

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO

Minora Tape Mafuta Dique

**A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO EM
VIRTUDE DOS DANOS PROVOCADOS PELA
TENTATIVA DE ABORTO DA MÃE**

Nampula, 2025

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO

Minora Tape Mafuta Dique

**A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO EM
VIRTUDE DOS DANOS PROVOCADOS PELA
TENTATIVA DE ABORTO DA MÃE**

O Trabalho de fim de curso a ser apresentado como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

Supervisor: Prof. Doutor José Noronha Rodrigues, Prof^a Doutora Dora Cabete e Prof^a. Ana Patrícia Sousa Borges

Nampula, 2025

Folha de avaliação

Universidade Católica de Moçambique

Minora Tape Mafuta Dique

A tutela dos direitos do nascituro em virtude dos danos provocados pela tentativa de aborto da mãe.

O presidente

Oponente

Supervisor

A autora

Data: ____/____/2025

Declaração de autenticidade

Eu Minora Tape Mafuta Dique, estudante n.º 702230076, autor do trabalho final de Mestrado, submetido à faculdade de Direito da universidade Católica de Moçambique, intitulado “A tutela dos direitos do nascituro em virtude dos danos provocados pela tentativa de aborto da mãe” orientado pelo Professor Doutor José Noronha Rodrigues, Prof.ª Doutora Dora Cabete e Prof.ª Ana Patrícia Sousa Borges. Declaro ser a autora deste trabalho autêntico, que não foi antes submetido a outra instituição para efeitos de obtenção de qualquer grau académico. Declaro ainda que todas as fontes de informação usadas nesta dissertação foram devidamente referidas.

Nampula, 07 de Março de 2025

(Minora Tape Mafuta Dique)

Dedicatória

Dedico este trabalho a
minha filha Jacymira
Filipe Manuel Mulua por
todas noites ausentes
pelos meus estudos. Mas
também pela sua
compressão admirável.
Desejo que siga os meus
passos minha bebé.

Agradecimento

Agradeço a Deus Pai pelo dom da vida e pela sabedoria concedida. Agradeço a minha mãe pelas asas para voar, ao meu esposo Filipe Mulua pelo encorajamento e aos demais familiares e amigos que apoiaram.

Especial agradecimento endereço aos meus supervisores, nomeadamente: Prof. Doutor José Noronha Rodrigues, Prof^a Doutora Dora Cabete e Prof^a. Ana Patrícia Sousa Borges pela paciência e orientações dadas ao longo do trabalho.

Epígrafe

É irracional e indefensável não ver Pessoa Humana no feto ou Nascituro, como não existe nenhuma cultura terráquea em que a mulher grávida ou nascituro sejam sujeitos de maior candura e proteção da sua comunidade. Ives gandra da silva Martins et al (2022.p. 90).

Resumo

O presente trabalho científico trata da tutela dos direitos do nascituro em virtude dos danos provocados pela tentativa de aborto da mãe, com a finalidade de analisar a responsabilidade civil da mãe pelo aborto provocado. O nascituro é uma pessoa (humana) já concebida mas ainda não nascida, e revestida de sua dignidade, geradora dos seus direitos, isto significa que o nascituro é um ser livre, autónomo, igual e irrepetível, centro de gravidade de toda a organização social, dotado de uma dignidade originária e própria que lhe é inerente desde a concepção, que não pode ser reduzida nem alienada nem extinta, tanto que lhe é atribuída a personalidade jurídica, isto é a qualidade de ser pessoa, e lhe é consagrado a tutela dos direitos de personalidade, nos termos do artigo 70 do CC. A tutela concedida nos termos do artigo 70 do CC abrange não só a defesa do concebido contra acções violadoras da sua personalidade física e moral mas também a defesa contra omissões ilícitas, assim a violação ilícita da personalidade física e moral que resultem em danos deverão ser objecto de medidas civis eliminatórias ou atenuadoras e de responsabilidade civil. Ora, o entendimento de que o nascituro tem a personalidade jurídica não é unânime, pois existem três teorias que são apontadas e discutem entorno do mesmo, nomeadamente: teoria natalista, segundo a qual o nascituro não pode ser considerado pessoa, pois o código civil exige o nascimento com vida; Teoria da personalidade condicional, que sustenta que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, o nascimento com vida, e a teoria concepcionista, que sustenta que o nascituro é uma pessoa humana tendo direitos resguardados pela lei, pois a personalidade é adquirida desde a concepção, tanto que a doutrina contemporânea apoia a teoria concepcionista. Sendo possível a elaboração deste trabalho científico empregando o método indutivo com enfoque qualitativo, pelo facto de o método melhor adequar-se à pesquisa, e concomitantemente o método histórico, comparativo e hermenêutico, a par da técnica da documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica. E no entanto conclui-se que a mera tentativa do aborto assim como o aborto, seja por acção ou omissão desde que causem danos ao nascituro são passíveis de responsabilidade civil e penal.

Palavras – chave: nascituro, personalidade jurídica e responsabilidade civil.

Abstract

This scientific work deals with the protection of the rights of the unborn child due to the damage caused by the mother's attempted abortion, with the purpose of analyzing the mother's civil liability for the induced abortion. The unborn child is a person (human) already conceived but not yet born, and clothed with their dignity, generating their rights, this means that the unborn child is a free, autonomous, equal and unrepeatable being, the center of gravity of the entire organization social, endowed with an original and specific dignity that is inherent to it since conception, which cannot be reduced, alienated or extinguished, so much so that it is given legal personality, that is, the quality of being a person, and is entrusted with the protection of personality rights, in accordance with article 70 of the CC. The protection granted under article 70 of the CC covers not only the defense of the conceived against actions that violate his physical and moral personality but also the defense against illicit omissions, thus the illicit violation of the physical and moral personality that results in damages must be subject to of eliminatory or mitigating civil measures and civil liability. Now, the understanding that the unborn child has legal personality is not unanimous, as there are three theories that are highlighted and discussed around it, namely: natalist theory, according to which the unborn child cannot be considered a person, as the civil code requires live birth; Conditional personality theory, which maintains that civil personality begins with live birth, but the rights of the unborn child are subject to a suspensive condition, live birth, and the conceptionist theory, which maintains that the unborn child is a human person having rights protected by law, as personality is acquired from conception, so much so that contemporary doctrine supports the conceptionist theory. It is possible to prepare this scientific work using the inductive method with a qualitative focus, due to the fact that the method better suits the research, and concomitantly the historical, comparative and hermeneutic method, along with the technique of indirect documentation, covering documentary research and bibliographical. And however, it is concluded that the mere attempt at abortion, as well as abortion, whether by action or omission, as long as they cause harm to the unborn child, are subject to civil and criminal liability.

Keywords: unborn child, legal personality and civil liability.

Índice

Listas de Abreviaturas	xi
Introdução	12
Tema	
Delimitação do tema	14
Problematização	14
Justificativa	15
Objetivo geral	15
Objetivos específicos	15
Hipóteses	15
Hipótese primária	15
Hipótese secundária	15
CAPÍTULO I: QUADRO METODOLÓGICO	17
1.1. Metodologia	17
1.2. Método de abordagem	17
1.3. Método de procedimento	17
1.4. Técnicas	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	20
2.1. Conceito dos termos	20
2.1.1. Nascituro	20
2.1.2. Tutela	20
2.1.3. Aborto	21
2.2. Evolução histórica da proteção ao nascituro	24
2.3. O início da personalidade jurídica e os direitos de personalidade	26
2.4. Teorias do início da personalidade avançadas pela doutrina: teoria natalista, teoria concepcionista, teoria da personalidade condicional	31

2.5.	Princípio da dignidade humana	33
2.6.	Estatuto Jurídico dos nascituros	36
2.7.	Instituto da responsabilidade civil	38
2.7.1.	Facto voluntario do agente	38
2.7.2.	Ilicitude.....	39
2.7.2.1.	Causas da exclusão da ilicitude.....	40
2.7.3.	A culpa	41
2.7.4.	Dano	43
2.7.5.	Nexo de causalidade entre o facto e dano	44
CAPÍTULO III: INTERPRETAÇÃO E DISCUSSÃO DE DADOS.....		46
3.1.	Meios de tutela dos direitos de personalidade do nascituro	46
3.2.	Distinção entre nascituro e concepturo.....	51
3.3.	Responsabilidade civil da mãe pela tentativa do aborto.....	53
Conclusão		59
Sugestões		60
Referências bibliográficas		61

Listas de Abreviaturas

CC – Código Civil

CRM – Constituição da República de Moçambique, atualizada pela Lei n° 1/2018 de 12 de junho.

