na recente polémica em Portugal, sobre a liberalização do aborto”, contrapondo o autor a adoção de um conceito de personalidade jurídica singular fundado no conceito natural ou ontológico de pessoa humana, que aparece como qualidade inata ao Homem²¹⁵. Posto isto, refere o autor, “deverá ser reconhecido ao nascituro, como primeiro atributo, a personalidade jurídica, por conseguinte, a condição de sujeito de direito”²¹⁶. E “assegurada ao ser humano embrionário a personalidade jurídica – como dimensão inerente à personalidade natural – dela decorre automaticamente o reconhecimento da capacidade de ser titular de direitos (capacidade jurídica de gozo). Só que, enquanto a personalidade jurídica é um atributo inquantificável (não se é, mais ou menos, mas, ou se é, ou não, sujeito de direito), a referida capacidade pode ser maior ou menor, consoante as circunstâncias”.

O Professor MENEZES CORDEIRO pugna pela existência do direito à vida do nascituro, considerando praticamente pacífico o reconhecimento desse direito na medida em que, atendendo ao disposto no artigo 24.º da CRP, “[a]s razões últimas que justificam o direito à vida do nascituro são precisamente as que depõe a favor do direito à vida das pessoas em geral”²¹⁷. Ora, possuindo o nascituro direito à vida, mesmo sendo o seu único direito, tal implica personalidade jurídica, dependendo os restantes direitos do seu nascimento. Refere o autor que “[a]ntes do nascimento, o nascituro tem uma capacidade de gozo limitada ao direito à vida. A morte do nascituro dará lugar a direitos a uma indemnização por danos morais, funcionando o artigo 496.º do CC. Além disso, todos os danos patrimoniais provocados aos pais do nascituro deverão ser ressarcidos. Quanto ao

²¹⁵MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, «O Nascituro e a Questão do Estatuto Jurídico do Embrião Humano no Direito Português», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 640

²¹⁶ MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, «Bioética, Pessoa e Direito (Para uma Recapitulação do Estatuto do Embrião Humano) in *Pessoa Humana, Direito e Política*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2006, pp. 533 e ss, (disponível para consulta em www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf).

²¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Tomo IV – Parte Geral. Pessoas*, Almedina, Coimbra, 3.ª edição revista e atualizada, 2011, p. 341.

nascituro em si: não tendo havido nascimento, o direito à indemnização do próprio não se constitui. Trata-se de uma consequência do artigo 66.º/1 (...)”²¹⁸.

LEITE DE CAMPOS defende que o nascituro é pessoa humana e pessoa jurídica desde a concepção, apresentando os seguintes argumentos. Começa por referir que a “biologia ensina que a vida começa com a concepção”, sendo “a partir deste momento que surge a vida humana”, não passando o nascimento somente do começo de uma nova etapa, tal como outras que se sucederão²¹⁹. Ora, segundo o autor, tendo o nascituro vida humana, terá necessariamente que ter personalidade jurídica, pois a “condição ontológica da pessoa implica necessariamente uma dimensão jurídica, na medida em que quem é pessoa em sentido ontológico é, também, pessoa do ponto de vista jurídico”. Aliás, refere, “[a] personalidade jurídica não é construída pelo ordenamento jurídico; este limita-se a reconhecê-la como um estatuto jurídico, um Direito inato que caracteriza toda a pessoa”²²⁰. Assim “a tutela dos nascituros não coloca dúvidas: se existe personalidade jurídica desde a concepção, o embrião tem os mesmos direitos do já nascido, o que impõe o fim do “instituto jurídico do nascimento”²²¹.

OLIVEIRA ASCENSÃO, embora com muitas cautelas, entende que se deve reconhecer personalidade jurídica ao embrião, na medida em que “a pessoa é desde o início o próprio sujeito da proteção, e não apenas o objeto das regras que têm por fim essa tutela”²²². Aliás, o autor refere que, em termos éticos, o embrião é uma pessoa, na medida em que “[d]esde o momento da concepção traz consigo totalmente demarcados os seus genes e cromossomas, as caracterizações de individualidade que o tornam um ser humano único e irrepetível”²²³. O autor refere também que, embora geralmente se responda afirmativamente à questão sobre se é possível alguém exigir indemnização por lesões que lhe foram causadas na vida pré-natal, se tem igualmente defendido que isso não implica a atribuição de personalidade jurídica, na medida em que o direito só surgiria no momento do nascimento. Ora, o autor critica isto. Segundo ele, baseando-se a responsabilidade civil numa violação ilícita do direito de outrem e, portanto, pressupondo uma personalidade contemporânea com a lesão, não havendo ainda terceiro no momento da prática do facto

²¹⁸ *Idem*, pp. 355 a 356.

²¹⁹ Professor Doutor LEITE DE CAMPOS e Mestre STELA BARBAS, «O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica», *ROA*, ano 61, volume III, dezembro de 2001, pp. 1257 e 1258.

²²⁰ *Idem*, p. 1259.

²²¹ *Ibidem*.

²²² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral, I - Introdução, as Pessoas, os Bens*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 48.

²²³ *Idem*, p. 47

ilícito, nenhum dever de indemnizar se formou, não sendo o eventual e posterior nascimento da pessoa que pode fazer radicar nesta um direito indemnizatório sobre o infrator²²⁴. E admitir-se a existência de um facto ilícito sem haver personalidade contemporânea da lesão no momento da sua prática, mas que se repercutia depois no sujeito, aquando do seu nascimento, causando-lhe o dano, como forma de justificação da afirmação de que ninguém pode ser titular de um direito sem possuir personalidade jurídica, tal constituiria uma perigosa inversão metodológica, ainda que com o pretexto de que a solução aposta representaria um contrassenso jurídico²²⁵.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS começou por negar aos nascituros personalidade jurídica, mas “a natureza ôntica e eticamente humana do nascituro” obrigou-o a rever essa posição²²⁶. Assim, vem agora defender que apesar de o nascituro, enquanto está no ventre da mãe, depender dela, já detém a titularidade dos mais importantes direitos de personalidade, como o direito à vida, à identidade pessoal e genética, à integridade genética e física, tal como o exige o senso comum e a CRP o reconhece por meio do artigo 24.º, sendo “incontestável” dizer que “o nascituro tem vida e substância humana desde a concepção”²²⁷. E, na defesa desta posição, explica o autor que a vida humana se inicia com a concepção e “[d]aí em diante, o nascituro desenvolve-se de um modo progressivo e ininterrupto, sem patamares nítidos. O nascimento é apenas mais um facto relevante na vida da pessoa. Não há grande diferença entre a véspera do nascimento e o dia seguinte”²²⁸.

O autor entende que “[a] redação do artigo 66.º do Código Civil não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro da sua letra”, pois, “a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoas humanas a quem a tem”, pelo que nada poderá obstar a que “se reconheça a qualidade e dignidade humana e a conseqüente personalidade jurídica a quem ainda está no seio da mãe (...) mas já existe com vida”²²⁹. É que, de facto, para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS “[o] nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe.

²²⁴ *Idem*, p. 46.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Na 1.ª edição do seu manual de *Teoria Geral do Direito Civil* sustentou a posição que nega personalidade jurídica aos nascituros. Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 72.

²²⁷ *Idem*, p. 67.

²²⁸ *Idem*, p. 65. Vide, igualmente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

²²⁹ *Idem*, pp. 66 e 67.

A proteção jurídica que a lei lhe dá não é apenas objetiva. Se o fosse, o seu estatuto não seria diferente daquele que é próprio das coisas ou animais especialmente protegidos (...). O nascituro não é, pois, objeto do Direito. Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se ao direito, que não tem o poder de negar a verdade da pessoalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecido, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a *personalidade jurídica*”²³⁰.

Relativamente às situações em que o embrião morre antes de nascer, o autor defende que, nesse caso, há que atender ao disposto no n.º 2 do artigo 66.º do CC, e portanto é como se o nascituro nunca tivesse chegado a existir. Assim, quer os direitos patrimoniais quer outros suscetíveis de sucessão extinguir-se-iam retroativamente, operando uma *ficção legal* imposta pela necessidade de simplificar a complexidade da vida e da morte²³¹. Não obstante, o autor reconhece que esta solução pela via da desconsideração da vida de quem morreu antes do nascimento pode ser contestada com base nos princípios gerais²³².

O autor esclarece ainda que, no seu entendimento, os restantes autores têm confundido a personalidade humana com a personalidade coletiva, na medida em que tentam encontrar na letra da lei regras ou regimes jurídicos mediante os quais se possa influir se há ou não titularidade de determinadas posições jurídicas. No entanto, esse método só se aplicará para determinar a personalidade coletiva, a qual se afere a partir da lei, mas já não a personalidade individual, a qual é pré-legal, não dependendo de qualquer reconhecimento normativo²³³.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS conclui defendendo que "o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. É hoje indiscutível que o nascituro tem vida e a sua vida é inviolável. O artigo 66.º do Código Civil, para ser compatível com a Constituição, com as coordenadas axiológicas do sistema e com a natureza das coisas, tem de ser

²³⁰ *Idem*, p. 66.

²³¹ Para este autor, o nascimento funciona, assim, como uma condição resolutiva, segundo o qual o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, a qual se extingue com a sua morte – caso o nascituro morra antes do nascimento é retroativamente desconsiderada a sua personalidade, tendo-se como nunca atendo existido, com recurso a uma ficção legal. No seguimento deste entendimento, o autor critica a posição que trata o nascimento como uma condição suspensiva, em que o pré-nascido não tem personalidade jurídica antes do nascimento, pelo que todos os direitos que lhe sejam atribuídos antes desse evento da vida são lhe atribuídos, no caso de vir a nascer com vida, retroativamente desde o momento da atribuição (*Idem*, p. 68).

²³² *Idem*, pp. 67 e 68.

²³³ *Idem*, pp. 72 e 73.

interpretado como referido, não à personalidade jurídica, cuja existência, início e termo são extra e *supra* legais, mas antes à capacidade jurídica, como fazia o seu antecessor artigo 6.º do Código Civil de 1867 e o § 1 do BGB”²³⁴.

Há, no entanto, quem critique esta posição. É o caso do Professor CARNEIRO DA FRADA, que considera que esta tese só poderia vingar se houvesse base histórica que permitisse admitir que o legislador se quis referir positivamente à capacidade e não à personalidade ou, pelo menos, que o autor histórico da lei tivesse usado indistintamente os termos *capacidade* e *personalidade*, sem lhes atribuir um sentido demasiado preciso. Mas, de facto, não é isso que acontece, pois a lei parece distinguir com clareza os dois conceitos. No entanto, para este autor, mesmo assim manter-se-ia o problema da proteção do nascituro porque “caso este, por absurdo que seja, fosse pessoa, mas não tivesse direito algum antes do nascimento (aqui, à vida ou à integridade física), os obstáculos a uma pretensão indemnizatória por lesão à sua personalidade manter-se-iam”²³⁵. Além disso, acrescenta o autor, “a personalidade pressupõe e envolve, sempre, capacidade (de gozo). Não se pode ser pessoa sem se ser titular, pelo menos, daquele núcleo de direitos que é irredutível na pessoa”²³⁶.

A propósito da questão da personalidade jurídica do nascituro, o Professor CARNEIRO DA FRADA vem dizer que existem várias disposições na lei que implicam necessariamente o reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro e, em consequência disso, a sua tutela. Neste campo podemos destacar a possibilidade de perfilhar nascituros ou ainda a atribuição de um poder de representação dos pais em relação aos filhos, ainda que nascituros, nos termos do disposto nos artigos 1855.º e 1878.º, n.º 2 do CC, normas que se dirigem à proteção do nascituro e não a interesses singulares de outrem, pelo que têm que ser forçosamente interpretadas no sentido de se atribuir personalidade jurídica aos nascituros²³⁷. Além disso, refere o autor, a proteção jurídica do nascituro já foi firmada pelos tribunais portugueses, havendo lesões provocadas ou ocorridas na e durante a vida intra-uterina que deram origem a indemnização e, sendo assim, “parece que constitui uma

²³⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 111 e 112. O STJ, por acórdão de 3.4.2014 (Processo nº 436/07.6TBVRL.P1.S1) perfilhou esta posição, considerando que “nenhum óbice se nos depararia em radicar o direito à compensação dos danos não patrimoniais da menor CC no seu estado de nascitura, *qua tale*, interpretando o disposto no artigo 66.º do nosso compêndio legal substantivo justamente como alusivo à capacidade de gozo”.

²³⁵ CARNEIRO DA FRADA, «A Proteção jus civil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião», *ROA*, 2010, ano 70 - vol. I/IV, p. 4/) e 5/9, disponível em: www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=112472&ida=11275, consultado em 31/01/2015.

²³⁶ *Idem*, p. 5/9.

²³⁷ *Idem*, p. 2/9.

exigência dogmática o reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro”²³⁸, na medida em que “tem de haver a lesão de uma posição jurídica ancorada na titularidade de alguém – no dizer da lei, «a violação ilícita de um direito de outrem» - para que o dano seja reparado”²³⁹.

Refere ainda o ilustre Professor que o “alcance jurídico-determinativo” do artigo 66.º do CC apenas se poderá estabelecer depois de articular este preceito com os demais da nossa ordem jurídica, nomeadamente com o artigo 24.º, n.º 1 da CRP, daí resultando o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano qualquer que seja a fase da sua existência²⁴⁰. E este é um princípio que, apesar de estar expressamente consagrado na nossa ordem constitucional, é *supra* nacional, não dependendo a personalidade jurídica do indivíduo de qualquer reconhecimento normativo.