Art.º - Artigo

Et al – outros

CPC- Código de processo Civil

Introdução

O presente trabalho de pesquisa tem como tema, a tutela dos direitos do nascituro em virtude dos danos provocados pela tentativa de aborto da mãe, circunscrevendo-se o tema ao todo ordenamento jurídico moçambicano, tendo por objetivos, analisar a responsabilidade civil da mãe pelo aborto provocado, Identificar os pressupostos da responsabilidade civil, Fazer um estudo comparativo sobre o regime jurídico do aborto; Verificar se o nascituro tem ou não a personalidade jurídica, Discutir a condição jurídica do nascituro. O problema que nos leva a desenvolver este trabalho é o de saber se a mãe não tem o dever de respeitar os direitos do nascituro sob pena da responsabilidade civil pelos danos causados ao próprio nascituro caso venha a nascer com deficiências físicas por conta da tentativa do aborto provocado, e caso não venha a nascer, não podem os ascendentes do nascituro invocar a responsabilidade civil da mãe por ter violado os direitos do nascituro bem como o seu direito à família?

A escolha do tema deveu-se primeiramente pelo facto de o tema ser pertinente e de quotidiano, pois dia-a-dia várias mulheres retiram a vida dos nascituros mesmo sem nenhum motivo palpável, como se de uma víscera se tratasse, alegando o direito ao aborto seguro, que muitas das vezes ao nosso entender constitui um abuso de direito, uma vez que o direito que a mãe tem não é absoluto conhece limitações, e esses limites devem ser observados. Aborda-se este tema não só para chamar atenção ao legislador Moçambicano, mas também para consciencializar a sociedade Moçambicana, e o mundo em geral, que os nascituros tem direitos e precisam de maior tutela do Direito. Pense-se não é possível termos o nascimento completo e com vida, sem que haja proteção do nascituro.

Porém, não obstante relevância que a metodologia desempenha para realização de qualquer pesquisa científica que seja, portanto, relativamente ao método de abordagem, na presente pesquisa empregar-se-á o método indutivo e qualitativo, pelo facto de o método melhor adequar-se à pesquisa, quanto ao método de procedimento empregar-se-ão concomitantemente o método histórico, comparativo e hermenêutico, permitindo este último, a interpretação devida da norma jurídica. E quanto a técnica, usar-se-á, a técnica da documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica.

O trabalho contém três capítulos, dos quais o primeiro refere-se ao quadro metodológico, o segundo capítulo contém o marco teórico e o terceiro capítulo versa sobre a análise e discussão de dados.

Tema

A tutela dos direitos do nascituro em virtude dos danos provocados pela tentativa de aborto da mãe.

Delimitação do tema

A tutela dos direitos do nascituro em virtude dos danos provocados pela tentativa de aborto da mãe constitui um tema, que não possui uma legislação específica, entretanto, é tratada um pouco por quase toda legislação interna e internacional. No entanto, estamos diante de um tema multidisciplinar que envolve diversos sub-ramos do Direito Civil, nomeadamente: direito da família, direito das obrigações e das sucessões. Entretanto, tendo em conta a interdisciplinaridade, O tema em estudo circunscrever-se-á ao nosso ordenamento jurídico moçambicano, tendo em foco as Legislações que versem sobre a tutela dos direitos do nascituro. Não obstante a circunscrição do tema, o estudo comparativo será fundamental para o mesmo.

Problematização

Constitui família a comunidade de membros ligados entre si pelo parentesco, casamento, afinidade e adoção nos termos do artigo 2 da Lei da Família. A mesma lei no seu número 3 do artigo 1 consagra a todos o direito a integrar uma família e de constituir família. E a lei protege a família e seus membros contra ofensas ilegítimas. Deste modo, apesar de o aborto em algumas situações legais não constituir crime no nosso ordenamento jurídico, isto não implica que a mãe gestante tenha de tratar o nascituro como se nada fosse, retirando-lhe a vida sem uma justa causa, pois a lei concede tutela a personalidade, nos termos do artigo 70 do Código Civil.

Tendo o nascituro concebido direito a herança e a doação é lógico que tenha de igual modo o direito à vida e aos demais direitos de personalidade. Pois a personalidade jurídica é um conceito qualitativo e não quantitativo. Deste modo, não tem a mãe o dever de respeitar os direitos do nascituro sob pena da responsabilidade civil pelos danos causados ao próprio nascituro caso venha a nascer com deficiências físicas por conta da tentativa do aborto provocado, e caso não venha a nascer, não podem os ascendentes do nascituro invocar a responsabilidade civil da mãe por ter violado os direitos do nascituro bem como o seu direito à família?

Justificativa

A escolha do tema deveu-se primeiramente pelo facto de o tema ser pertinente e de quotidiano, pois dia-a-dia várias mulheres retiram a vida dos nascituros mesmo sem nenhum motivo palpável, como se de uma víscera se tratasse, alegando o direito ao aborto seguro, que muitas das vezes ao nosso entender constitui um abuso de direito, uma vez que o direito que a mãe tem não é absoluto conhece limitações, e esses limites devem ser observados. Aborda-se este tema não só para chamar atenção ao legislador Moçambicano, mas também para consciencializar a sociedade Moçambicana, e o mundo em geral, que os nascituros tem direitos e precisam de maior tutela do Direito.

Pense-se não é possível termos o nascimento completo e com vida, sem que haja proteção do nascituro.

Objetivo geral

- Analisar a responsabilidade civil da mãe pelo aborto provocado.

Objetivos específicos

- Identificar os pressupostos da responsabilidade civil;
- Fazer um estudo comparativo sobre o regime jurídico do aborto;
- Verificar se o nascituro tem ou não a personalidade jurídica;
- Discutir a condição jurídica do nascituro.

Hipóteses

São suposições colocadas como respostas plausíveis e provisórias para o problema de pesquisa. As hipóteses são prováveis porque poderão ser confirmadas ou refutadas com o desenvolvimento da pesquisa¹.

Hipótese primária

- O nascituro tem direito à vida.

Hipótese secundária

- A Mãe tem o dever de respeitar os direitos dos nascituros

¹ CARVALHO, J. Eduardo. *Metodologia do Trabalho Científico: «saber-fazer» da investigação para dissertações e teses*, 2ªed, escolar editora, 2009, p.124.

- A responsabilidade civil pode recair para a Mãe bem como para qualquer uma outra pessoa, desde que cause danos ao nascituro.
- A mãe tem o poder-dever sobre o nascituro.

CAPÍTULO I: QUADRO METODOLÓGICO

1.1. Metodologia

A metodologia é um conjunto detalhado e sequencial de métodos e técnicas científicas a serem executadas ao longo da pesquisa, de tal modo que se consiga atingir os objetivos inicialmente propostos e ao mesmo tempo, atender aos critérios de menor custo, maior rapidez, maior eficácia e mais contabilidade de informação².

1.2. Método de abordagem

Para a elaboração deste trabalho de pesquisa, quanto a abordagem partiu-se pelo método indutivo com enfoque qualitativo. Sendo a indução um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.

O método qualitativo consiste em interpretações e avaliações de dados que, pela sua natureza, são avessos à quantificação³. São estes os dados inerentes ao comportamento humano e que dizem respeito às motivações, aos sentidos, aos desejos, às rejeições, às valorações, às crenças⁴.