CARNEIRO DE FRADA tece algumas críticas ao entendimento que nega personalidade jurídica ao nascituro até ao seu nascimento completo e com vida mas que reconhece que, ocorrendo dano quando o nascituro está no ventre da mãe, o seu direito a indemnização surge aquando o nascimento, referindo que “tal entendimento assenta num artifício”, sendo “evidentemente falaciosa a ideia de admitir a retroação da personalidade jurídica ao momento da concepção para cobrir os casos de deficiências derivadas da lesão da vida intrauterina. Trata-se de um mero expediente ou artifício, puramente lógico-formal”²⁴¹.

O autor finaliza a sua posição referindo que o artigo 66.º, n.º 1 do CC deverá ser interpretado, tendo em conta a lacuna superveniente decorrente da necessidade “que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito desde a fase intrauterina, de uma protecção capaz da sua vida e integridade física”²⁴². Assim, “do ponto de vista estritamente literal e ao contrário do que parece pressupor-se na doutrina, não pode dizer-se que o artigo 66.º, n.º 1, faça do nascimento uma condição *sine qua non* – ou seja, uma condição absolutamente necessária – da aquisição da personalidade. Na verdade, ao estabelecer que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, esse preceito só impõe que o nascimento seja tido como *condição suficiente da personalidade*”, abrindo-se aqui uma perspectiva hermenêutica nova. Face a isto, conclui o autor que “o nascituro, como qualquer pessoa noutra fase da sua existência, gozará de

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Idem*, p. 4/9.

²⁴¹ *Idem*, pp. 3/9 e 4/9.

²⁴² *Idem*, p. 5/9.

plena proteção da sua vida e da sua integridade física. Mas não tendo ocorrido, ao tempo da suposta lesão ou dano, um nascimento, é preciso demonstrar que...havia nascituro”²⁴³. Ora, tendo em conta a evolução tecnológica registada até aos dias que correm, é fácil provar que estamos perante uma vida intrauterina, pelo que quanto a isso não se suscitaria, hoje em dia, qualquer problema.

E com a devida vénia, é esta a posição que acolhemos pois, quanto a nós, parece ser a que, à luz do direito constituído, melhor se coaduna com a tutela jurídica que, cremos, necessariamente dever ser concedida ao nascituro concebido. Mas deixemos esta explicitação para mais tarde. Passamos agora para uma análise das posições jurisprudenciais que têm sido sufragas nesta matéria.

6.2.2 Posições na jurisprudência

O Tribunal Constitucional tem afirmado que, apesar da vida em gestação ser um bem jurídico protegido constitucionalmente, nos termos do disposto no artigo 24.º da CRP esse preceito não é suficiente para se afirmar um direito à vida do nascituro concebido. Neste sentido os Acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98, 617/06 e 75/10 todos do Tribunal Constitucional.

No Acórdão n.º 25/84 do TC pode ler-se que “o regime constitucional da proteção especial do direito à vida, como um dos direitos, liberdades e garantias pessoais, não vale diretamente e de pleno direito para a vida intrauterina e para os nascituros. [...] A verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser diretamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A proteção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável diretamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intrauterina”²⁴⁴. Em sentido idêntico se pronunciou o TC no acórdão n.º 85/85²⁴⁵.

No entanto, por Acórdão de 75/10, o TC entendeu que “[s]em dúvida nenhuma que o feto é digno de proteção pela sua potencialidade em se tornar uma pessoa, um “eu” consciente da sua individualidade própria, mas, como acentuou OVADIA EZRA, “ a potencialidade de aquisição de um determinado estatuto não confere a titularidade dos direitos associados a esse estatuto”²⁴⁶.

²⁴³ *Idem*, p. 6/9.

²⁴⁴ Processo n.º 38/84, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, consultado em 3.7.2015.

²⁴⁵ Processo n.º 95/84, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, consultado em 3.7.2015.

²⁴⁶ Processo n.º 737/07, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, consultado em 3.7.2015.

A posição, quer do Tribunal Constitucional, quer do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como refere JOÃO CURA MARIANO, “pressupõe que o ente humano, apesar de já concebido, enquanto não nascer, não se inclui no universo dos cidadãos que integram a comunidade político-jurídica a quem é reconhecida a titularidade dos direitos subjetivos constitucionalmente consagrados, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, da CRP, o que revela uma consonância com a posição consagrada no artigo 66.º, n.º 1, do CC”²⁴⁷.

Também o STJ, por acórdão de 21.9.2006, negou personalidade jurídica ao nascituro, referindo que “muito se estranha a alegação de danos sofridos pelo feto que a vítima carregava, uma vez que é sabido que a personalidade jurídica, e, logo, a capacidade de gozo de direito, apenas se adquire no momento do nascimento completo e com vida (cfr. art. 66.º, n.º 1, do Código Civil) o que não sucedeu na presente hipótese. Além disso, os próprios direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem sempre do seu nascimento (cfr. art. 66.º, n.º 2, do Código Civil), não podendo aqui ser convocados. Daí que no caso em apreço nenhuma indemnização pudesse ser fixada nesse âmbito”, afirmando-se que “a mãe portadora do feto é que teria eventualmente direito a ser indemnizada pelo dano por ela sofrido com a representação ou sentimento (físico, psicológico) do sofrimento e da morte do nascituro”²⁴⁸.

A perspetiva que nega personalidade jurídica ao nascituro foi também perfilhada pelo STJ em acórdão de 9.10.2008. A autora pedia uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos por si e pela perda do direito à vida do seu filho, nado-morto, em consequência das lesões sofridas no seio materno, decorrentes dum acidente de viação. O STJ, confirmando o que já havia sido decidido na Relação, decidiu pela impossibilidade de “reconhecer ao filho da autora [*nascituro*] um direito à vida suscetível de ser indemnizado, uma vez que faleceu ainda antes de adquirir a qualidade de pessoa jurídica, não podendo, assim, ser titular de qualquer direito”²⁴⁹. Também por acórdão proferido em 17.2.2009²⁵⁰, que mais à frente iremos analisar em pormenor, o STJ negou personalidade jurídica ao nascituro.

Por sua vez, em acórdão datado de 3.4.2014, o STJ reconheceu personalidade jurídica aos nascituros enquanto tal, contrariando aliás o anteriormente decidido em 1.ª Instância

²⁴⁷ JOÃO CURA MARIANO, «A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Edição da FDL, Coimbra Editora, 2012, pp. 102 e 103.

²⁴⁸ Processo n.º 06P1575, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

²⁴⁹ Processo n.º 07B4692, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

²⁵⁰ Processo n.º 08A2124, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

e na Relação – Acórdão do TRP de 21.2.2013 – , alicerçando-se na doutrina sufragada por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, segundo a qual o Direito nunca poderá negar a personalidade ao nascituro tendo em conta “ a sua conformação ôntico-naturalística como ser humano que é, de natureza pré-jurídica, isto é, anterior e independente do Direito”²⁵¹.

É notória, portanto, a disparidade de posições perfilhadas no que a esta questão respeita, com inúmeros argumentos a defender cada uma das posições adotadas. E foi, aliás, essa a razão que nos motivou para a elaboração do presente estudo.

Mas não é apenas no ordenamento jurídico português que esta temática suscita dúvidas. No ordenamento jurídico alemão, a questão da tutela do nascituro foi suscitada, pela primeira vez, através de uma decisão do *BGHZ* respeitante a uma criança que nasceu com sífilis devido a contágio da mãe, enquanto grávida, por virtude de uma transfusão de sangue contaminado e R. ZIPPELIUS, em torno desta problemática, defendeu que “de acordo com a Constituição, a proteção da vida se estende a todo o processo, sendo por isso já a vida da criança não nascida vida no sentido da nossa ordem constitucional, colocada sob a proteção do artigo 2.º, n.º 2, da Lei Fundamental. O direito, porém, estatui uma cisão com o nascimento. O direito civil traça a fronteira com a perfeição do nascimento; apenas com a perfeição do nascimento o homem possui capacidade jurídica civil”²⁵². Mas noutros ordenamentos jurídicos não é tão linear assim, na medida em que o critério fixado no artigo 66.º do CC, para a atribuição da personalidade, não é unanimemente aceite. É o caso, por exemplo, do sistema espanhol, onde se exige certo período de tempo posterior ao momento do nascimento como condição especial de aquisição de personalidade. Já no direito inglês inexistente qualquer definição legal sobre o momento em que se inicia a personalidade, embora a jurisprudência tenha vindo a entender que pode existir responsabilidade perante um nascituro e que ela surge devido a um dano que seja causado em virtude de uma conduta de um terceiro, pelo que desde logo é notório que existe alguma tutela aos nascituros²⁵³.

²⁵¹ Processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 22/05/2014.

²⁵² R. ZIPPELIUS, *An den Grenzen des Rechts auf Leben*, JuS 1983, p.659 *apud* HEINRICH EWALD HÖRSTER, ob. cit., p. 300.

²⁵³ *Vide*, a este propósito, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 98.

6.3 A Nossa Posição

Depois de efetuada, como aliás se impunha, uma incursão panorâmica pela doutrina e jurisprudência acerca da questão da admissibilidade de personalidade jurídica aos nascituros e, em face disso, da indagação da possibilidade destes serem titulares de direitos, passamos a expor a posição que adotamos.

De facto, se fizéssemos uma interpretação meramente literal do artigo 66.º do CC, a conclusão a que chegaríamos seria a de que o nascituro não tem personalidade jurídica, pois ainda não ocorreu o seu “nascimento completo e com vida”. Todavia, não podemos concordar com esta visão das coisas.

Assim, na esteira da posição defendida por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, LEITE DE CAMPOS e CARNEIRO DA FRADA, defendemos que, articulando o artigo 66.º do CC com os demais preceitos do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente com artigo 24.º da CRP, jamais o intérprete aplicador se poderá deter na letra do artigo 66.º do CC para negar a personalidade jurídica ao nascituro, na medida em que a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende de qualquer atribuição normativa, sendo inerente à própria natureza humana, e já existe vida humana desde a concepção²⁵⁴.

Além disso, não podemos conceber que o nascimento seja considerado o momento mais importante para decidir o início da vida humana, fazendo dele depender o início da personalidade jurídica e relegando a concepção para segundo plano, pois desde a concepção já existe pessoa, já existe vida. Aliás, sendo a vida humana uma continuidade, não contém fases estanques entre si e, por isso, considerar o *nascimento completo e com vida* o instante em que começa a vida humana afigura-se-nos um critério muito arbitrário, pois, configurando-se a vida humana como uma sequência ininterrupta, o início do ciclo da vida humana não pode dar-se em outro momento que não desde a concepção. Ora, o momento da concepção corresponde, nos termos do disposto no artigo 1798.º do CC, aos “primeiros cento e vinte e cinco dias dos trezentos que precederam o seu nascimento”,

²⁵⁴ A este propósito citamos um excerto do documento de trabalho 26/CNECV/99 – *Reflexão ética sobre a dignidade humana* – do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (p. 14), onde se refere que “[n]ão há justificação biológica da dignidade humana. É certo que o substrato biológico é, sem dúvida, uma condição indispensável para a existência da pessoa e, portanto, da sua dignidade: se os seus mecanismos bioquímicos colapsam, a pessoa extingue-se, e com ela a sua dignidade. Mas não são esses mecanismos bioquímicos (basicamente idênticos aos dos animais) que justificam, especificam ou medem a dignidade humana. E, por isso, talvez se possa dizer que a qualidade biológica de uma vida humana não altera a sua dignidade. O demente, o doente terminal que está inconsciente ou em estado vegetativo persistente têm a mesma dignidade que eu”. Assim, a atribuição de personalidade jurídica ao ser humano é uma simples consequência do reconhecimento da sua dignidade, não estando ligada a quaisquer outros critérios, pelo que o reconhecimento como pessoa não poderá, jamais, depender do facto de a vida subjacente ser intra ou extrauterina”.

sem prejuízo da eventual aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 350.º do CC²⁵⁵, quando exista comprovação médica ou ecográfica²⁵⁶.

Posto isto, e não obstante o disposto no artigo 66.º do CC tal como se encontra formulado atualmente, consideramos que não podem, ainda assim, hoje em dia, constituir-se obstáculos ao reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro. Isto porque, tendo em conta que o atual Código Civil português entrou em vigor há quase cinco décadas, compreende-se que o “nascimento completo e com vida” tenha sido considerado o momento que marca a aquisição da personalidade, à luz dos desenvolvimentos daquela época, mas nos dias que correm, tendo em conta a grande evolução científica e tecnológica, é fácil comprovar que o começo da vida se dá antes do nascimento. É que, se à data da elaboração do atual Código Civil os exames ecográficos eram uma realidade quase desconhecida - pelo que, até ao nascimento, o ser intrauterino era uma incógnita – hoje em dia, algum tempo após a conceção, já é possível acompanhar a evolução do ser embrionário desde muito cedo e verificar que, antes do nascimento, já existe uma vida dentro da barriga da mãe. Assim, a norma do artigo 66.º do CC deveria, à luz dos desenvolvimentos tecnológicos posteriores à sua elaboração, ser interpretada no sentido de se considerar que já existe uma pessoa desde a conceção²⁵⁷.

Assim, de *iure constituto*, cremos que a norma em apreço deverá ser interpretada no sentido de se reconhecer personalidade jurídica ao nascituro concebido pois, indo de encontro à posição sustentada pelo ilustre Professor CARNEIRO DA FRADA, já explanada, cremos que a expressão “nascimento completo e com vida”, contida no norma do n.º 1 do artigo 66.º do CC deverá ser interpretada, não como uma “*conditio sine qua non*” de aquisição de personalidade jurídica, mas antes como uma *condição meramente suficiente*,

²⁵⁵ Dispõe o n.º 2 do artigo 350.º do CC: “As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir”.

²⁵⁶ Refira-se, no entanto, que é difícil estabelecer uma data certa em que o nascituro foi concebido pois, embora já existam exames que permitem, nos três primeiros meses de gestação, auxiliar no conhecimento dessa data, essa será uma data meramente aproximada. Por exemplo, no caso de dois nascituros que tenham sido concebidos em datas próximas entre si, será muito difícil concluir qual é que terá sido concebido em primeiro lugar. A solução passará por considerar que nasceu em primeiro lugar aquele que foi registado em primeiro lugar (*vide* CUNHA GONÇALVES, ob. cit., p. 182).