1.3. Método de procedimento

Constituem etapas mais concretas da investigação, com finalidade mais restrita em termos de explicação geral dos fenômenos menos abstratos. Pressupõem uma atitude concreta em relação ao fenômeno e estão limitadas a um domínio particular⁵.

Quanto ao procedimento neste trabalho de pesquisa, empregar-se-á concomitantemente o método histórico, comparativo e hermenêutico.

Sendo a hermenêutica a metodologia da interpretação, ou seja, dirige-se a compreender formas e conteúdos da comunicação humana, em toda sua complexidade e simplicidade. A

² LAKATOS, Eva Maria & Marconi, Maria de Andrade, *Metodologia Científica*, São Paulo, 5ªed, Editor Atlas, 2009, p. 40

³ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da, *iniciação à no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 49.

⁴ Idem, p. 49.

⁵ LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Maria de Andrade, *Metodologia científica*, São Paulo, 7ªed, Editora Atlas, 2012, p. 110.

hermenêutica se especializa em perscrutar o sentido oculto dos textos, na certeza de que no contexto há por vezes mais do que no texto⁶. O método histórico consistindo em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje⁷. E o método comparativo realiza comparações, com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências⁸.

1.4. Técnicas

São consideradas um conjunto de preceitos ou processos de que se serve uma Ciência; são, também, a habilidade para usar esses preceitos ou normas, na obtenção de seus propósitos. Correspondem, portanto, a parte prática de coleta de dados. Para o presente trabalho de pesquisa, usar-se-á a documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e a bibliográfica⁹, e tendo em conta aos objetivos a alcançar constitui de igual modo uma pesquisa descritiva.

A pesquisa bibliográfica abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde as publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico entre outros, e até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão¹⁰.

A finalidade da pesquisa bibliográfica é colocar o pesquisador em contacto directo com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas¹¹.

Para manzo apud Lakatos, a bibliografia pertinente oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizaram suficientemente¹². Desta forma, a pesquisa bibliográfica não é

⁶ CARVALHO, J. Eduardo. *Metodologia do Trabalho Científico: «saber-fazer» da investigação para dissertações e teses*, 2ªed, escolar editora, 2009, p.124.

⁷ LAKATOS, Eva Maria & Marconi, Maria de Andrade, *Metodologia Científica*, p.107.

⁸ Idem, p. 107.

⁹ LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Maria de Andrade, *Metodologia científica*, p. 111.

¹⁰ Ibidem, p. 183.

¹¹ Ibidem, p. 183.

¹² Ibidem, p. 183.

mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras¹³.

A fonte documental é muito utilizada, em todas as ciências sociais. A característica da pesquisa documental é que a fonte de colecta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias, sendo feitas no momento em que o facto ou fenómeno ocorre, ou depois¹⁴.

A pesquisa descritiva tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenómeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis¹⁵. Esta pesquisa não constitui uma pesquisa puramente descritiva, pois se aproxima da explicativa e exploratória.

A pesquisa explicativa tem como preocupação central identificar os factores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenómenos¹⁶.

A pesquisa exploratória tem como objectivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torna-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Este tipo de pesquisa tem como objectivo principal o aprimoramento de ideias ou descoberta de intuições¹⁷. Na maioria dos casos, essas pesquisas envolvem: levantamento bibliográfico; entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e análise de exemplos que “estimulem a compreensão¹⁸”.

¹³ Ibidem, p. 183.

¹⁴ LAKATOS, Eva Maria & Marconi, Maria de Andrade, *Metodologia Científica*, São Paulo, 5ªed, Editor Atlas, 2009, p. 174.

¹⁵ GIL, António Carlos, *como elaborar projectos de pesquisa*, 4ªed, São Paulo, Editora Atlas, 2002, p.42.

¹⁶ Idem, p. 43.

¹⁷ Ibidem, p. 41.

¹⁸ Ibidem, p. 41.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Conceito dos termos

2.1.1. Nascituro

O nascituro é uma pessoa (humana) já concebida mas ainda não nascida¹⁹, revestida de sua dignidade, geradora dos seus direitos²⁰. Sendo assim o nascituro é titular de direitos subjectivos²¹. Acresce Melo Alexandrinho apud Leite de Campos que o ser humano é toda pessoa humana viva e concreta, o que naturalmente não poderá deixar de englobar o nascituro²². Por sua vez, a pessoa é digna: pessoa é nome de dignidade. Cada pessoa é o ser único da sua espécie humana²³.

A espécie humana tem milhares de milhares de seres únicos, insubstituíveis, merecedores de todo o respeito e de todo o cuidado. Cada pessoa é o primeiro e último da sua espécie, e é em si mesma toda a humanidade. Quem não reconhece no outro uma pessoa, esta a negar-se a si próprio enquanto pessoa. A pessoa é uma pluralidade ética, de cuidado, de solidariedade, de identidade, de igualdade, de amor²⁴.

2.1.2. Tutela

Entende-se por tutela, a proteção jurídica que a lei dá aos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça a sua personalidade física ou moral²⁵.

O Estado chama a si, em larga medida, essa função e fá-lo de duas maneiras: através da legislação e através das decisões judiciais, na qual designa-se por tutela pública²⁶.

Através das leis disciplinam tipos abstratos de conflitos, dizendo quais, dadas certas circunstâncias, devem ser protegidos e quais devem ser sacrificados. E as decisões judiciais efectivam-se através dos órgãos judiciais que são os tribunais²⁷.

¹⁹ CAMPOS. Diogo Leite de, 4ª ed, *lições de direito das sucessões*, Almedina, s/a, p. 100.

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva et al, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, 1ª ed, S. Paulo, Noeses, 2022, p. 92-93.

²¹ CAMPOS. Diogo Leite de, *lições de direito das sucessões*, p.104.

²² Idem, p. 101.

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva et al, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 95.

²⁴ Idem, p. 95-96.

²⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed, Almedina, Outubro, 2005, p. 46.

²⁶ Telles, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, V. I, 11ª ed, Coimbra Editora, 1999, p. 319.

²⁷ Idem, p. 319.

Por outro lado, o Estado reconhece aos particulares a autonomia para eles, dentro de certos limites

2.1.3. Aborto

Segundo a organização mundial da saúde (OMS) o aborto é a interrupção da gravidez até a 20^a ou 22^a e tratando-se de países subdesenvolvidos como o nosso, considera-se aborto até as 28 semanas de gravidez e com produto da concepção pesando menos que 500g²⁸.

Segundo Tietze 1987 entende que o aborto é muito mais que uma questão medica, ou uma questão ética ou uma questão legal. É acima de tudo uma questão humana, que envolve o homem e a mulher como indivíduos, como casal e como membros da sociedade²⁹.

Os abortos podem ser espontâneos, quando acontece a perda natural de uma gravidez, ou induzidos, quando é resultado de um processo de interferência externa no qual a gravidez é interrompida antes que o feto se torne viável (28 semanas de gestação)³⁰.

Também podem ser classificados como seguros, caso seja praticado numa Unidade Sanitária e por pessoal credenciado ou inseguro quando o procedimento foi feito ou por uma pessoa não capacitada ou num lugar sem condições higiénicas e de biossegurança³¹.

Segundo outra classificação Clínica o aborto pode ainda ser classificado em: Ameaça de aborto; Aborto electivo ou interrupção voluntária da gravidez (IVG); Aborto completo; Aborto inevitável; Aborto incompleto; Aborto retido; Aborto habitual; Aborto séptico ou infectado.

Ameaça de Aborto ocorre quando o quadro clínico apresenta sangramento genital de pequena a moderada intensidade, podendo existir dores, tipo cólicas, geralmente pouco intensas. Ao exame ginecológico o colo uterino (orifício interno) encontra-se fechado, tamanho uterino é compatível com o esperado para a idade gestacional, e não apresentam sinais de infecção³².

²⁸ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Diploma ministerial nº 60/2017 de 20 de setembro *que aprova as normas clínicas sobre aborto seguro, cuidados pós-aborto e define as condições em que a interrupção voluntária deve ser efetuada nas unidades sanitárias do serviço nacional*, p. 4.