²⁵⁷ Neste sentido, ver JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 114 a 118. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ (*Código Civil Anotado*, volume I, *Parte Geral*, Quid Juris, Lisboa, 2011, p. 87 a 89) defende que a posição que nega personalidade jurídica aos nascituros não é razoável por “tal entendimento se fundar em razões que a evolução biotecnológica infirma. Talvez a posição fosse defensável quando o Código Civil entrou em vigor; mas hoje defronta a própria realidade ética e científica”. OLIVEIRA ASCENSÃO considera, igualmente, que devemos considerar estar perante uma pessoa jurídica desde a conceção, tanto biológica como eticamente pois desde o momento da concepção que o nascituro “traz consigo, totalmente demarcados em seus genes e cromossomas, as caracterizações de individualidade que o tronam um ser humano único e irrepitível” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, *Introdução, as Pessoas, os Bens*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 54).

não sendo, assim, a via do nascimento a única a permitir o reconhecimento de personalidade jurídica, sendo o mais importante a comprovação da existência de vida humana, a qual hoje em dia é de fácil demonstração²⁵⁸. Mas não nos ficamos por aqui, pois os argumentos no sentido da admissibilidade de personalidade jurídica ao nascituro são muitos.

Assim, com recurso a alguns argumentos já explanados pelos ilustres Professores CARNEIRO DA FRADA e JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ²⁵⁹, entendemos ser imperioso chamar à atenção para uma norma do nosso atual CC que, indiretamente, parece partir do princípio que o nascituro é pessoa jurídica. Trata-se do artigo 1878.º, n.º1, do CC, que dispõe que “[c]ompete 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” [sublinhado nosso]. Ora, tendo em conta que a representação pressupõe a existência de duas pessoas – o representante e o representado – é notório que este artigo parte do pressuposto que o nascituro já existe como pessoa²⁶⁰. Ora, isto põe em causa uma interpretação do artigo 66.º do CC que não seja no sentido da atribuição de personalidade jurídica ao nascituro.

Existe ainda outra norma jurídica que urge ser chamada à colação como argumento para a defesa da atribuição de personalidade jurídica ao nascituro. Trata-se do artigo 1855.º do CC, no qual se dispõe que “[a] perfilhação de nascituro só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe”²⁶¹. A perfilhação não está, pois, dependente do “nascimento completo e com vida” pois já se parte do pressuposto que o nascituro já é pessoa. Se assim não fosse, a perfilhação do nascituro tornaria o perfilhante em pai do quê?²⁶²

No entanto, e porque têm sido múltiplas as interpretações da norma contida no artigo 66.º do CC, entendemos que, *de iure constituendo*, o melhor seria a sua reformulação, tal como foi proposta por TIAGO FIGO FREITAS²⁶³, nos seguintes termos:

²⁵⁸ CARNEIRO DA FRADA, «A Protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião», ob. cit..

²⁵⁹ *Idem*, p. 119.

²⁶⁰ A este propósito refere o Professor JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, ob. cit, p. 119: “Por conseguinte, elementarmente, se os pais são representantes dos filhos nascituros, estes são representados; e, se são representados, têm uma esfera jurídica (artigo 258.º do CC) na qual se repercutem os efeitos da atuação dos pais; ora a existência de uma esfera jurídica pressupõe a existência de personalidade”.

²⁶¹ Veja-se, a este propósito, o Acórdão do STJ de 12.10.1976, Processo n.º 066207, disponível para consulta em www.dgsi.pt, onde se refere: “I – Os actos de tratamento como filho por parte do investigado são suscetíveis de se verificar em relação a nascituros”.

²⁶² Neste sentido JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 120.

²⁶³ TIAGO FIGO FREITAS, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal – O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013 (disponível, em síntese, em http://www.abreuvadogados.com/xms/files/pdf_off_line/Publicacao_Premio_IAB_2013.pdf, pp. 37 e ss.,

Artigo 66.º (Começo da Personalidade)

1. A personalidade adquire-se no momento da concepção.
2. O momento da concepção é fixado nos termos do disposto nos artigos 1798.º e 1800.º deste diploma.
3. Os direitos patrimoniais que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento completo e com vida.

Admitimos, no entanto, que este entendimento suscite algumas críticas pelo facto de parecer não se coadunar com a possibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos termos da alínea e), do n.º 1, do artigo 142.º do Código Penal²⁶⁴, em que se permite a interrupção da gravidez até às 10 semanas. Refira-se, a este título, a posição da Professora SÓNIA MOREIRA que, embora admitindo que “a proteção penal dada ao «ser humano em formação» possa cair perante a consideração de outros direitos e bens jurídicos relevantes da mulher – como é o caso de estar em causa a vida da mãe, ou a sua saúde, ou a gravidez em questão ter sido originária de um crime contra a sua auto-determinação sexual e que a nossa lei equaciona como excepções à criminalização do aborto –²⁶⁵, questiona como é que se explicaria o regime atual da interrupção da gravidez, à luz do disposto no artigo 142.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal, quando se considere que estamos perante uma pessoa jurídica logo após a concepção²⁶⁶.

Ora, esta crítica faz todo o sentido. É que embora a prática de um aborto nas condições mencionadas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do art. 142.º do CP não pareça ter qualquer interferência na questão da atribuição da personalidade jurídica aos nascituros, na medida em que apenas retira a responsabilidade penal pela eliminação da vida do feto – enumerando algumas causas de exclusão da ilicitude -, continuando a existir uma norma geral que proíbe a realização do aborto, nos termos do artigo 140.º do Código Penal²⁶⁷, já

consultado em 06/03/2015). Refira-se que este autor entendeu que, à luz do direito constituído o nascituro não tem personalidade jurídica mas que, de *iure condendo*, esta deveria ser-lhe reconhecida (*Idem*, p. 229).

²⁶⁴ Dispõe o artigo 142.º, n.º 1, alínea e) do Código Penal que “[n]ão é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”.

²⁶⁵ Vejam-se as alíneas a), b), c) e d) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal.

²⁶⁶ SÓNIA MOREIRA, «O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores – Anotação ao Acórdão do STJ de 3/04/2014”, *Cadernos de Direito Privado, CEJUR* (no prelo).

²⁶⁷ Dispõe o artigo 140.º do Código Penal:

“1 - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

2 - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos.

3 - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos”.

assim não é quando esteja em causa um aborto realizado ao abrigo da al. e) do n.º1 do art. 142.º do Código Penal. É, pois, aqui que reside a grande problemática, não parecendo fazer sentido defender-se que o nascituro já é pessoa desde a conceção quando a nossa própria ordem jurídica permite a interrupção voluntária da gravidez até às 10 semanas. No entanto, não podemos deixar que esta “opção” legislativa nos retire o discernimento de considerar que já existe uma pessoa que merece ser tutelada desde a conceção pelo que aqui, o que deveria ser repensado seria a “opção legislativa” pela liberalização do aborto até às 10 semanas, não se podendo jamais por em causa um princípio elementar como o do direito à vida do nascituro concebido, o qual já é uma pessoa desde o momento da conceção²⁶⁸. Mas esta não é a única crítica.

SÓNIA MOREIRA aponta ainda outro problema à tese de que a personalidade jurídica surge aquando a conceção, questionando como se explica o “regime jurídico estabelecido pela Lei da Procriação Medicamente Assistida²⁶⁹, que, embora em condições apertadas, permite a destruição de embriões ou a sua utilização para experimentação científica (por exemplo, desde que se trate de embriões excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projeto parental)? A sermos coerentes, a entendermos que há vida humana desde a conceção, a proteção dedicada aos embriões devia ser exatamente a mesma que é reconhecida a uma criança já nascida ou a um adulto. No entanto, não é isso que vemos suceder. A nossa lei não olha com os mesmos olhos para os embriões, os embriões implantados em útero materno e os fetos que já atingiram um determinado estágio do seu desenvolvimento”²⁷⁰.

²⁶⁸ HENRIQUE MOTA («Interrupção voluntária da gravidez», in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 294 e 295) considera esta aposição de prazos completamente arbitrária, sem qualquer relevância científica, pois a partir da conceção já há vida humana. Também RITA LOBO XAVIER considera que não parece constitucionalmente admissível considerar-se não punível o «o abortamento a pedido», ou seja, o aborto baseado única e exclusivamente numa manifestação de vontade da mãe (RITA LOBO XAVIER, «O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português», in *Do Início ao Fim da Vida, Actas do Colóquio da Biotética, Funchal, 18 e 19 de Março de 2005, Publicações da Faculdade de filosofia da Universidade Católica Portuguesa*, Braga, 2005, pp. 148 e 149).

²⁶⁹ Vide os artigos 9.º, 24.º e 25.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)

²⁷⁰ SÓNIA MOREIRA, ob. cit. (no prelo). A citada autora remete-nos, aliás, para o entendimento de RITA LOBO XAVIER nesta matéria, a qual refere que a lei penal vê de modo diferente a proteção devida à vida humana já nascida e à que ainda não nasceu, na medida em que estabelece dois tipos distintos de crime (contra a vida humana, o crime de homicídio; contra a vida intrauterina, o crime de aborto), os quais têm regimes jurídicos distintos, não conferindo tutela penal à vida humana extrauterina (embriões crio preservados) – RITA LOBO XAVIER, «O Respeito pela Vida Humana Não Nascida e Respectiva Tradução no ordenamento Jurídico Português», ob. cit., pp. 140 a 142 e 145. Vide, neste ponto, o Parecer do Conselho Nacional e Ética para as Ciências da Vida no Relatório – *Parecer sobre a Experimentação no Embrião Humano*, onde se defendeu que “ a vida humana merece respeito, qualquer que seja o seu estágio ou fase, devido à sua dignidade essencial. O embrião é em qualquer fase e desde o início, o suporte físico e biológico indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana e nele antecipamos aquilo que há-de vir a ser: não há, pois, razões que nos levem a estabelecer uma escala de respeito”.

De facto, não podemos deixar de concordar com esta crítica mas, não obstante, mantemos a posição de que toda a vida humana, desde o momento da concepção, possui personalidade jurídica. Reconhecemos que a investigação genética e a fecundação *in vitro* têm “prós e contras” e, embora um dos “contras” seja o facto de a técnica humana não dar viabilidade a todos os embriões, não cremos que isso seja suficiente para, daí, se tirar a ilação de que o nascituro não é uma vida humana ou, entendendo que o é e que a sua vida deve ser tutelada, proibir estas técnicas. É que a fecundação *in vitro* é uma ação humana que se destina a incrementar a vida, e não a morte, pelo que, desde que se proceda a manipulações dentro de uma deontologia cuidada, sem pôr em causa a dignidade humana, podemos concluir que estas são técnicas a favor da vida.

Posto isto surgem as inevitáveis questões: que tutela é que poderá ser conferida ao nascituro? Em que medida é que a sua personalidade física e moral é objeto de proteção legal?

7. TUTELA JURÍDICA CONFERIDA AO NASCITURO

Antes de mais impera ressaltar que a tutela jurídica conferida aos nascituros *lato sensu* difere caso se trate de um nascituro concebido ou de um mero conceturo.

O mero conceturo não é, em geral, objeto de qualquer tutela pois não possui, como já referimos anteriormente, qualquer forma de vida humana. Há, no entanto, casos pontuais em que se consagram formas de tutela jurídica de interesses ligados à figura do conceturo, sendo disso exemplo as normas constantes dos artigos 2033.º, n.º 2, al. a) e 952.º, n.º 1 do CC.

Por sua vez, perante a questão de saber em que medida é que o nascituro concebido, em si mesmo, na sua personalidade física e moral, é objeto de tutela jurídica, temos que, necessariamente, começar por apelar ao disposto no n.º 1 do artigo 24.º da CRP, que consagra a inviolabilidade da vida humana, na medida em que não parecem existir dúvidas relativamente a reconhecer-se que existe vida no nascituro concebido, uma vez que este, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e dinâmica autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe²⁷¹. Ora, existindo vida humana, o respeito pelo princípio *supraconstitucional* da dignidade humana impõe, desde logo, que sejam respeitados os princípios e normas jurídicas que respeitam à tutela da personalidade em geral, como é o caso da normas contidas no n.º 1, do artigo 25.^{o272} e ns.º 1, 2 e 3 do artigo 26.º da CRP²⁷³. Mas não é só ao nível constitucional que opera a tutela jurídica conferida ao nascituro concebido. Também no domínio penal se verifica, em termos gerais, alguma proteção da personalidade física e moral do nascituro, nomeadamente através da previsão e sancionamento de crimes contra a vida intrauterina atendendo ao disposto no artigo 140.º do Código Penal.

²⁷¹ Vide CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 157. De referir, ainda, que a própria ciência contemporânea tem reconhecido expressamente que a criança já concebida é um ser humano que já tem sensações e sentimentos e que, embora dependente da mãe, já detém uma estrutura autónoma.

²⁷² Dispõe o artigo 25.º, n.º 1: “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”.

²⁷³ “Artigo 26º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. (...)

Além disso, a própria lei civil reconhece, explicitamente, alguns direitos aos nascituros, embora condicione a sua eficácia, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 66.º do CC, ao nascimento completo e com vida. Mas esta é uma norma que não nos permite obter um real esclarecimento, pois trata-se de uma norma em branco, limitando-se a remeter a consagração dos direitos do nascituro para sede própria, enunciando apenas que os direitos que lhes forem reconhecidos dependerão sempre do seu nascimento.

Ao nível das garantias patrimoniais podemos verificar que estão consagrados aos nascituros os seguintes direitos:

- a possibilidade de os nascituros receberem doações, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 952.º do CC, direito que é também extensivo aos conceturos, desde que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador;

- o direito a serem incluídos, de imediato, na sucessão legal, à luz do estatuído no n.º 1 do artigo 2033.º do CC, onde se reconhece capacidade sucessória “às pessoas concebidas ao tempo da abertura da sucessão” do qual expressamente se excluem os conceturos;

- o direito a serem incluídos na sucessão testamentária, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 2033.º do CC, incluindo-se neste direito também os conceturos, desde que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão;

- o direito à administração da herança ou legado a favor do nascituro pelos seus representantes, nos termos do disposto no artigo 2240.º do CC.

Refira-se, no entanto, que todos estes direitos dependem, à luz do disposto no n.º 2 do artigo 66.º do CC, do seu nascimento, pois no que tange às garantias patrimoniais faz todo o sentido aplicar esta norma, o que, a nosso ver, já não deverá acontecer no que concerne a outros direitos não patrimoniais.

Ao nível da tutela física e moral verificamos que lhes estão consagrados os seguintes direitos:

- o direito a serem perfilhados, nos termos definidos nos artigos 1854.º e 1855.º do CC e através dos quais se define que o estabelecimento da paternidade por perfilhação pode ocorrer logo após a conceção, não dependendo a sua validade do “nascimento completo e com vida”²⁷⁴;

²⁷⁴ Aqui merece, no entanto, referência o facto de, caso a criança perfilhada não venha a nascer, o pai não herda dela, o que significa que, embora a perfilhação não dependa do nascimento, os seus efeitos já dependem, atendendo ao disposto no artigo 66.º, n.º 2 do CC.

- o direito ao reconhecimento da paternidade, à luz do disposto nos artigos 1826.º e 1847.º do CC²⁷⁵;

- o direito a ser abrangido pelo poder paternal nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 1878.º do CC, onde se refere que “compete aos pais, no interesse dos filhos,...representá-los ainda que nascituros”;

Sucede que estamos aqui perante uma previsão casuística, pelo que se suscita a questão de saber se apenas os direitos enumerados são reconhecidos aos nascituros ou se lhes serão reconhecidos outros. Atendendo a esta questão, CAPELO DE SOUSA entende que “o art. 70.º do Código Civil acolhe uma interpretação tendente à proteção geral da personalidade física e moral dos nascituros concebidos”, na medida em que aí se diz que “a lei protege «os indivíduos» contra violações da sua «personalidade física e moral», utilizando uma nomenclatura muito diferente da utilizada na secção anterior do mesmo Código relativa «à personalidade jurídica» e à «capacidade jurídica», as quais, ao menos de um modo pleno, apenas são atribuídas aos seres humanos nascidos completamente e com vida. Ou seja, se o legislador civil quisesse circunscrever a tutela geral de personalidade às pessoas jurídicas singulares nascidas e com vida mais razoavelmente utilizaria no art. 70.º do Código Civil, em vez do abrangente termo «indivíduos», a expressão «personalidades jurídicas singulares» ou equivalente. Por outro lado, os concebidos são, como vimos, seres vivos humanos intra-uterinos dotados de uma estrutura e dinâmica próprias e, como tais, são «indivíduos» dotados de uma naturalística «personalidade físico-moral». Aliás, a *ratio legis* do art. 70.º CC vale também para os concebidos, porque também carentes de uma proteção geral contra ofensas à sua personalidade, não só para nascerem com vida e ilesos, mas também para que a própria gestação se procedesse no modo próprio”²⁷⁶.

E conclui CAPELO DE SOUSA: “mesmo se admitirmos a legitimidade da ideia de um *numerus clausus* de direitos reconhecidos aos nascituros, isso não impede a validade e a eficácia da tutela prevista na nossa lei do «bem» da personalidade física e moral dos nascituros concebidos, para além de entendermos que um dos direitos legalmente reconhecidos ao nascituro concebido é justamente, nos termos daquelas disposições legais, o direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, nomeadamente, o direito à omissão contra ofensas ou ameaças à sua vida e à sua saúde,

²⁷⁵ Vale, aqui, o que referimos na anterior nota de rodapé em relação à perfilhação, com as devidas adaptações.

²⁷⁶ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 160.

pois, como vimos, ele, embora não tenha personalidade jurídica plena, é, para efeitos do art. 70.º do CC., «um indivíduo» -e, até mais do que isso, uma «pessoa» - e tem uma «personalidade física» e «moral»²⁷⁷.

Atentas estas considerações, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 70.º e n.º 2 do artigo 483.º, ambos do CC, podemos concluir que as ofensas ilícitas ou ameaças de ofensa à personalidade física e moral do nascituro concebido são suscetíveis de ser combatidas, além de gerarem responsabilidade civil nos casos em que tenham resultado danos na personalidade do nascituro concebido. Mas não só. A tutela da personalidade física e moral do nascituro deve também abranger a defesa contra omissões ilícitas nos termos do disposto no artigo 486.º do CC²⁷⁸, pelo que, por exemplo, face ao dever jurídico que os pais têm, nos termos do imposto no n.º 1 do artigo 1878.º do CC, de cuidar da segurança e da saúde dos filhos, ainda que nascituros concebidos, caso não o façam devem ser responsabilizados civilmente²⁷⁹. Mas também há responsabilização civil de terceiros quando estes, obrigados a prestar assistência ao concebido ou à sua mãe, não o façam²⁸⁰.

Posto isto, colocam-se as seguintes questões: deverá haver lugar a uma indemnização pelos danos sofridos pelo nascituro de que provenha a sua morte? E, em caso afirmativo, quem deverá ser o titular do direito correspondente?

Em resposta a estas questões, Rita Lobo Xavier entende que “[h]averá aqui que distinguir conforme a lesão de que provenha a morte do nascituro seja provocada pela própria Mãe ou por outra qualquer pessoa”. Se for por um terceiro “o direito correspondente ao indiscutível dever de indemnização que incumbe ao lesante — mesmo que este seja o Pai — deve ser reconhecido à própria Mãe, em cujo ventre se desenvolvia a vida humana interrompida. Não haverá qualquer inconveniente em atribuir esse direito à Mãe e não ao filho que já não chegará a nascer” pois quando “um nascituro sofre lesões provocadas por terceiro que lhe provocam a morte, a Mãe é quem deve «representá-lo», é à Mãe a quem o Direito deve reconhecer o direito a uma indemnização (compensação)

²⁷⁷ *Idem*, p. 161.

²⁷⁸ Dispõe o artigo 486.º do CC: “As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”.

²⁷⁹ CAPELO DE SOUSA dá o seguinte exemplo: é civilmente responsável pelos danos causados ao nascituro concebido “uma mulher, grávida, que deliberada ou negligentemente, de um modo que causa a perda da vida ou lesões ao concebido, não administra, podendo fazê-lo, um medicamento necessário à vida ou à saúde do concebido ou que faz uma greve de fome” (CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 164).

²⁸⁰ *Idem*, p. 65.

em que sejam tidos em consideração não só os danos que ela própria sofreu, como o dano da privação da vida do nascituro”²⁸¹. E conclui a Professora que “[o] reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro implicaria que fosse ele próprio a adquirir um direito de indemnização pelos danos que lhe provocaram a morte. Não vejo nisso qualquer utilidade, a não ser a de reforçar nos membros da comunidade a consciência do dever geral de respeito pela vida intra-uterina”²⁸².

No caso de a lesão ser provocada pela própria mãe, será “necessário afirmar a sua «autonomia jurídica» perante a própria Mãe, já que não seria possível encará-la simultaneamente como lesante e titular de direito à indemnização. E o reconhecimento da personalidade jurídica parece exigir-se como forma de tornar possível que lhe sejam directamente referidos os direitos de indemnização pelo dano da privação da sua vida”²⁸³. No entanto, RITA LOBO XAVIER entende que isto parece “inútil e contestável”, na medida em que “não se vê a quem aproveita a imposição à Mãe de um dever de indemnizar o nascituro que não chega a nascer” e porque “a responsabilização da Mãe perante a pessoa jurídica autónoma do nascituro, nos termos gerais é (...) excessiva”²⁸⁴, concluindo que “[a] Mãe deve ser sempre responsabilizada penalmente por um aborto provocado e também, civilmente, por lesões que provoque intencionalmente ao nascituro. Mas estas serão as «situações-limite» da sua responsabilidade”²⁸⁵.

A propósito da questão ora em apreço, CAPELO DE SOUSA defende que a vida do nascituro concebido é juridicamente tutelada, sendo ilícito e indemnizável o aniquilamento da sua vida, sem prejuízo do disposto no artigo 142.º do Código Penal e na Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril a que já fizemos referência. E afirma ainda o autor que também é tutelada a sua integridade física, por exemplo, em virtude da “danificação da saúde do nascituro em virtude da administração de medicamentos ou drogas lesivas, de infecções provenientes de transfusões de sangue, de agressões directas ou indirectas ao feto, de radiações, etc”²⁸⁶. Refira-se, alias, a este título, que, tendo em conta o desenvolvimento tecnológico presente e futuro, é possível provar, por exemplo, os danos

²⁸¹ RITA LOBO XAVIER, «O Direito Civil e a proteção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português», *Brotéria, Cultura e Informação*, vol. 147, p. 80.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Idem*, pp. 80 e 81.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Idem*, pp. 162 e 163.

físicos sofridos pelo feto em virtude de agressões externas imputáveis a terceiros, desde logo, com a ocorrência do próprio dano da morte.

CASTRO MENDES pugna pela admissibilidade da atribuição de um direito de indemnização a uma criança que nasce defeituosa em virtude de um acidente, sofrido pela sua mãe, aquando a gravidez, por culpa de terceiro²⁸⁷. Por sua vez, PEREIRA COELHO considera que “o nascituro já pode adquirir um *direito de indemnização por danos sofridos antes do nascimento* (em consequência, v.g., de lesão de que a mãe foi vítima no estado de gravidez e de que veio resultar para o filho qualquer deformação física)”²⁸⁸.

MENEZES CORDEIRO defende que “[o] atentado à integridade do nascituro é um ato civilmente ilícito. Saber se o nascituro tem direito a ser indemnizado depende das regras jurídicas da capacidade (...). A ideia básica é a seguinte: se, do atentado, resultar lesão não letal, o próprio nascituro tem o direito, após o nascimento, de ser indemnizado. Se da lesão resultar uma deficiência permanente, tal direito abrangerá os alimentos necessários, devidamente reforçados, ao longo de uma vida”²⁸⁹. Já no caso de a lesão ser a morte, refere o autor que, não havendo nascimento, o nascituro não tem direito a qualquer indemnização, havendo apenas um direito de indemnização por danos não patrimoniais atribuído aos pais pelo dano do sofrimento pela morte do filho que não chegou a nascer²⁹⁰.

A jurisprudência portuguesa, durante anos a fio, entendeu não ser viável reconhecer ao feto um direito à vida suscetível de gerar um direito a indemnização, na medida em que o nascituro pereceria antes de ser pessoa em sentido jurídico, não podendo, assim, vir a adquirir qualquer direito. Neste sentido o acórdão do STJ de 23.5.1985²⁹¹, em que o STJ, contrariamente ao decidido nas Instâncias, decidiu que, em virtude da morte de um feto em consequência de um acidente de viação que atingiu uma mulher grávida de 6 meses, o direito a indemnização só abarcaria o desgosto causado pela perda do filho que a mulher esperava e não o dano da perda da vida do feto em si mesmo, o qual não seria passível de ser indemnizado.

Atente-se, ainda, à posição perfilhada no acórdão do STJ de 21.9.2006²⁹² onde se referiu que: “muito se estranha a alegação de danos sofridos pelo feto que a vítima carregava, uma vez que é sabido que a personalidade jurídica, e, logo, a capacidade de

²⁸⁷ CASTRO MENDES, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I*, AAFDL, Lisboa, 1978, p. 108

²⁸⁸ PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, ob. cit., p. 188, nota 139.

²⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. IV*, ob. cit., p. 355.

²⁹⁰ *Idem*, pp. 355 e 356.

²⁹¹ Publicado no *BMJ*, n.º 347, p. 398.

²⁹² Processo n.º 06P1575, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.4.2015.

gozo de direitos apenas se adquire no momento do nascimento completo e com vida (cfr. artigo 66.º, n.º 1 do CC) o que não sucedeu na presente hipótese. Além disso, os próprios direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem sempre do seu nascimento (cfr. artigo 66.º, n.º 2 do CC), não podendo aqui ser convocados. Daí que no caso em apreço nenhuma indemnização pudesse ser fixada neste âmbito”, afirmando-se ainda que “a mãe portadora do feto é que teria eventualmente direito a ser indemnizada pelo dano por ela sofrido com a representação ou sentimento (físico e psicológico) do sofrimento e da morte do nascituro”.

Em igual sentido um acórdão do STJ de 9.10.2008²⁹³ que, em caso similar, apenas atribuiu indemnização pela dor, angústia, tristeza que a ré sofreu e iria sofrer em consequência da perda do filho. Este acórdão contou, no entanto, com o voto de vencido do Conselheiro SANTOS BERNARDINO, que considerou que “mesmo que se aceite que, face ao artigo 66.º já citado, o nascituro concebido não tem personalidade jurídica plena, ele é, para efeitos do artigo 70.º, um ser humano, que, mesmo antes de nascer e após a conformação dos diversos órgãos, *«tem movimentos, ouve, vê, sente, dorme e sonha»*, é *«uma criança em gestação»*, que tem direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, conseqüentemente, a não ser ofendido ou ameaçado na sua vida e na sua saúde – só sendo possível uma proteção jurídica eficaz e completa dessa personalidade do concebido através da tutela geral conferida por este último preceito, reputando a vida intrauterina como um bem jurídico autónomo. E assim, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo 70.º, as ofensas ou as simples ameaças de ofensa à personalidade física ou moral do nascituro podem ser combatidas através do pedido das providências adequadas às circunstâncias do caso (...); e podem gerar, nos termos da 1ª parte do mesmo preceito, responsabilidade civil, desde que delas tenham resultado danos na personalidade do nascituro e se verifiquem os demais pressupostos, dando lugar, em tais casos, a obrigações de indemnização. Desde logo, *«é tutelável a vida do nascituro concebido, sendo ilícito e indemnizável o aniquilamento da sua vida, fora dos casos admitidos taxativamente de interrupção de gravidez fundada em justa e tempestiva indicação legal»*²⁹⁴. A morte do nascituro confere, pois, direito de indemnização, desde que verificados os pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito (ou pelo risco)”.