²⁹ Idem, p. 2.

³⁰ Ibidem, p.4.

³¹ Ibidem, p.4.

³² Ibidem, p. 4.

Aborto Electivo ou a Interrupção Voluntária da Gravidez ocorre nos casos em que exista indicação de interrupção da gravidez, obedecida a legislação vigente e, por solicitação da mulher ou de seu representante, deve ser oferecida à mulher a opção de escolha da técnica a ser empregada: entre o Aborto Médico ou farmacológico e aborto cirúrgico³³

Aborto Completo Geralmente ocorre em gravidezes com menos de 8 semanas e na história pregressa, a paciente refere sangramento e cólicas que diminuíram ou cessaram após a expulsão do material ovular. Ao exame ginecológico, apresenta colo uterino fechado, útero menor que o esperado para a idade gestacional, sangramento ausente ou sinal no dedo da luva³⁴.

Aborto em Curso ou Inevitável corresponde aquele que Clinicamente a paciente apresenta sangramento vaginal que é maior que na ameaça de aborto e que diminui com a saída de coágulos ou de restos ovulares e dor pélvica tipo cólica (ambos de intensidade variável). Ao exame ginecológico: o tamanho ou fundo uterino é compatível com idade gestacional, colo uterino aberto ou dilatado, tocando-se por vezes partes ovulares³⁵.

Aborto Incompleto Clinicamente a paciente apresentará hemorragia uterina e dor tipo cólica (ambos de intensidade variável). Ao exame ginecológico: o colo uterino está aberto, identifica-se a presença de restos ovulares na vagina e ao toque encontramos que a altura do fundo uterino é menor que ao esperado para a idade gestacional³⁶.

Aborto Habitual Caracteriza-se pela perda espontânea e consecutiva de três ou mais gestações no segundo trimestre da gravidez. Conduta: Estas mulheres devem ser encaminhadas para tratamento especializado. Se estiver novamente grávida é recomendado uma ciclorrafia por volta das 16 semanas de gestação³⁷.

Aborto Séptico ou Infectado Com muita frequência está associado a manipulações da cavidade uterina com o uso de técnicas inadequadas e inseguras. São casos graves que

³³ Vide, Diploma ministerial nº 60/2017 de 20 de setembro *que aprova as normas clinicas sobre aborto seguro, cuidados pós-aborto e define as condições em que a interrupção voluntária deve ser efetuada nas unidades sanitárias do serviço nacional*, p 4.

³⁴ Idem, p. 4.

³⁵ Ibidem, p. 5.

³⁶ Ibidem, p.5

³⁷ Ibidem, p. 5.

envolvem infecções polimicrobianas e devem ser atempadamente tratados independentemente da vitalidade do feto³⁸.

Independentemente das tipologias do aborto existente, só podem ser empregues duas técnicas que são: o Aborto Médico ou farmacológico e aborto cirúrgico por aspiração da cavidade uterina que pode ser manual (AMIU) ou eléctrica (AEIU) precedida da dilatação do colo uterino com Misoprostol ou dilatadores e posterior esvaziamento³⁹.

Tal escolha deve ocorrer depois de adequados esclarecimentos das vantagens e desvantagens de cada método, suas taxas de complicações e efeitos adversos⁴⁰.

³⁸ Vide, Diploma ministerial nº 60/2017 de 20 de setembro *que aprova as normas clínicas sobre aborto seguro, cuidados pós-aborto e define as condições em que a interrupção voluntária deve ser efetuada nas unidades sanitárias do serviço nacional*, p. 5.

³⁹ *Idem*, p. 6.

⁴⁰ *Idem*, p. 6.

2.2. Evolução histórica da proteção ao nascituro

É na antiguidade que iniciam os primeiros passos de tutela ao nascituro, embora não houvesse conformidade acerca do status jurídico do nascituro, pode-se crer que havia a proteção de determinados direitos inerentes a ele⁴¹.

O código de Hammurabi e os numerosos actos da prática do mesmo período dão-nos a conhecer um sistema jurídico muito desenvolvido, sobretudo no domínio do direito privado, principalmente os contratos⁴². No entanto, relativamente a proteção do nascituro, o código de Hammurabi, já trazia a acepção de coexistência de duas pessoas distintas, assim como, protegia mulher grávida: “art.º. 209. Se alguém bate numa mulher livre e faz abortar, devera pagar dez ciclos pelo feto; art.º. 210 se a mulher morre se deverá mata o filho dele”⁴³.

Na Grécia antiga, o direito era capaz de salvaguardar direitos ao nascituro, como por exemplo, o direito à sucessão no trono de dada cidade-estado grega, quando nascesse com vida⁴⁴.

Quanto ao entendimento do Direito Romano, este encontra-se de forma contraditória, demonstrando tendências doutrinárias divergentes. Assim, diferentes relatos apresentam as distinções de tratamento no que concerne a capacidade jurídica que o nascituro representa, onde negam e aceitam a presença de capacidade aos nascituros, respectivamente⁴⁵. Nesse sentido, há estudos que provam a existência de personalidade jurídica condicional, visto que somente teria direitos o neonato que não nascesse com algum defeito físico e não teria direito as crianças consideradas não viável como despida de personalidade por serem consideradas monstros ou crianças nascidas sem forma humana⁴⁶.

A conclusão é evidente, para o Direito Romano não era imprescindível apenas o nascimento com vida, mas também o neonato necessitava apresentar forma humana perfeita,

⁴¹ CASTILHO, Giovana Guedes da Paixão, *A relevância da proteção jurídica do nascituro: uma comparação entre o ordenamento jurídico do Brasil e Portugal*, artigo científico apresentado à disciplina trabalho de curso I, da escola de Direito, negócios comunicação, curso de Direito, da pontificia universidade Católica de Goiás, 2023, p. 6

⁴² GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 2ªed, Lisboa, 1995, p.63.

⁴³ CASTILHO, Giovana Guedes da Paixão, *a relevância da proteção jurídica do nascituro: uma comparação entre o ordenamento jurídico do Brasil e Portugal*, p. 6.

⁴⁴ Idem, p.6.

⁴⁵ Ibidem, p. 6.

⁴⁶ Ibidem, p. 6.

isto é, havia uma seleção dos seres humanos com base em suas características hereditárias com o intuito de aperfeiçoar futuras linhagens⁴⁷.

O Cristianismo foi um grande marco para a conceituação ampla de direitos inerentes à personalidade jurídica dos indivíduos, com o parâmetro da ideia de fraternidade universal⁴⁸. Então, na Idade Média, entendeu-se que o homem possuía direitos próprios, através da Carta Magna do sec. XIII, instituída na Inglaterra. Porém, foi com a Declarações dos Direitos de 1789 que veio responsabilidade quanto a valorização da figura da pessoa humana e da liberdade⁴⁹.

O grande marco para a aquisição de direitos humanos, pode-se afirmar que foi no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, responsável por grandes atrocidades causadas por governos totalitários à pessoa humana. Por isso, o mundo jurídico viu a necessidade de resguardar as garantias fundamentais dos indivíduos, por meio da criação Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas⁵⁰.

Sendo assim, a história da pessoa humana representa uma evolução gradativa em um espectro geral, e principalmente, dentro do próprio Direito com a origem dos direitos de personalidade contida nos Códigos Civis, para que o homem pudesse ter direitos e obrigações, ou seja, um sujeito dotado de personalidade jurídica⁵¹.

⁴⁷ CASTILHO, Giovana Guedes da Paixão, *a relevância da proteção jurídica do nascituro: uma comparação entre o ordenamento jurídico do Brasil e Portugal*, p. 7.

⁴⁸ Ibidem, p. 7.

⁴⁹ Ibidem, p. 7.

⁵⁰ Ibidem, p. 7.

⁵¹ Ibidem, p. 7.

2.3. O início da personalidade jurídica e os direitos de personalidade

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do ovulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto⁵². Assim o demonstra a biologia: o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe⁵³.