²⁹³ Processo n.º 07B4692, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.4.2015.

²⁹⁴ CAPELO DE SOUSA, citado no voto de vencido do Conselheiro SANTOS BERNARDINO.

Assim, no entender de SANTOS BERNARDINO “ a autora recorrente tem direito a reclamar indemnização, não apenas pelos danos não patrimoniais consubstanciados no desgosto, angústia e tristeza que sofreu pela perda do filho – indemnização que, aliás, lhe foi concedida (...) - mas também pelo dano da supressão da vida daquele. (...) O n.º 2 do artigo 496.º do CC, na sua referência inicial («Por morte da vítima»), inclui, não só na letra, sim também no seu espírito, a morte do ser humano concebido. Por isso, este dano – o dano da supressão da vida do filho nascituro da autora recorrente – é um dano direta e autonomamente indemnizável. Só por esta via o ordenamento jurídico assume totalmente a jurisdicionalização do mais importante dos bens jurídicos, o bem «vida». A assim não ser entendido – e a ter-se por certo que naquele n.º 2 (e no subsequente n.º 3), o legislador apenas previu a morte do ser humano nascido e com vida – estaríamos perante uma lacuna da lei, um caso omissio: a ausência de regulamentação jurídica para a situação de ofensa, ilícita e culposa ou objetiva, do bem jurídico da vida intra-uterina”. E conclui, no seu voto de vencido, que “seria, ademais, estranho e contraditório que fossem indemnizáveis os danos à integridade física do concebido, quando este venha a nascer com vida – o que a generalidade da doutrina e a mais recente jurisprudência vêm afirmando sem reservas – e não o fosse o dano da sua morte (...). Só por puro preconceito se pode justificar esta diferença de tratamento”.

JOÃO CURA MARIANO entende que “não é absolutamente necessário o reconhecimento da titularidade pelo nascituro concebido de um direito à vida para que o direito civil atribua um direito à indemnização pela morte do nascituro imputável a terceiro”, referindo a título de exemplo, o disposto no artigo 71.º, n.º 2, que ao remeter para o art. 70.º, n.º 2 do CC, é visto como conferindo um direito de indemnização por ofensa aos direitos de personalidade de pessoas já falecidas²⁹⁵. O autor refere também que as decisões do STJ que entendiam não ser possível reconhecer ao feto um direito à vida suscetível de dar origem a indemnização se traduziam num défice de proteção que viola o princípio da suficiência da tutela, na medida em que haveria uma insuficiência de meios jurídicos que tutelam a vida intrauterina, pelo que a intervenção do instituto da responsabilidade civil se afiguraria aqui nitidamente necessária²⁹⁶.

²⁹⁵ JOÃO CURA MARIANO, “A Indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 105.

²⁹⁶ *Idem*, pp. 103 e 104..

Ora, hoje em dia, a jurisprudência já tem decidido no sentido de considerar indemnizável o dano da morte do nascituro já concebido, como é disso exemplo o acórdão da Relação de Coimbra de 29.1.2013 em cujo sumário pode ler-se: “I – É indemnizável a perda do direito à vida do nascituro já concebido, nos termos do art.º 496.º n.º 2 do C. Civil”²⁹⁷.

No que respeita à tutela da personalidade moral do nascituro concebido, há quem entenda que devem ser “civilmente indemnizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido”, tal como deve consagrar-se alguma proteção ao espaço e às fontes vitais do nascituro, devendo ser objeto de indemnização os maus tratos aos seus pais de que resultem lhe resultem danos²⁹⁸. Ora, aqui, inclui-se, naturalmente, a compensação a atribuir pelos danos não patrimoniais próprios sofridos pelo nascituro em virtude da morte do seu progenitor antes do seu nascimento completo e com vida. E é esta a questão central da presente dissertação.

²⁹⁷ Processo n.º 475/04.9TBANS.C1, disponível em www.dgsi.pt, consultada em 20.3.2014.

²⁹⁸ CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob cit., p. 163.

8. O NASCITURO CONCEBIDO COMO BENEFICIÁRIO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS PRÓPRIOS SOFRIDOS COM A MORTE DO SEU PROGENITOR

A questão que se coloca em sede do presente capítulo é a de saber se o filho concebido, mas ainda não nascido à data da ocorrência da lesão, poderá ter direito a uma compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu progenitor, direito radicado nos sofrimentos e privações que o nascituro irá sentir ao longo da vida pelo facto de jamais ter chegado a conhecer o pai, vendo-se impedido de partilhar da sua companhia e afeto e sentindo-se desamparado de conselhos e proteção.

É esta a questão central do presente estudo, sobre a qual se reconhece não existir, ainda, qualquer consenso doutrinário ou jurisprudencial. Assim, para aferir desta problemática iremos aludir às posições doutrinárias que se tem debruçado sobre estas temáticas e fazer referência à posição que os tribunais têm tomado quando lhes são suscitadas questões desta natureza. Só com essas referências nos será permitindo, depois de analisar todos os argumentos apresentados, formular a nossa própria convicção.

8.1 ANÁLISE DOUTRINAL

O Juiz Desembargador AMÉRICO MARCELINO considera que a indemnização por danos não patrimoniais só ocorre em raras situações, sendo que “[o] n.º 1 do artigo 496.º é o grande crivo dos casos admissíveis”²⁹⁹. Assim, segundo o autor, se o nascituro não é contemplado como titular do direito à indemnização por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu progenitor é porque assim o legislador o quis³⁰⁰. Na opinião do referido Juiz Desembargador, o legislador não entende como razoável atribuir uma indemnização a todos quantos tenham sofrido com a morte da vítima, e ao não incluir o nascituro como um dos possíveis beneficiários dessa indemnização o fez voluntariamente, por entender que essa seria a solução mais razoável. Portanto, para o referido autor “o silêncio” do legislador é propositado. Acrescenta, *inclusive*, o autor, que esta prudência do legislador em deixar propositadamente de fora os nascituros se deve ao facto de também o embrião congelado ou o sémen depositado num banco de esperma serem igualmente potenciais nascituros que assim também aspirariam à referida

²⁹⁹ AMÉRICO MARCELINO, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 12.ª edição revista e ampliada, Petrony Editora, 2013, p. 385.

³⁰⁰ *Ibidem*.

indenização³⁰¹. Conclui, assim o autor que “«filho» (o termo usado no art. 496.º-2) é...filho, categoria jurídica bem distinta do « nascituro», ou seja, um sujeito de direitos e obrigações, nos precisos termos em que o art. 66.º o estatui”³⁰².

Pelo contrário, MENEZES CORDEIRO defende que “o nascituro é, seguramente «filho»: seja biológica, seja ética, seja civilmente. Quando o artigo 496.º, n.º 2 contempla os «filhos» nenhuma razão há para excluir os nascituros”.³⁰³ E, a este propósito, invoca um lugar paralelo do direito onde se reconhece ao nascituro uma pensão pela morte do pai em acidente de trabalho – artigo 57.º, n.º 1, al. c) da Lei 98/2009 de 4 de setembro.

ABRANTES GERALDES, por sua vez, considera que “ainda que a personalidade jurídica apenas surja com o nascimento, o feto já é merecedor de tutela jurídica que, no plano do direito civil, abarca o direito de indenização por danos morais decorrentes da morte do pai, a par da quota-parte na indenização pelo dano-morte”³⁰⁴.

A este propósito também ARMANDO BRAGA escreveu que “o nascituro não pode deixar de ser indenizado pelos danos morais resultantes da morte de ambos ou de um dos progenitores. A lei refere-se a «filhos», não distinguindo entre filhos nascidos e não nascidos, pelo que não vislumbramos fundamento para excluir estes últimos”³⁰⁵, acrescentando que “o menor privado de apoio afetivo de um ou de ambos os pais, sofre danos morais de gravidade relevante que o atingirão em todas as esferas da sua vida”.

Também PINTO DE ALMEIDA defende que “ocorrido o nascimento completo e com vida (artigo 66º, n.º 2), o nascituro passa a ter personalidade jurídica e direito a ter um pai; e que o nascimento da criança já sem pai se traduz numa perda irremediável, sempre presente na sua vida. Daí que os nascituros devam ser incluídos entre os beneficiários expressamente referidos no artigo 496.º, n.º 2”³⁰⁶.

³⁰¹ *Ibidem*. Não podemos concordar com esta visão, desde logo porque ser «potencial nascituro» é bem diferente de ser um «nascituro concebido», e o «sémén depositado num banco de esperma» não tem vida humana, logo não se trata de um nascituro. Poderá vir a ser mas nesse momento ainda não o é.

³⁰² *Idem*, p. 386.

³⁰³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV – Parte Geral. Pessoas*, ob. cit., p. 370.

³⁰⁴ ABRANTES GERALDES, *Temas da Responsabilidade Civil, II Volume – Indemnização dos Danos Reflexos*, ob. cit., p. 24.

³⁰⁵ ARMANDO BRAGA, *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, ob. cit., pp. 187 e 188.

³⁰⁶ PINTO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil Extracontratual* (Texto apresentado pelo Desembargador no dia 2 de março de 2010 no Curso de Especialização Temas de Direito Civil, organizado pelo CEJ).

8. 2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A proteção jurídica concedida ao nascituro por danos não patrimoniais sofridos pela ocorrência da morte do seu progenitor foi firmada, pela primeira vez, entre nós por meio de um acórdão pioneiro do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.1.1977³⁰⁷. Aí o Tribunal concedeu a um jovem que nascera 6 dias depois da morte do seu progenitor num acidente de viação, uma indemnização fundada no facto de o menor ter ficado privado de amparo moral e proteção, orientação e carinho que o pai lhe poderia prestar ao longo da sua vida.

No entanto, anos mais tarde, o Tribunal da Relação do Porto, por meio de um acórdão de 13.4.1989³⁰⁸, veio negar a um nascituro o direito à compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai, por considerar que este, na qualidade de nascituro, não tem personalidade jurídica e, portanto também não tem direito a qualquer compensação por danos morais próprios já que não era nascido à data da morte do seu progenitor. Acrescenta ainda a Relação, no mencionado Acórdão, que se a lei quisesse reconhecer direitos aos nascituros por danos morais o teria feito explicitamente, à semelhança do que já acontece noutras disposições legais, como é o caso dos direitos reconhecidos nos artigos 952.º, 1855.º, 1878.º e 2240.º todos do Código Civil. No entanto, no mesmo acórdão, o tribunal reconhece que o nascituro poderia ser titular do direito à indemnização por danos não patrimoniais mas tão só a título sucessório, por aplicação dos artigos 496.º, n.º 3 [atual, n.º 4], 2024.º e 2015.º do Código Civil, pelo que se os danos não patrimoniais da vítima mortal se transmitirem por essa via, sempre o nascituro poderia receber uma indemnização como seu sucessor³⁰⁹.

O mesmo Tribunal – Relação do Porto – voltou a pronunciar-se relativamente à questão aqui suscitada por Acórdão de 30.3.2000, reconhecendo, agora que “ [o] artigo 496.º, n.º 2 do Código Civil, ao atribuir aos filhos direito a indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima, engloba neles os nascituros. Assim, o nascituro tem o direito a danos morais pela morte do pai em acidente de viação, desde que se venha a verificar o condicionalismo do artigo 66.º, n.º 2 do Código Civil”³¹⁰.

³⁰⁷ *CJ*, II (1977), 1, pp. 191 e ss.

³⁰⁸ Processo 0023761, disponível em *CJ*, XIV, 1989, pp. 221 a 223.

³⁰⁹ Esta posição foi amplamente criticada pela Doutrina, considerando, por exemplo, CAPELO DE SOUSA que foi “violado o direito ao desenvolvimento da personalidade do concebido, enquanto manifestação do direito geral de personalidade do concebido” (CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob cit., p. 164).

³¹⁰ Processo n.º 0030427, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2014.

No sentido da atribuição de um direito à indemnização ao nascituro por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai pronunciou-se também o Tribunal da Relação de Lisboa em acórdão de 12.6.2002³¹¹, no qual se estabelece que “[n]ada obsta à atribuição a um filho já concebido, mas ainda não nascido, de uma indemnização que o possa ressarcir do prejuízo que lhe foi causado pela circunstância de não poder gozar da presença e afeto que o pai, falecido em acidente de viação, lhe dispensaria”. No mesmo sentido um acórdão do TRP de 24.1.2006³¹² onde se refere que “o nascituro encontra-se incluído na previsão contida no artigo 496.º do CC pelo facto de ter de ser considerado herdeiro da vítima (falecida depois da concepção e antes do nascimento). Tem também um direito próprio a ser indemnizado pelo facto de não ter podido conhecer o próprio pai do qual foi prematuramente privado”.

De igual modo, o STJ, em acórdão de 8.5.2008³¹³, veio considerar que os danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro em virtude da morte do seu pai são graves e “como tais, merecedores da tutela do direito”, afastando-se da decisão proferida pela Relação, cujo entendimento era o de que “tendo a morte do pai da autora ocorrido antes do nascimento desta, não pode na mesma ter provocado um sentido de perda, de dor, de desgosto, semelhante àquele que existirá numa criança que tenha convivido com o pai, que tenha com ele estabelecido laços afetivos e venha a aperceber-se que nunca mais o verá”. O entendimento perfilhado pelo STJ neste acórdão foi o de que “serão desgostos bem diferentes (...), o sofrido pela perda do progenitor que bem se conhecia, que se estimava e em quem se via, em princípio, um inestimável e inesquecível apoio ou aquele outro trazido pela ausência do progenitor, que nunca se chegou a conhecer, com as inerentes angústias que advirão de tal irreversível vazio que também, com certeza, perdurará pela vida fora”.

No entanto, em acórdão de 17.02.2009³¹⁴, face a um pedido de condenação no pagamento de uma indemnização, por danos não patrimoniais próprios sofridos em consequência da morte do seu progenitor num acidente de viação, não sendo, nessa data, o autor ainda nascido, o STJ entendeu que “[b]aseando-se a responsabilidade civil numa violação ilícita do direito de outrem e, portanto, pressupondo uma personalidade contemporânea da lesão, não havendo ainda terceiro, no momento da prática do facto

³¹¹ Processo n.º 0076023, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2014.

³¹² Apelação n.º 5962/05-2ª, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2014.

³¹³ Processo n.º 08B726, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2014.

³¹⁴ Processo n.º 08A2124, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

ilícito, nenhum dever de indemnizar se formou, não sendo o eventual e posterior nascimento da pessoa que pode fazer radicar na mesma um crédito indemnizatório e constituir o infrator no dever de o satisfazer. O nascituro não é titular originário de um direito de indemnização, por danos não patrimoniais próprios, provenientes da morte de seu pai, em consequência de facto ilícito ocorrido antes do seu nascimento, à margem do fenómeno sucessório da herança da vítima³¹⁵, direito esse que apenas é reconhecido aos filhos, e estes, na aceção legal, são, tão-só, os nascidos com vida e que existam, à data da morte da vítima. O facto gerador do alegado direito próprio do autor menor consiste na morte da vítima do acidente de viação, seu pai, ocasião em que aquele, ainda nascituro, não estava em condições de adquirir esse direito, por não dispor de personalidade jurídica, nem o tendo adquirido, aquando do seu nascimento, embora, então, já tivesse personalidade jurídica, por não haver lei que lho reconhecesse, à data do acidente".

O STJ refere ainda que, ao contrário do que tem sido defendido, este entendimento não viola o princípio constitucional da igualdade, em que seriam colocados os descendentes do mesmo grau de idêntico progenitor, justificando que “o princípio constitucional da igualdade significa, de acordo com o estipulado pelo artigo 13º, n.º 1, da Constituição da República, que «todos os cidadãos...são iguais perante a lei»; porém, o princípio da igualdade não proíbe o estabelecimento de distinções, não aponta no sentido igualitarista, exigindo, tão-só, que se tratem por iguais situações, substancialmente, iguais, mas que situações, subjetivamente, diferentes sofram tratamento diverso, embora, proporcionalmente, diferente, tudo estando em saber, para aferir do alcance do princípio, se, ao estabelecer a desigualdade de tratamento em causa, o legislador respeitou os limites à sua liberdade conformadora ou constitutiva, de modo a que a desigualdade não se baseie num fim, constitucionalmente, impróprio. Ora, a desigualdade do tratamento normativo entre filhos e nascituros tem como fronteira e razão determinante o acontecimento mais marcante do ser humano, que é o seu nascimento. E se é certo que o nascimento tem uma origem, não é menos verdade que ele é o princípio da existência do homem enquanto pessoa, e a razão do reconhecimento da sua personalidade jurídica”. Conclui, assim, o STJ que “não são, pois, violadoras do princípio

³¹⁵ A questão em causa tem que ver com os danos não patrimoniais próprios eventualmente sofridos pelo nascituro em virtude da morte do pai e não com o dano da morte em sentido estrito. Quanto a este último, o STJ entendeu que o “respetivo direito compensatório deve ser integrado no património desta [da vítima], a transmitir por via hereditária”. E, assim, o autor, nascituro, assumindo a posição de herdeiro da vítima, seu pai, já seria beneficiário das indemnizações compensatórias decorrentes da sua morte.

da igualdade constitucional as distinções que a lei, a propósito dos filhos e dos nascituros, consagrou no ordenamento jurídico”.

Mas não pode deixar de citar-se, dada a sua indiscutível pertinência, o douto voto de vencido do Conselheiro MÁRIO CRUZ neste acórdão. O vencido começa por referir estar “do lado daqueles que sustentam que o nascituro tem também um direito próprio a ser indemnizado por esses danos não patrimoniais, pois é inquestionável que é ele mesmo que vai sentir a dor ou a mágoa de alguém lhe haver tirado o direito a crescer com um pai ao seu lado” começando por justificar a sua posição no facto de, embora reconhecendo que a lei enuncia casos específicos em que reconhece direitos aos nascituros, considerar que o faz por razões que nada têm que ver com a intenção de “afastar, por exclusão de partes, a possibilidade de aplicação aos nascituros (entretanto nascidos com vida) dos direitos que na lei surgem como próprios dos filhos, ou de negar aos nascituros, por via legislativa, um dado incontornável da ciência – que se traduziria numa blasfémia – ou seja, o de pretender negar que o nascituro não sofre nem vai sofrer ao longo da vida danos não patrimoniais, por alguém, culposamente, ter tirado a vida ao pai”.³¹⁶ Refere ainda, para sustentar a sua posição, que “não se mostraria adequada ao reconhecimento do direito à identidade pessoal qualquer distinção entre ser apenas nascituro (ainda sem personalidade jurídica, mas já protegido) ou ser já filho, porque o filho já foi nascituro, e porque o nascituro que nasça com vida será filho de quem o gerou” e que “o artigo 26.º da Constituição dá-nos o necessário suporte à tese sustentada, reconhecendo que todos têm direito à identidade pessoal, concretizada em diversas vertentes, das quais há a destacar o direito à historicidade genética, pessoal, educacional e familiar. O «roubo» da vida de um dos progenitores é uma ofensa, fortemente limitativa desse direito” na medida em que, embora o recém-nascido não chegue a emocionar-se com a perda do pai porque ainda não tem racionalidade, nem por isso deixará de sentir a sua perda, permanentemente, ao longo da vida”.

Por outro lado, refere o vencido, a relação entre causa e efeito “não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, podendo vir a verificar-se ao retardador. O que interessa é que exista esse *nexo umbilical*, de forma a que possa determinar-se que o efeito (leia-se aqui dano não patrimonial ao longo da vida por crescer

³¹⁶ Segundo o vencido “fá-lo pela necessidade de salvaguardar a atribuição deles ao efetivo nascimento completo e com vida; fá-lo porque há necessidade de distinguir nascituros e conceturos; fá-lo porque vê necessidade de distinguir entre situações decorrentes de sucessão legítima e testamentária; fá-lo porque pretende limitar o âmbito de doações, etc..etc”. Em igual sentido o Acórdão da Relação do Porto de 24.1.2006, apelação n.º 5962/05-2ª, disponível em www.dgsi.pt que obteve confirmação do STJ.

sem pai) ocorreu devido à ocorrência de um evento causado por terceiro em violação de um direito. O desenvolvimento da personalidade, não estaria a ser cumprido, se porventura interpretássemos o artigo enunciado de uma forma discriminativa, castrada, limitativa e sem razão, atribuindo o direito de indemnização por danos não patrimoniais aos filhos que já tenham nascido e não reconhecendo esse mesmo direito a quem, por maior azar, já esteja concebido mas ainda não tenha atingido esse estado físico, ainda que comungando da mesma fonte identitária ou genética da personalidade progenitora. Violaria, por outro lado também, o direito constitucional da igualdade em que seriam colocados os descendentes no mesmo grau, do mesmo progenitor, relativamente ao enunciado direito, sendo certo que tanto um como outro provêm das mesmas pessoas e que a identidade física do filho nascido é a mesma do filho antes gerado (nascituro) enquanto encerrado no ventre materno, e que se desenvolve ininterruptamente desde a concepção. De trazer à colação os artigos 24.º, 25.º e 13.º da Constituição, que, em nosso entender, apoiam claramente a posição aqui sustentada”. Assim, não parece haver razão para restringir a interpretação do n.º 2 do artigo 496º do CC, excluindo do conceito de “filhos”, os nascituros. Defender o contrário seria, no entender do Conselheiro Mário Cruz, “uma discriminação intolerável”.

Também o Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 21.2.2013³¹⁷, negou ao nascituro a atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais por morte do seu progenitor. A questão que se discutia era a de saber em que medida é que uma nascitura poderia ter direito a uma compensação por danos não patrimoniais próprios sofridos por morte do seu progenitor, tendo vindo a nascer 18 dias depois do fatídico acontecimento. Ora, na sua decisão, refere o TRP que a grande questão a discutir neste caso é a de saber se “para efeitos da atribuição de indemnização por danos não patrimoniais, nos termos do disposto no art.º 496º, n.º 1, do CC, deve atender-se igualmente ao sentimento de privação eventualmente sofrido pelo filho da vítima nascido após o falecimento desta”. E entendeu o Tribunal que “fora das situações em que a lei expressamente reconhece a atribuição de direitos aos nascituros, só com o nascimento completo e com vida se poderá falar em sujeitos titulares de direitos. Consequentemente não poderá reconhecer-se à autora D a titularidade de um direito à indemnização por dano não patrimonial decorrente da morte do seu pai, uma vez que quando aquela morte – facto gerador do direito à indemnização – ocorreu, a mesma ainda não era nascida”. Além disso, entendeu o tribunal, o facto de o

³¹⁷ Processo n.º 436/07.6TBVRL.P1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20.3.2015.

n.º 2 do art. 66.º do CC reconhecer alguns direitos aos nascituros não têm aqui qualquer relevância, uma vez que se trata de uma norma excecional, devendo o art. 496.º, quando se refere aos filhos como titulares do direito à compensação, ser interpretado no sentido de abranger apenas os filhos já nascidos.

No entanto, este caso chegou à apreciação do STJ que, por acórdão de 3.4.2014³¹⁸, contrariamente ao que havia sido decidido na primeira instância e na Relação³¹⁹, decidiu que “os danos não patrimoniais decorrentes da morte do seu pai, traduzidos na falta deste, quer durante o período final de gestação (18 dias que antecederam o seu nascimento), quer depois de nascer, efeito indiscutível do acidente que vitimou aquele progenitor, ceifando-lhe a vida, constituem danos psíquicos merecedores de compensação”.

No referido acórdão, o STJ alude aos fundamentos que, em abono da tese adversa, fundamentam a negação da compensação por danos não patrimoniais ao nascituro decorrente da morte do seu progenitor, refutando-os. Refere-se à exigência de contemporaneidade da personalidade com a lesão e, neste sede, explica que nos Estados de Direito contemporâneos “é hoje cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização criminal dos agentes cujos actos se produzem a longo prazo, desde a transmissão de doenças cujos efeitos patológicos se manifestam anos depois, como no caso das infeções por *HIV*, como nos casos de ocorrência de catástrofes cujos efeitos nocivos se revelam depois de longo tempo, como de traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distancia cronológica da conduta traumática. A grande dificuldade que estas situações comportam diz respeito à prova da conexão causal concreta, dado que podem ter, entretanto, ocorrido outros fatores causais, mas não ao estabelecimento racional da relação de causalidade adequada entre a conduta ilícita e o dano”³²⁰. Em segundo lugar refere que “entre a data do fatídico acidente

³¹⁸ Processo n.º 436/07.6 TBVRL.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 22.4.2014.

³¹⁹ A primeira instância reconheceu à nascitura um direito a indemnização por danos patrimoniais mas já não lhe reconheceu qualquer compensação a título de danos não patrimoniais, posição que, nesta parte, o Tribunal da Relação manteve. Fundamentaram a sua decisão no facto de a nascitura, por não ter ainda nascido, não ter personalidade jurídica nos termos definidos no artigo 66.º, n.º 1 do CC, questão que já anteriormente exploramos. Ora, se não tem personalidade jurídica também não poderia adquirir qualquer direito a uma compensação por danos não patrimoniais em virtude da morte do seu progenitor. Aliás, o artigo 496.º deveria ser interpretado, na parte referente aos filhos, no sentido de abranger apenas os filhos já nascidos.

³²⁰ Faz-se referencia, neste acórdão, ao escrito por MARIA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo*, Tirant lo Blanch, Valência, 1988, pp. 11 e 12, que passamos a citar: “para além das hipóteses que coloca a eventual responsabilidade do transmissor do *HIV*, quando a vítima morre ou desenvolve a enfermidade transcorridos vários anos desde o contágio, a peculiar morfologia dos processos causais dilatados no tempo, apresenta-se nos mais variados âmbitos. Basta pensar nos casos em que uma primeira lesão grave – por exemplo, um estado de coma devido a um acidente de trânsito – determina, anos depois, a morte da vítima; ou nas lesões e mortes provocadas por defeitos de construção decorridos vários anos após o fim das obras. (...)”

que ceifou a vida do pai da DD e o nascimento desta, decorreram apenas 18 dias, o que torna irrelevante a questão da falada contemporaneidade”. A este respeito, o STJ chama a atenção para o que havia sido defendido pelo Exmo. Conselheiro Mário Cruz no seu voto de vencido, a que já aludimos, segundo o qual o que interessa é a existência de “um nexo umbilical” de forma a determinar-se que o efeito que para o nascituro terá o facto de crescer sem pai ao longo da sua vida ocorreu devido à ocorrência de um evento causado por um terceiro em violação de um direito.