Segundo Andrade, define a personalidade como a susceptibilidade de direitos e obrigações, ou seja, a idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas. Acresce ainda o autor que pode-se conceitualmente ser pessoa sem ser sujeito de qualquer relação jurídica, mas o sujeito de uma relação jurídica é necessariamente uma pessoa jurídica⁵⁴.

A personalidade é uma qualidade que o Direito se limita a constatar e respeitar e não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao Direito⁵⁵. Isto é o direito não pode deixar de reconhecer às pessoas humanas a personalidade, assim como não lhes pode recusar a dignidade e humana, ou condicionar, limitar ou excluir a personalidade. Esta fora do seu alcance por direito natural⁵⁶.

Os direitos de personalidade são direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanações ou manifestações da personalidade, em geral⁵⁷. Esses direitos caracterizam-se como sendo absolutos, não patrimoniais, indisponíveis, intransmissíveis e providos, em regra, de proteção penal⁵⁸.

«A caracterização dos direitos da personalidade como absolutos significa que eles se integram numa categoria de direitos oponíveis erga omnes, isto é, que o seu titular pode invocar e fazer valer contra todos»⁵⁹.

⁵² CAMPOS, Mónica Martinez de, *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e Brasileira- análise comparativa*, in caderno de Direito actual, n 3, Portugal, 2015, p. 128.

⁵³ Idem, p. 127-128.

⁵⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica, sujeitos e objecto* V. I, Coimbra, 2003, p. 20.

⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed, Almedina, Outubro, 2008, p. 35.

⁵⁶ Idem, p. 37

⁵⁷ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, 6ªed, Lisboa, Universidade Católica Editora, V.I, 2012, p.223

⁵⁸ Ibidem, p.224.

⁵⁹ Ibidem, p.225.

Os direitos da personalidade são direitos não patrimoniais, pois são direitos não susceptíveis de avaliação em dinheiro⁶⁰.

«Enquanto não disponíveis, os direitos da personalidade estão subtraídos ao jogo da livre vontade do seu titular, que sobre eles não a pode exercer validamente. Daqui resulta que, como regra, a pessoa titular de um direito da personalidade não pode validamente renunciar a ele ou limitá-lo»⁶¹. No entanto esta característica conhece excepções nos termos do art.º 81.º, n.º 2, do C.C. ao estabelecer a licitude das limitações ao direito da personalidade, quando não contrárias aos princípios da ordem pública.

«Segundo a citada norma, os actos lícitos de limitação voluntária são sempre unilateralmente revogáveis pelo titular do direito. A revogação apenas gera a «obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte», como expressamente afirma o preceito em análise»⁶².

«Os direitos da personalidade são também intransmissíveis, quer em vida, quer por morte, extinguindo-se, assim, com o seu titular, e finalmente os direitos da personalidade são, em regra, objecto de protecção penal»⁶³.

A personalidade confere uma serie de direitos de personalidade consagrados na constituição e no código civil. E tais direitos são, direito à vida, a integridade física, direito ao próprio corpo, direito à honra, direito à liberdade, direito à intimidade da vida privada, direito à imagem, direito a personalidade e capacidade jurídica, direito à identidade, direito a nacionalidade bem como outros direitos de personalidade afins⁶⁴.

Entende Galvão Telles que o início da personalidade jurídica com o nascimento é a solução mais adequada do ponto de vista do Direito positivo, pois uma personalidade jurídica coincidente com a concepção estaria condenada a desvanecer-se, sem deixar qualquer rasto, em caso de aborto, voluntário ou involuntário, teríamos uma personalidade condicional e provisória. O indicado é que a personalidade apenas surja quando possa revestir eficácia perdurável e tal só acontece com o nascimento.

⁶⁰ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, p. 225.

⁶¹ Idem, p. 225.

⁶² Ibidem, p. 226.

⁶³ Ibidem, p. 226.

⁶⁴ Ibidem, p. 236-238.

Fazendo um direito comparado, constata-se que assim como no ordenamento jurídico Moçambicano e Português no seu artigo 66 do CC bem como no ordenamento jurídico Brasileiro no seu artigo 2 do CC constata-se que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, entretanto este nascimento com vida está caracterizado com o facto de o nascituro respirar⁶⁵.

Ora, as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento estão, portanto, naturalmente gastas e ultrapassadas⁶⁶. Este entendimento é de igual modo insustentável pela ciência contemporânea que sabe que a criança concebida é um ser humano (capaz de sensações, de sentimentos, de resposta a estímulos sensoriais externos, de reconhecimento da voz dos pais, de relacionamento) e que o nascimento não é um começo, mas um passo⁶⁷.

Hoje com as modernas técnicas de reconhecimento da vida intrauterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, reconhecer os seus movimentos; as suas reações a estímulos sonoros; ver a sua cabeça mover-se no sentido da voz do pai fotografar ecograficamente o seu rosto e dizer com quem é parecido. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intrauterina é fundamental para o desenvolvimento do filho com a mãe. É possível ver o nascituro a defender-se da morte que lhe vão dar e sentir o seu sofrimento como o de qualquer outro ser humano⁶⁸.

Dentre os três ordenamentos jurídicos outrora citados, constata-se que apenas o ordenamento jurídico Brasileiro é bem mais mitigado, pois impõe valores dignificadores e protetores do nascituro⁶⁹:

Os art.2 e 1.799º do código civil da república federativa do Brasil dispõe o seguinte: (art.2) “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”; (art.1.799) “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos ainda concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão (...)”. Consequentemente, em lei especial, estatutária das crianças e adolescentes, a Lei 11.804/08 do Brasil, o nascituro é reconhecido com segmento da criança, porque esta lei impõe uma secção garantística protetora do nascituro e da mãe intitulada “lei de alimentos gravídicos”.

A referida lei de alimentos gravídicos disciplina os alimentos da mulher gestante, que compreende os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam deles decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação

⁶⁵ CAMPOS, Diogo Leite de, *Pessoa, Direitos e Direito, A pessoa, os seus direitos e a sua criação do Direito*, Revista tribuna, p. 78-85.

⁶⁶ Idem, 82.

⁶⁷ Ibidem, p. 81-82.

⁶⁸ Ibidem, p. 83.

⁶⁹ Ibidem, p. 88.

especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas⁷⁰.

O outro argumento positivo no ordenamento jurídico Brasileiro que evidencia a proteção do nascituro é a existência da lei da Biossegurança Lei n 11.105/2005, que tutela a integridade física do embrião, reforçando a teoria concepcionista, diante da proibição da engenharia genética em embrião humano como regra⁷¹.

No ordenamento jurídico Moçambicano não se verifica igual proteção concedida ao nascituro no ordenamento jurídico Brasileiro, pois o legislador constitucional limita-se apenas a consagrar no art.º 47 o princípios do interesse superior da criança, que é expresso nos seguintes termos “todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, tem principalmente em conta o interesse superior da criança”. Sem depois o legislador ordinário desenvolver actividades legislativa, com vista a materializar tal princípio.

O legislador ordinário Moçambicano traz de forma implícita a proteção da vida e da saúde do nascituro no art.º 13 da lei de promoção e proteção dos direitos da criança, ao estabelecer que “a criança tem direito à proteção da vida e da saúde, mediante a efectivação de políticas sociais publicas que permitam o seu nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições inerente à dignidade humana”. Todavia, as respectivas políticas e legislações não garantem na íntegra o nascimento do nascituro, bem como a sua dignidade humana.

O ordenamento jurídico português não difere tanto do ordenamento jurídico Moçambicano, pois atribui a personalidade jurídica com nascimento bem-sucedido, deste modo, o feto ou nascituro não tem qualquer proteção vinculativa⁷². Tanto que a norma do art.º 66 do Código Civil Português que dispõe que a personalidade jurídica se adquire só com nascimento completo e com vida é alvo de diversos entendimentos tendentes a rejeitar muitas vezes o sentido literal⁷³.

⁷⁰ CAMPOS, Diogo Leite de, *Pessoa, Direitos e Direito, A pessoa, os seus direitos e a sua criação do Direito*, p.80.