Coloca-se, depois, a questão de saber em que medida é que se poderia atribuir uma compensação pelos danos não patrimoniais próprios sofridos pelo nascituro por morte do seu progenitor quando este ainda não era nascido. É que, não tendo ainda nascido à data da morte do seu pai, há quem defenda que não tinha personalidade jurídica e, portanto, não poderia ser titular de direitos, que só viria a adquirir após o seu nascimento completo e com vida. E o STJ, embora admita que a lei civil prevê várias normas que reconhecem direitos patrimoniais ao nascituro, entende que isso não é suficiente para reconhecer à menor um direito à compensação por danos não patrimoniais próprios por morte do seu progenitor, na medida em que, considerou este tribunal que “fora das situações em que a lei expressamente reconhece a atribuição de direitos aos nascituros, só com o nascimento completo e com vida se poderá falar em sujeitos titulares de direitos”³²¹.

No entanto, STJ vem, depois, a adotar a posição defendida por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, à qual já fizemos referência, considerando que o artigo 66.º do CC deverá ser interpretado como se referindo à “capacidade genérica de gozo”, a qual se adquire com o nascimento completo e com vida e já não à personalidade jurídica, que é inerente ao ser humano e não depende de qualquer reconhecimento normativo – o que explicaria que o nascituro possua personalidade jurídica plena desde a concepção, mas já não possua capacidade jurídica plena, a qual depende do seu nascimento completo e com vida³²². Refira-se, no entanto, que esta posição tem sido largamente criticada, nomeadamente por entrar frontalmente em colisão com a *litera legis* do n.º 1 do art. 66.º do CC, além de

Também no seio de um âmbito tão actual como o das condutas relacionadas com o ambiente, se realça a importância prática do problema. Basta, para prova disso, a recente ruptura de um reservatório próximo da mina de Boliden, em Aznalcóllar. Para além das consequências imediatas, os ecologistas não hesitaram em qualificar a catástrofe como « bomba tóxica de efeito retardado », já que o lodo derramado continha metais de alta toxicidade que, ao ser ingerido, pode provocar, a longo prazo, malformações nas espécies que pertençam à mesma cadeia trófica de alimentação”.

³²¹ A este propósito, refere-se no acórdão que “não se aceita, com o muito devido respeito, a tese que sustenta, com base no estipulado pelo artigo 496.º, n.º 2, do CC, que o legislador, ao falar nos «...filhos...», quis referir-se, indistintamente, a todos eles, sem excluir os nascituros”.

³²² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., e do mesmo autor, *Direito de personalidade*, ob. cit.

grande parte da doutrina considerar que não se pode possuir personalidade jurídica e não possuir capacidade jurídica, como melhor veremos adiante.

E conclui o STJ que “[s]endo os danos não patrimoniais sofrimentos ou lesões de natureza psico-fisiológica (moral, estética, sensorial, psíquica, etc) são, antes do mais, de ordem ontológica, *rectius*, ôntico-naturalística, logo, não dependem de perspetivação jurídica para a sua existência e, se porventura, o Direito se alhear de tal realidade, tais danos não deixarão de prejudicar o nascituro, independentemente do reconhecimento ou não da sua personalidade, enquanto conceito jurídico. Porém, após o nascimento, eles ganham relevância jurídica que justifica a sua compensação, não perdendo, lógica e naturalmente, a sua proveniência anterior (*natura non fit saltus*), o que assegura também a sua contemporaneidade com o acto lesivo (...)”.

Para finalizar, entendemos ainda imperioso citar outro excerto da fundamentação deste acórdão, que atendemos dever passar a considerar-se um princípio elementar no que respeita a esta matéria: “[r]epugna ao mais elementar sentido de justiça - e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respetivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai”.

Em comentário a este acórdão SÓNIA MOREIRA refere que “[a] decisão final não merece qualquer reparo da nossa parte: estamos profundamente convencidos da sua justeza”³²³. Mas, não obstante, refere que a fundamentação adotada deixa dúvidas. É que o acórdão adotou a posição de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS que, como se referiu, não tem logrado ser acolhida, na medida em que grande parte da doutrina tem entendido que não se pode possuir personalidade jurídica e não se possuir capacidade jurídica³²⁴, pelo que se os nascituros possuem personalidade jurídica também possuem capacidade de gozo desses direitos. SÓNIA MOREIRA considera que a proposta apresentada por CARNEIRO DA FRADA, que já expusemos, parece ser mais interessante pois chega igualmente a uma solução justa, sacrificando o menos possível a letra do artigo 66.º do

³²³ SÓNIA MOREIRA, ob. cit., (no prelo).

³²⁴ Neste sentido HEINRICH EWALD HORSTËR, ob. cit., pp. 170, 308 e 309; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, ob. cit. pp. 30 e 31; CARNEIRO DA FRADA, «A Protecção jus civil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião», ob. cit., pp. 150 e 151.

CC, “permitindo salvaguardar os direitos pessoas fundamentais do nascituro, mesmo que este não chegue a nascer”, embora se questiona como se efetuará a conciliação desta posição com a atual permissão legal do aborto até às 10 semanas de gravidez e com o regime da procriação medicamente assistida³²⁵.

8.3 POSIÇÃO ADOTADA

Quanto a nós, parece-nos completamente descabido de qualquer sentido defender-se que o nascituro não tem direito a ser compensado por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu progenitor apenas e só porque se entenda que este, por não ser nascido à data da ocorrência da lesão de que adveio a morte, não é considerado pessoa jurídica e, como tal, não tem direito a ser indemnizado. Defendemos, portanto, a tese totalmente oposta.

Entendemos que o nascituro sentirá grande sofrimento por não chegar a conhecer o seu progenitor, por se ver privado, desde sempre, do seu acompanhamento, do seu conforto, do seu carinho e dos seus conselhos ao longo de toda a sua vida, pelo que terá necessariamente que ser compensado pela dor sentida em virtude da morte do progenitor. Esta compensação deverá, a nosso ver, ser-lhe atribuída, não pela ocorrência do dano da morte em si mesmo, mas sim pelo sofrimento que este irá sentir ao longo da vida em virtude da ausência do seu pai. Esta é a interpretação que, desde logo, melhor se harmoniza com o disposto no artigo 26.º da CRP que consagra o direito à identidade pessoal e engloba, naturalmente, o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Posto isto, não faz qualquer sentido atribuir um direito indemnizatório por danos não patrimoniais aos filhos já nascidos e já não se reconhecer esse direito ao filho concebido mas ainda não nascido. Assim, ao interpretar a norma do n.º 2 do artigo 496.º do CC, que se refere a filhos, o intérprete não deverá fazer qualquer distinção entre filhos nascidos e nascituros, sob pena de incorrer numa inconstitucionalidade, violando o princípio da igualdade preceituado no artigo 13.º da CRP.

³²⁵ *Ibidem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há responsabilidade civil extracontratual e, como tal, obrigação de indemnizar sempre que se encontrem, à luz do disposto no artigo 483.º do CC, preenchidos os seguintes pressupostos: facto voluntário do agente, ilicitude desse facto, culpa, dano e nexo de causalidade. Porém, quando se trate de responsabilidade pelo risco prescinde-se da culpa e, por vezes, da ilicitude.

A responsabilidade civil extracontratual pode dar origem a uma indemnização por danos patrimoniais ou não patrimoniais. No entanto, durante muitos anos, quanto aos danos não patrimoniais, foram inúmeros os argumentos apresentados no sentido da sua irressarcibilidade. Aliás, só com a entrada em vigor do Código Civil de 1966 é que esta questão deixou de ser suscitada, pois o artigo 496.º do Código Civil passou a prever explicitamente a compensação por danos não patrimoniais. Porém, outras questões se têm suscitado. Uma delas prende-se com a ressarcibilidade pelos danos não patrimoniais decorrentes do dano da morte, consagrada nos números 2, 3 e 4 do artigo 496.º do CC, questionando-se quais são os danos não patrimoniais que devem ser indemnizados em caso de morte e quem são os beneficiários dessa indemnização.

A generalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais têm entendido que, em caso de morte, daí decorrem os seguintes danos não patrimoniais: o dano pela perda da vida em sentido estrito, o sofrimento da vítima entre o facto danoso e a morte (quando esta não seja imediata) e o próprio sofrimento sentido pelas pessoas elencadas nos números 2 e 3 do artigo 496.º do CC. No entanto, entre os defensores deste entendimento, há divergências no que concerne ao dano da perda da vida em si mesmo. Alguma doutrina e jurisprudência tem sufragado o entendimento de que a compensação por esse dano nasce na esfera jurídica do *de cuius* e se transmite aos seus sucessores, nos termos do direito sucessório; outro entendimento é o de que o direito à compensação pelo dano não patrimonial da perda da vida em sentido estrito nasce na esfera jurídica do *de cuius* e se transmite às pessoas mencionadas no artigo 496.º do CC; e, ainda outro é no sentido de que esse direito nasce *iure proprio* na titularidade das pessoas referidas nos números 2 e 3 do artigo 496.º do CC. Não obstante, há ainda quem entenda que o dano da perda da vida não é autonomamente indemnizável, sendo apenas indemnizáveis os danos não patrimoniais sofridos pelos familiares elencados no artigo 496.º do CC pelo sofrimento sentido com a morte da vítima e ainda o sofrimento sentido pelo *de cuius* entre o facto

danoso de que adveio a morte e a própria morte, quando exista um lapso de tempo a mediar esses dois momentos.

É justamente esta última a posição que perfilhamos. Quanto a nós, com a ocorrência do dano da morte surge o direito a uma compensação por danos não patrimoniais próprios na esfera jurídica das pessoas elencadas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do CC, direito esse que não se radica no concreto dano da morte, mas sim nos sofrimentos e privações sentidas e a sentir por aquelas pessoas ao longo da sua vida pelo facto de terem perdido aquele “ente querido”. Poderá ainda haver lugar ao direito à compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo *de cuius* no período que medeia a ofensa e o dano da morte em si mesmo, quando esse lapso temporal exista, direito esse que surge na esfera jurídica do *de cuius* e que depois se transmite nos termos do direito sucessório.

Face a isto, e atendendo ao disposto no n.º 2 do artigo 496.º do CC, coloca-se a questão de saber em que medida é que um nascituro, enquanto tal, poderá ser titular do direito a uma compensação por danos não patrimoniais em virtude da morte do seu progenitor. E para aferir desta questão é necessário saber se a ordem jurídica portuguesa atribui personalidade jurídica ao nascituro e se lhe confere alguma tutela. Ora, se quanto aos conceturos, que traduzem uma mera expectativa de vir a ser gerados, a doutrina e jurisprudência portuguesas têm sido unânimes em afirmar que estes não são pessoas jurídicas e que a sua única “tutela” se prende com algumas garantias patrimoniais que lhes são atribuídas em determinados preceitos legais, quanto aos nascituros concebidos a questão é mais complexa.

À luz do disposto no artigo 66.º do CC, as pessoas jurídicas singulares só adquirem personalidade jurídica no “momento do nascimento completo e com vida”. Face a isto, parte da doutrina e da jurisprudência nacionais têm defendido que o nascituro não é pessoa jurídica mas, não obstante, concedem-lhe alguma proteção jurídica quando este venha a nascer com vida, fundamentando o seu pensamento em diversas teorias - a teoria dos *direitos sem sujeito*, a teoria dos *bens em mero estado de vinculação*, a teoria da *retroação da personalidade*, entre outras -. Por outro lado, há quem entenda, não obstante a previsão normativa do artigo 66.º do CC, que o nascituro, já antes do nascimento, tem personalidade jurídica, limitando-se o “nascimento completo e com vida” a consolidar a personalidade já anteriormente adquirida.

Quanto a nós, e como já fizemos questão de referir, não conseguimos conceber, de forma alguma, a negação de personalidade jurídica ao nascituro concebido. Isto porque, embora o artigo 66.º só atribua personalidade jurídica após o nascimento completo e com

vida, entendemos que a personalidade jurídica das pessoas humanas não pode depender de qualquer reconhecimento normativo, sendo inerente à própria natureza humana. Assim, o início da personalidade jurídica deveria coincidir com o início da personalidade humana e, no nosso entendimento, existe pessoa humana desde a concepção pelo que, a partir daqui também haveria pessoa jurídica.

Posto isto, na esteira do ilustre Professor CARNEIRO DA FRADA, consideramos que de *iure constituto*, a norma do artigo 66.º do CC no que respeita à expressão “nascimento completo e com vida”, deverá ser interpretada não como uma *conditio sine qua non* de aquisição de personalidade jurídica, mas antes como uma condição meramente suficiente, não sendo a via do nascimento a única a permitir o reconhecimento da personalidade jurídica, sendo o mais importante a comprovação da existência de vida humana. Mas o ideal seria a reformulação da norma, de forma a evitar tão divergentes interpretações como até aqui, pelo que, de acordo com a posição já defendida por TIAGO FIGO FREITAS, de *iure constituendo*, propomos a reformulação da norma constante do artigo 66.º do CC nos seguintes termos:

Artigo 66.º (começo da Personalidade)

1. A personalidade jurídica adquire-se no momento da concepção.
2. O momento da concepção é fixado nos termos do disposto nos artigos 1798.º e 1800.º deste diploma.
3. Os direitos patrimoniais que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento completo e com vida.

Há ainda outra questão que tem gerado controvérsia no nosso ordenamento jurídico, que é a de saber se os direitos que estão diretamente consagrados aos nascituros na nossa lei civil estão sujeitos a uma previsão casuística ou se lhes são reconhecidos outros, nomeadamente se lhe é reconhecido o direito a uma compensação por danos não patrimoniais próprios sofridos em virtude da morte do seu progenitor, nos termos do n.º 2 do artigo 496.º do CC. Aliás, a grande questão da presente dissertação é justamente a de saber se o filho concebido, mas ainda não nascido à data da ocorrência da lesão que vem a gerar a morte, poderá ter direito a uma compensação por danos não patrimoniais próprios sofridos decorrentes da morte do seu progenitor, direito radicado no sofrimento e nas privações que o nascituro irá sentir ao longo da vida pelo facto de jamais ter chegado a conhecer o pai, vendo-se impossibilitado de partilhar da sua companhia e afeto.