⁷¹ Idem, p. 80.

⁷² MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p.87.

⁷³ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 105.

Pedro pais de Vasconcelos apud Martins entende que o legislador confundiu personalidade e capacidade jurídicas, o que era frequente na época. Estando em causa só a capacidade⁷⁴.

É importante distinguir a personalidade jurídica da capacidade jurídica, Pois a personalidade jurídica é um conceito qualitativo enquanto que a capacidade jurídica um conceito quantitativo. Sendo este ultimo considerado a medida da susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações e o primeiro entendido como a aptidão de ser titular de direitos e obrigações. E por sua vez a titularidade corresponde a ligação efectiva entre o direito subjectivo e a pessoa.

A capacidade jurídica pode ainda ser classificada em capacidade jurídica de gozo e de exercicio. A Capacidade de gozo é a medida de direitos e vinculações de que a pessoa é susceptível de ser titular, enquanto que a Capacidade juridica de exercício é a medida de direitos e vinculações que a pessoa pode exercer ou cumprir por si, pessoal e livremente.

Contudo entendemos que o nascituro pode ter a incapacidade jurídica de gozo e de exercicio, mas tem desde a concepcao a personalidade jurídica.

Diogo leite de campos e Mónica Martinez de campos apud Martins, também afastando o sentido literal, entende que a norma do artigo 66 do CC foi ultrapassada pelo evoluir da ciência, que permite saber com precisão e em todas as fases o estado do nascituro no ventre da mãe⁷⁵.

⁷⁴ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 105.

⁷⁵ *Idem*, p. 105.

2.4. Teorias do início da personalidade avançadas pela doutrina: teoria natalista, teoria concepcionista, teoria da personalidade condicional.

Para discutir a concepção doutrinária acima descrita, são mencionadas três teorias que discutem em torno do nascituro, nomeadamente, a teoria sobre a personalidade jurídica do nascituro, teoria natalista e a teoria concepcionista⁷⁶.

A primeira teoria é considerada limitativa do direito à vida, a segunda considerada expansiva do direito à vida. Entretanto as duas teorias da tríade, são convergentes e radicalmente opostas à terceira teoria, tanto que exprimem uma trilogia, em termos de pressuposto, instrumento e densificação jurídicas assumidas⁷⁷:

- Pressuposto jus-cognitivo: Direito à Vida humana esta normativamente positivado, mas é limitável.
- Instrumento jus-executivo: a limitação fundamental do Direito à vida será uma faculdade exercitável por uma legitimidade sociojurídica extrínseca à pessoa titular, que estabelece a atribuição e os atribuidores da personalidade jurídica.
- Densificação jurídica: genericamente efetiva e vigente em ordenamentos jurídicos de estados: a personalidade é obtida, ou seja, atribuída com o bom nascimento. Os direitos sucessórios que permanecem reconhecidos, mas suspensos ao concepturo e ao nascituro, são daí ativados por tutoria até à maioridade.

Contudo, a teoria natalista e da personalidade jurídica restringem o direito à vida e à sua proteção universal. Entretanto a teoria da personalidade condicionada, entende de antemão que o nascituro não teria personalidade jurídica, já que esta começa do nascimento com vida e quando a lei lhe confere proteção o faz de forma excepcional⁷⁸:

«O nascituro e, em casos mais limitados, o concepturo não é pessoa, mas já é sujeito de direito, conquanto sob a condição de que venha ter existência. Se tal sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário se não houver nascimento com vida, não há uma perda ou transmissão de direitos»⁷⁹.

A grande crítica que se faz a teoria da personalidade condicionada é o apego as questões patrimoniais e ausência de resposta ao apelo de direitos da personalidade a favor do nascituro, mesmo tendo amparo constitucional⁸⁰.

⁷⁶ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 83.

⁷⁷ *Idem*, p.83.

⁷⁸ CAMPOS, Mónica Martinez de, *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e Brasileira- análise comparativa*, p. 125.

⁷⁹ *Idem*, p.125.

⁸⁰ *Idem*, p. 125.

Por outro lado, temos a teoria concepcionista configura a positivação de normas jurídicas reconhecedoras e protetoras do direito à vida⁸¹. Tanto que também enuncia três pressuposto, nomeadamente:

- Pressuposto jus-cognitivo: o direito a vida humana esta normalmente positivado, mas é ilimitável, ou seja, expansiva⁸².
- Instrumento jus-executivo: a expansividade fundamental do direito a vida será decorrente da factualidade vital e identificada pela concepção, sendo inalienável titular deste facto a pessoa humana uterina, dado ser inalienável intransmissível e irrepetível a individualidade ontológico-antropológica e bio sociológica da pessoa-feto⁸³.
- Densificação jurídica: genericamente não afetiva e nem vigente em ordenamento jurídico de estados: a personalidade jurídica, de pessoa humana não pode nem deve ser atribuída, porque é uma propriedade intrínseca ao ser., e o ser não deixa de ser enquanto esta em estado existencial fetal⁸⁴.

Portanto, a doutrina entende não haver logica os discursos e legislação natalista e de personalidade jurídica suspensiva de desproteção do nascituro e de sua mãe em gestação⁸⁵. Destacando-se a teoria concepcionista que configura a positivação de normas jurídicas reconhecedoras e protetoras do direito à vida. Pois é vital que haja a dignidade e proteção do nascituro, para que possa ser possível responsabilizar a mãe pelo aborto provocado.

Entretanto aos olhos da teoria concepcionista, os direitos de personalidade, como o direito á vida, direito a integridade física e a saúde, não dependem do nascimento com vida, mas devem ser resguardados desde o início da vida intrauterina, tendo em conta que é esse o momento de início da vida humana⁸⁶.

⁸¹ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p.84.

⁸² Ibidem, p. 84.

⁸³ Ibidem, p. 84.

⁸⁴ Ibidem, p. 85.

⁸⁵ Idem, p.86.

⁸⁶ CAMPOS, Mónica Martinez de, *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e Brasileira- análise comparativa*, p. 128.

2.5. Princípio da dignidade humana

Nos primórdios para os cristãos, a dignidade da pessoa humana assentava na imagem e semelhança que o homem tinha de Deus, seu criador, tanto que Deus pronunciou “ façamos o homem aa nossa imagem e semelhança”⁸⁷. Dessa expressão deriva a superioridade do ser humano sobre toda a natureza, nomeadamente sobre os animais e a participação do ser humano na dignidade própria de Deus, através das qualidades que Deus lhe atribuiu⁸⁸.

Com a idade moderna, com a sua orientação mais antropocêntrica, houve alguma evolução nestes conceitos pois o ser humano enquanto subjectividade, enquanto individualidade, parece a fonte e sentido de tudo⁸⁹. Deste modo, o ser humano tende a ser equiparado ao universo, primeira fonte de sentido de toda a realidade. É o centro do mundo, distinguindo-se dos demais animais através sobretudo da sua racionalidade e do seu livre arbítrio⁹⁰.

O digno é justo, entretanto a sociedade justa apenas pode ser alcançado prestando respeito à dignidade transcendente do ser humano. Esta dignidade humana representa o fim último da sociedade, que é a ela ordenada⁹¹. Contudo, a ordem social e o seu progresso devem sempre fazer prevalecer o bem- estar dos homens, porque a ordem das coisas deve ser adequada à ordem dos homens, não o contrario⁹². Tanto que a CRM reconhece no seu artigo 119 o princípio da dignidade humana bem como a declaração universal dos Direitos Humanos.

A declaração universal dos Direitos Humanos de 1948 no seu número 1 reconhece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotados paz e consciência e devem agir em relação uns aos outros em espírito de fraternidade⁹³.

Para além da CRM e da declaração universal dos Direitos Humanos de 1948 existem outras convenções internacionais que reconhecem e proclamam a dignidade a todos os membros, tais como: a convenção internacional sobre os direitos da criança; convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965; a

⁸⁷ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 98.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 99.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁹¹ SANTOS, Paulo Adão Pereira dos, *Garantias Jurídicas Fundamentais*, Austra Livros, Luanda, 2020, p. 47.