Não há, no entanto, ainda, qualquer consenso doutrinário ou jurisprudencial na resposta a esta questão, embora o STJ, por acórdão proferido a 3.4.2014, e contrariamente às decisões proferidas na 1.ª instância e na Relação, se tenha pronunciado no sentido da atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro que perdeu o seu pai num acidente de viação, em virtude da falta que este fez, quer durante o período de gestação, quer depois de nascer, efeito indiscutível do acidente.

Quanto a nós, como não poderia deixar de ser, e à semelhança da posição sustentada no referido acórdão, entendemos que o nascituro sentirá obviamente, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, um grande sofrimento por não chegar a conhecer o seu progenitor, por se ver privado, desde sempre, do seu acompanhamento, do seu conforto, do seu carinho e dos seus conselhos ao longo de toda a sua vida, pelo que terá, necessariamente, que ser compensado pela dor sentida em virtude da morte do seu progenitor. Além disso, não faria qualquer sentido, por exemplo, conceder uma compensação por danos não patrimoniais sentidos em virtude da morte do pai ao filho já nascido e não a conceder a um filho em gestação. Esta é, aliás, a interpretação que melhor se harmoniza como o disposto nos preceitos civis e constitucionais, nomeadamente nos artigos 70.º do Código Civil e 13.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, PINTO DE

- *Responsabilidade Civil Extracontratual* - Texto apresentado pelo Exmo. Senhor Desembargador Dr. Pinto de Almeida no dia 02 de Março de 2010 no Curso de Especialização Temas de Direito Civil, organizado pelo CEJ, disponível em http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/pintoalmeida_respcivilextracontratual.pdf, consultado em 16.4.2015

ANDRADE, MANUEL DE

- «Esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família – Na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, dos direitos de personalidade, ao domicílio», *BMJ*, n.º 102, Janeiro de 1961, pp. 153 a 166

- *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I – Sujeitos e Objecto*, Almedina, Coimbra, 1997

ASCENSÃO, OLIVEIRA

- *Direito civil - Teoria Geral, Volume I, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

- *Direito Civil. Sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

BERNARDO, JOÃO LUÍS MARQUES

- «A Indemnização Pela Perda do Direito à Vida», in *O Dano na Responsabilidade Civil*, CEJ, Ebook outubro de 2014, pp. 75 a 84 (disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/O_Dano_Responsabilidade_Civil.pdf, consultado em 8.4.2015)

BOTELHO, CATARINA SANTOS

- «Comentário ao art. 66.º do CC», in *Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (coord) – Comentário ao Código Civil (Parte Geral)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014

BRAGA, ARMANDO

- *A reparação do dano corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2005

CAMPOS, DIOGO LEITE DE

- «A indemnização do dano da morte», *Separata do vol. L do BFDUC (1974)*, Coimbra, 1975 (disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/aindemnizacaododanodamorte.pdf>, consultado em 23.8.2015)

- «O Estatuto Jurídico do Nascituro», *ROA*, Ano 56, Vol. III, Dezembro de 1996, pp. 877 a 886

- «Os danos causados pela morte e a sua indemnização» in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III – Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 133 a 137

CAMPOS, DIOGO LEITE DE e MESTRE STELLA BARBAS

- «O início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica», *ROA*, ano 61, vol. III, Dezembro de 2001, pp.1257 a 1268

CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE

- «O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 635 a 644

- *Bioética, Pessoa e direito (Para uma Recapitulação do estatuto do embrião humano)*, §12, pp. 9 e ss (disponível em www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf, consultado em 3.4.2015)

COELHO, PEREIRA

- *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974 atualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- *Tratado de Direito Civil, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, 4.^a edição reformulada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012

- *Tratado de Direito Civil, IV - Parte Geral. Pessoas*, 3^a edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA

- *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12^a edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2014

DIAS, PEDRO BRANQUINHO FERREIRA

- *O Dano Moral. Na Doutrina e na Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2001

DINIS, J.J. SOUSA

- «Responsabilidade Civil e Avaliação do Dano Corporal», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano IX, n.º 10, Edição APADAC - Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Coimbra, Novembro de 2000, pp. 81 a 92.

FARIA, JORGE LEITE RIBEIRO DE

- *Direito das Obrigações*, I Volume, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003

FERNANDES, LUÍS CARVALHO

- *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a edição revista e atualizada, *Quid Juris* – Sociedade Editora, Lisboa, 2012

- *Teoria Geral do Direito Civil - Volume I – Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.^a edição revista e atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

FERREIRA, DIAS

- *Código Civil Portuguez Annotado*, volume I, Imprensa Nacional, Lisboa 1970, (disponível em http://purl.pt/12145/4/sc-2282-v/sc-2282-v_item4/sc-2282-v_PDF/sc-2282-v_PDF_24-C-R0150/sc-2282-v_0000_capa-capa_t24-C-R0150.pdf, consultado em 5.2.2015)

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA

- «A proteção jus-civil da vida pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião», *ROA*, ano 70, 2010, vol. I a IV (disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112751, consultado em 31.1.2015)

- «Nos 40 anos do Código Civil Português. Tutela da personalidade e dano existencial», *Themis (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)*, 2008, Edição Especial, pp. 47 a 68.

FREITAS, TIAGO FIGO

- *Tutela Civilística da Vida Pré-Natal – O conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES

- *Temas da Responsabilidade Civil, II Volume. - Indemnização dos Danos reflexos*, Almedina, Coimbra, 2005

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA

- *Tratado de Direito Civil: em Comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929

- *Tratado de Direito Civil: em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XII, Coimbra Editora, Coimbra, 1938

HÖRSTER, HEINRICH EWALD

- *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 7.^a reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014

JUSTO, SANTOS

- *Direito Privado Romano - Vol. I (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 5.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

KASER, MAX

- *Direito Privado Romano*, 2.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011

LEITÃO, MENEZES

- *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014

LUCENA, DELFIM MAYA DE

- *Danos Não Patrimoniais. O Dano da Morte*, Almedina, Coimbra, 2006

MARCELINO, AMÉRICO

- *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*, 12ª edição revista e atualizada, Petrony, Lisboa, 2013

MARIANO, JOÃO CURA

- «A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge Miranda, Vol. II – Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Editora, Coimbra, 2012, pp. 93 a 112

MARQUES, DIAS

- *Teoria Geral de Direito Civil*, Lições ao Curso de 1956/1957 da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1958

- *Noções Elementares de Direito Civil*, 7.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1992

MATOS, MANUEL PEREIRA AUGUSTO DE

- «Dano Patrimonial e não Patrimonial. Avaliação dos danos no tribunal em grandes traumatizados, crianças e idosos», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 10 Edição APADAC – Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Novembro de 2000, pp. 31 a 48

MENDES, CASTRO

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, AAFDL, Lisboa, 1978

MONTEIRO, PINTO

- «Sobre a Reparação dos Danos Morais», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano I, n.º 1, Edição APADAC – Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Coimbra, 1992, pp. 17 a 26.

MOREIRA, GUILHERME

- *Instituições de Direito Civil Português*, I Volume, Parte Geral, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1907 (disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1228.pdf>, consultado em 2.5.2015)

MOREIRA, SÓNIA

- «O direito do nascituro à compensação por morte de um dos progenitores – Anotação ao Acórdão do STJ de 3/04/2014», *Cadernos de Direito Privado*, CEJUR (no prelo)

MOREIRA, VITAL E CANOTILHO, GOMES

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

MOTA, HENRIQUE

- «Interrupção voluntária da gravidez» in *José de Oliveira Ascensão (coord), Estudos de Direito da Bioética, vol. I*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 287 a 308.

NETO, ABÍLIO

- *Código Civil Anotado*, 18ª edição revista e atualizada, Edifórum, Lisboa, 2013

OTERO, PAULO

- *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999

PINTO, CARLOS MOTA

- *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 4ª edição de 2005 por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

ROSA, JOÃO PIRES DA

- «Cálculo da Indemnização dos Danos não Patrimoniais», *O Dano na Responsabilidade Civil*, *CEJ*, Outubro de 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/O_Dano_Responsabilidade_Civil.pdf, consultado em 12.3.2015.

ROSSETTI, MARCO

- *Il danno alla salute, Biologico - Patrimoniale - Morale - Profili processuali - Tabelle per la liquidazione*, CEDAM, 2009 (disponível em http://shop.wki.it/Cedam/Libri/Il_danno_alla_salute_s21147.aspx, consultado em 4.2.2015)

SÁ, FERNANDO OLIVEIRA

- *Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil*, APADAC - Associação Portuguesa Para a Avaliação do Dano Corporal, Instituto de medicina Legal de Coimbra, G. C. – Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1992

SERRA, VAZ

- «Reparação do Dano não Patrimonial», *BMJ*, n.º 83, Fevereiro de 1959, pp. 69 a 109
- «Direito das Obrigações», *BMJ*, n.º 101, Lisboa, 1960, pp. 15 a 410
- «Causas Justificativas do Facto Danoso», *BMJ*, n.º 85, 1959, pp. 13 a 114.
- Anotação ao acórdão 12 de fevereiro de 1969, *RLJ*, 103.º Ano 1970-1971, Coimbra Editora, Coimbra, 1971, n.º 3416, pp.166 a 176.
- Anotação ao Acórdão do STJ de 13.1.1970, *RLJ*, ano 104.º, 1971 - 1972, Coimbra Editora, Coimbra, 1972, pp. 12 a 16
- Anotação ao acórdão de 17.3.1971, *RLJ*, 105.º, Ano 1972-1973, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, n.º 3469, pp. 53 a 64.
- Anotação ao acórdão de 16 de Março de 1973, *RLJ*, 107.º Ano 1974-1975, Coimbra Editora, Coimbra, 1975, n.º 3522, pp. 137 a 143.
- Anotação ao acórdão de 13 de Novembro de 1974, *RLJ*, 109.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, n.º 3564, pp. 36 a 45.
- Anotação ao acórdão de 25 de Maio de 1985, *RLJ*, 123.º, Ano 1990-1991, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 185 a 192.

SILVA, PAULA MARTINHO e COSTA, MARTA

- *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

SOUSA, CAPELO DE

- *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

- *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, reimpressão da 4.^a edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

- *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II, reimpressão da 10.^o edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

- *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7.^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

- *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 6.^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991

VARELA, ANTUNES

- «A Condição Jurídica do Embrião Humano Perante o Direito Civil», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 619 a 634

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, reimpressão da 10.^a edição revista e atualizada de 2000, Almedina, Coimbra, 2012

VARELA, ANTUNES E LIMA, PIRES DE

- *Código Civil Anotado*, Vol. I, reimpressão da 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE

- *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 7.^a edição de 2012, Almedina, Coimbra, 2014

- *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006

VELOSO, MARIA MANUEL

- «Danos não patrimoniais» in *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. III - Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 495 a 559

XAVIER, RITA LOBO

- «O Direito civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no Direito Português», *Bróteria – Cultura e Informação*, volume 147, Lisboa, julho de 1998, pp. 76 a 84 (disponível em http://broteria.pt/images/books/pdf/Brot%C3%A9ria_Cristianismo%20e%20Cultura_1998_Julho_Volume_1_147.pdf, consultado em 4.9.2015)

- «O Respeito pela Vida Humana não Nascida e respetiva Tradução no Ordenamento Jurídico Português» in *Do Início ao Fim da Vida, Actas do Colóquio da Bioética, Funchal, 18 e 19 de Março de 2005*, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2005, pp. 139 a 162.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 25/84, disponível em www.tribunal.pt/tc/acordaos/

Acórdão n.º 85/85, disponível em www.tribunal.pt/tc/acordaos/

Acórdão n.º 288/98, disponível em www.tribunal.pt/tc/acordaos/

Acórdão n.º 617/06, disponível em www.tribunal.pt/tc/acordaos/

Acórdão n.º 75/10, disponível em www.tribunal.pt/tc/acordaos/

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 12.2.1969, *RLJ*, ano 103.º, pp. 166 e ss

Acórdão de 17.3.1971, *BMJ*, n.º 205, 1971, pp.150 e ss

Acórdão de 12.10.1973, *BMJ*, n.º 230, 1973, pp. 107 a 114

Acórdão de 16.3.1973, *RLJ*, ano 107.º, pp. 140 e ss.

Acórdão de 13.11.1974, *RLJ*, ano 109.º, pp. 44 e ss.

Acórdão de 18.11.1975, *BMJ*, n.º 251, 1975, pp. 148 a 151

Acórdão de 23.5.1985, *BMJ*, n.º 347, p. 398

Acórdão de 25.5.1985, *RLJ*, ano 123.º, pp. 185 e ss.

Acórdão de 7.10.2003, em www.dgsi.pt

Acórdão de 21.9.2006, em www.dgsi.pt

Acórdão de 8.5.2008, em www.dgsi.pt

Acórdão de 9.10.2008, em www.dgsi.pt

Acórdão de 29.10.2008, em www.dgsi.pt

Acórdão de 5.2.2009, em www.dgsi.pt

Acórdão de 17.2.2009, em www.dgsi.pt

Acórdão de 14.5.2009, em www.dgsi.pt

Acórdão de 14.7.2009, em www.dgsi.pt

Acórdão de 22.10.2009, em www.dgsi.pt

Acórdão de 17.12.2009, em www.dgsi.pt

Acórdão de 13.1.2010, em www.dgsi.pt

Acórdão de 27.10.2010, em www.dgsi.pt

Acórdão de 28.11.2013, em www.dgsi.pt

Acórdão de 3.4.2014, em www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 28.1.1977, *CJ*, II, 1977, pp. 191 e ss

Acórdão de 12.6.2002, em www.dgsi.pt

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão 13.4.1989, *CJ*, XIV, 1989, pp. 221 a 223

Acórdão de 30.3.2000, em www.dgsi.pt

Acórdão de 24.1.2006, em www.dgsi.pt

Acórdão de 21.2.2013, em www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 29.1.2013, em www.dgsi.pt