⁹² *Idem*, p.47.

⁹³ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p.102.

convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979⁹⁴.

Sem se esquecer da ONU, quando fala da humanidade sublinha que todos os seres humanos são iguais em dignidade. Isto significa que a dignidade humana é algo que deve ser tida em consideração por todos de igual modo, isto é, não admite relativismos, sendo tratados duma maneira por uns, e doutra por outros⁹⁵.

Para o filósofo Meyer apud Cuna, dignidade é valor ou status usualmente atribuído a pessoas humanas, que possuem valor moral intrínseco⁹⁶:

Para o filósofo alemão Immanuel Kant apud Paulo dos santos, a dignidade é o valor que se reveste tudo o que não tem preço, o que significa que não é possível de ser substituído por algo equivalente. O conceito de dignidade orbita sobre três significados deste termo:

- a) O que se adequa e atribui respeito ao homem ou as coisas;
- b) A excelência no interior de uma sociedade organizada, o poder ou a autoridade; e,
- c) Estima e valoração⁹⁷.

A dignidade de um individuo representa a sua integridade moral e um ataque a essa dignidade é caracterizado como danos Morais, pois o princípio da dignidade da pessoa humana atribui direitos primários ao homem⁹⁸, uma vez que os direitos da pessoa encontram o seu fundamento no princípio da dignidade humana⁹⁹.

Nos referidos direitos primários estão os direitos de primeira geração (direito à vida, ao casamento, aa procriação, aa associação entre outros direitos) e os de segunda geração: direito aos cuidados de saúde, a habitação bem como os de terceira geração como reconhecimento explícito da comunidade¹⁰⁰.

O ser humano é digno porque é. A dignidade nasce com a pessoa, é inerente à sua essência. Devendo limitar-se a ser reconhecida e respeitada e, de um modo complementar, promovida e protegida, já que é inerente ao ser humano¹⁰¹. E para garantir tal respeito e reconhecimento, a ética serve-se de instrumento ao mesmo.

⁹⁴ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, 102.

⁹⁵ CUNA, Camilo Francisco, uma introdução à ética, Maputo, 2018, p.95.

⁹⁶ *Idem*, p. 96.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁹⁸ *Ibidem*, p.47.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰¹ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p.94.

A dignidade humana consiste em a pessoa ser naturalmente livre e existir para se mesma¹⁰². No entanto segundo esta noção é explícito que a liberdade e a dignidade são conceitos que se complementam, cujos fundamentos seguem intrinsecamente relacionados¹⁰³.

Cada pessoa é o ser único da sua espécie (espécie humana). A espécie humana tem milhares de milhões de seres únicos, insubstituíveis, merecedores de todo o respeito e de todo o cuidado¹⁰⁴.

A pessoa é uma pluralidade ética, de cuidado, de solidariedade, de identidade, de igualdade, de amor¹⁰⁵.

¹⁰² MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 99.

¹⁰³ SANTOS, Paulo Adão Pereira dos, *Garantias Jurídicas Fundamentais*, p. 49.

¹⁰⁴ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p. 95.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 95.

2.6. Estatuto Jurídico dos nascituros

O estatuto corresponde a posição jurídica complexa que integra direitos e deveres, de poderes e vinculações, de situações activas e passivas, em que a pessoa é investida por inerência da sua qualidade pessoal de membro de uma comunidade¹⁰⁶.

Antes mesmo de discutirmos em torno do estatuto jurídico do nascituro, é importante compreendermos a dimensão do princípio do personalismo ético, que constitui um dos princípios fundamentais do direito civil. Este princípio assenta na consideração da pessoa humana como ser livre, autónomo, igual e irrepetível, centro de gravidade de toda a organização social, dotado de uma dignidade originária e própria que lhe é inerente desde a concepção, que não pode ser reduzida nem alienada nem extinta¹⁰⁷.

A principal consequência do personalismo ético é o reconhecimento da personalidade jurídica, isto é a qualidade de ser pessoa, e a tutela dos direitos de personalidade. Enfatiza ainda Vasconcelos que este princípio deve estar sempre presente na mente do intérprete e do julgador, e em geral de todo o jurista digno desse nome¹⁰⁸.

Os nascituros são seres humanos com vida, que se encontram numa particular fase da vida. A vida humana tem início na concepção por comunicação da vida de ambos os pais. Dai em diante o nascituro desenvolve-se de um modo progressivo e ininterrupto, sem patamares nítidos. O nascimento é mais um facto relevante na vida da pessoa. A vida é a mesma e algumas funções vitais tornam-se mais autónomas da mãe. A sua natureza como ser humano não se altera¹⁰⁹.

O estatuto jurídico dos nascituros é alvo de posições controversas, pois não há unanimidade dos autores, a posição de Autores que negam personalidade jurídica aos nascituros, é o caso de Castro Mendes, C. Mota Pinto, Carvalho Fernandes¹¹⁰.

Para os autores acima citados entende que, na pendência da incerteza quanto ao nascimento, os direitos deixados ao nascituro não têm sujeito, pois já não pertencem ao doador ou ao decuis e ainda não cabem ao nascituro¹¹¹. 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

¹⁰⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed, Almedina, Outubro p.94.

¹⁰⁷ Idem, p. 11-12.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 13.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 73.

¹¹⁰ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, 6ªed, Lisboa, Universidade Católica Editora, V.I, 2012,p. 205.

¹¹¹ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, p. 205.

respectivo. Assim, a incerteza quanto a titularidade dos bens em causa é temporária e resolve-se sempre pela atribuição dos correspondentes direitos a uma outra pessoa¹¹².

Sustentam os autores acima citados não haver personalidade jurídica do nascituro, pois ao reconhecer-lhe personalidade, esta seria plena e não parcial, pois esta em causa uma pura qualidade jurídica, não é de admitir que ela comporte graus ou limitações¹¹³.

A posição diferente é defendida por Pais de Vasconcelos, defende ele que o nascituro tem a personalidade jurídica, pois o nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana, ele não é uma coisa, não é uma víscera da mãe¹¹⁴.

Sustenta ainda o autor que 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 próprio cadáver tem um regime jurídico de proteção muito intensa, mas nem se quer tem vida e dignidade humana¹¹⁵.

O autor considera ainda que a redação do artigo 66 do CC não é feliz. Mas nem por isso deve o intérprete ficar prisioneiro da sua letra. Até porque a personalidade jurídica das pessoas não depende da lei e esta fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem¹¹⁶.

Nesta senda acolhemos a posição do prof. Pais de Vasconcelos que considera que o nascituro possui personalidade jurídica, e difere-se do concepturo que nada é. Sendo o nascituro pessoa, ele é susceptível de direitos e obrigações e a primeira consequência que deriva dessa personalidade é a titularidade dos direitos de personalidade consagrados na Constituição e no código civil. Tais direitos de personalidade podem ser: direito a vida, a integridade física, a saúde, ao nome, a honra, carecem de igual tutela concedida as demais pessoas. Devendo a mãe cuidar e proteger a vida do nascituro bem como a sua integridade física e moral.

¹¹² FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, p.205.

¹¹³ Ibidem, p. 204.

¹¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, P. 74.

¹¹⁵ Ibidem, P. 74.

¹¹⁶ Ibidem, P. 75.

2.7. Instituto da responsabilidade civil

Considera Leitão, que a responsabilidade civil constitui o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem. A responsabilidade civil consiste, por isso numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos¹¹⁷.

Entende Almeida Costa que existe responsabilidade civil quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra. E a lei faz surgir uma obrigação em que o responsável é o devedor e a vítima credor¹¹⁸.

Para Faizal, a responsabilidade civil é a vinculação, a adstrição de uma pessoa ao dever de indemnizar a outra em virtude de a ter causado danos através da prática de determinado facto (acto, ou omissão)¹¹⁹.

Nós entendemos que a responsabilidade civil constitui a obrigação de indemnizar que recai sobre o sujeito passivo da relação jurídica strito sensu.

Em termos gerais, para que haja responsabilidade civil por factos ilícitos, é necessário que se verifiquem cinco principais pressupostos, nomeadamente: o facto jurídico, o dano, a ilicitude, a culpa e o nexo de causalidade.

2.7.1. Facto voluntario do agente

Tratando-se de uma responsabilidade civil subjectiva, o facto voluntario do agente, constitui o primeiro pressuposto, pois esta não poderia ser estabelecida sem existir um comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano¹²⁰.

O facto voluntario do agente pode revestir duas formas:

A acção (art.º 483) e a omissão (art.º 486). Tratando-se de uma acção, a imputação da conduta ao agente apresenta-se como simples. Já no caso da omissão essa imputação ao agente exige algo mais: a sua oneração com um dever específico de praticar o acto omitido. Conforme resulta do art.º 486, esse dever específico de

¹¹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, V. I, 8ªed, Almedina, Abril, 2009, p. 283.

¹¹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 6ªed, Almedina, Coimbra, 1994, p. 473.

¹¹⁹ ABREU, Faizal De, *A natureza Jurídica Da Responsabilidade Do Comitente Colecção de Monografias*, s/a, p. 24.

¹²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p.287.

garante pode ser criado por contrato ou pode mesmo ser imposto por lei, como acontece nalgumas disposições do nosso código art.º 491º, 492º e 493º ¹²¹.

2.7.2. Ilícitude

A ilicitude não se auferem em relação ao resultado, mas pressupõe antes uma avaliação do comportamento. A ilicitude corresponde ao 2º pressuposto da responsabilidade civil. Segundo Antunes Varela, não basta que alguém pratique um facto prejudicial aos interesses de outrem, para que seja obrigado a compensar o lesado, é necessário que haja reprovação da conduta do agente, embora no plano geral e abstracto em que a lei se coloca numa primeira aproximação da realidade¹²². Isto significa que a conduta do agente deve ser desforme com as normas do ordenamento jurídico.

A ilicitude compreende duas formas: a violação de um direito de outrem, que constituem os casos mais nítidos da ilicitude civil; e a violação da lei que protege interesses alheios, isto é a infração da norma destinada a proteger interesses alheios¹²³, trata-se de infração das leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um direito subjectivo a essa tutela e de leis que, tendo também ou até principalmente em vista a protecção de interesses colectivos, não deixam de atender aos interesses particulares¹²⁴.

A segunda forma da ilicitude exige outros requisitos para que o lesado tenha direito a indemnização¹²⁵, nomeadamente:

- Que a lesão dos interesses do particular corresponda a violação de uma norma legal.
- Que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada.
- E que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar.

Para além das duas formas acima descritas da ilicitude, o abuso do direito previsto nos termos do art.º 334 do Código Civil, constitui uma forma de comportamento antijurídico capaz

¹²¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p. 288.

¹²² VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das Obrigações e m Geral*, 10ªed, V.I, Almedina, Novembro, 2000, p.543.

¹²³ Ibidem P.533-536.

¹²⁴ Ibidem, p. 536.

¹²⁵ Ibidem, P. 539-540.

de determinar a obrigação de indemnizar, se não houver uma causa especial de exclusão da ilicitude¹²⁶.

2.7.2.1. Causas da exclusão da ilicitude

O princípio geral da responsabilidade civil consta do art.º 483 na qual aquele que, age com dolo ou mera culpa, é obrigado a indemnizar, mas existem situações na qual a responsabilidade civil é imputada a alguém que não adoptou nenhuma conduta danosa, entretanto é obrigado a ressarcir o lesado¹²⁷. Trata-se portanto, daquelas circunstâncias que, por tirarem ao facto que ocasionou o dano a sua ilicitude, excluem a responsabilidade civil e o número 1 do art.º 483 do Código Civil, já pressupõe a possibilidade de violação lícita de direitos de outrem ou de normas dirigidas a proteger interesses alheios¹²⁸. Existem duas causas gerais que afastam a ilicitude, nomeadamente:

O regular exercício de um direito e o cumprimento de um dever. Ao lado destas, encontram-se certas causas especiais justificativas do facto, que se consagram a propósito do exercício e tutela dos direitos artigos. 334 e seguintes: acção directa, a legítima defesa, o estado de necessidade e o consentimento do lesado¹²⁹.

Deste modo, compreende-se que, a pessoa que viola um direito alheio no exercício de um direito próprio não actua, em princípio, ilicitamente, conforme dispõe o art.º 483 numero 1. Mas esta causa justificativa conhece algumas limitações, a primeira consta do art.º 335 do CC, havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes, e se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior. Outro limite consta do art.º 334, que refere-se ao abuso do direito.

De igual modo não se verifica, em princípio responsabilidade dos que actuam no cumprimento de um dever jurídico. Neste caso existindo colisão de deveres que recaiam sobre a mesma pessoa, caberá ao agente dar prevalência ao mais importante¹³⁰. Essa supremacia é determinada, naturalmente, pelo valor do bem ou interesse que se visa prosseguir ou proteger.

¹²⁶ VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das Obrigações em Geral*, p.544.

¹²⁷ ABREU, Faizal De, *A natureza Jurídica Da Responsabilidade Do Comitente Colecção de Monografias*, p. 24.

¹²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 474.

¹²⁹ Ibidem, p. 474.

¹³⁰ Ibidem, p. 475.

E esta causa justificativa só releva se o respectivo sujeito não contribuiu culposamente para a impossibilidade de satisfação de ambos¹³¹.

2.7.3. A culpa

Para além do facto voluntario do agente e a ilicitude, para que haja responsabilidade civil, a lei exige ainda a culpa como pressuposto normal da responsabilidade civil, considerando excepcionais os casos de responsabilidade sem culpa nos termos do artigo 483 numero 2 do Código Civil¹³².

A culpa constitui o juízo de censura ao agente por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adoptar conduta diferente. E entendida também no sentido normativo, como a omissão da diligencia que seria exigível ao agente de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe¹³³.

No entanto, para que o agente possa ser efetivamente censurado pelo seu comportamento é necessário que ele conhecesse ou devesse conhecer o desvalor do seu comportamento e que tivesse podido escolher a sua conduta. Dai que se considere existir falta de imputabilidade quando o agente não tem a necessária capacidade para entender a valorização negativa do seu comportamento ou lhe falta a possibilidade de o determinar livremente. Sendo a imputabilidade pressuposto do juízo de culpa, naturalmente que o agente fica isento de responsabilidade se praticar o facto em estado de inimputabilidade (art.º 488, nº 1), o que a lei presume que se verifique sempre que o agente seja menor de sete anos ou interdito por anomalia psíquica (art.º 488, nº 2)¹³⁴.

A culpa admite duas formas que podem ser, o dolo (directo, necessário ou eventual) e negligência seja ela consciente ou inconsciente.

No dolo directo, o autor do facto age com o intuito de atingir o resultado ilícito da sua conduta, que de antemão representou e quis¹³⁵.

O dolo necessário ocorre quando o agente não tem intenção de causar o resultado ilícito, mas bem sabe que este constituirá uma consequência necessária e inevitável do efeito imediato que a sua conduta visa¹³⁶.

¹³¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p.475.

¹³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p. 313.

¹³³ Idem, p. 313-314.

¹³⁴ Ibidem, p. 314.

¹³⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 488.

¹³⁶ Ibidem, p. 488.

No dolo eventual, o agente representa o resultado ilícito, mas o dano surge apenas como consequência meramente possível e não necessária da sua conduta, agindo ele sem confiar que o mesmo não se produza¹³⁷.

No que concerne a negligência, que consiste no simples desleixo, imprudência ou inaptidão¹³⁸, como outrora referenciamos que ela pode ser consciente ou inconsciente.

Negligência consciente, constitui os casos em que o autor prevê a produção do facto ilícito como possível, mas por levandade, precipitação, desleixo ou incúria crê na sua não verificação, e só por isso não toma as providências necessárias para evitar¹³⁹.

Negligência inconsciente, ocorre nas situações da vida corrente, em que o agente não chega sequer, por imprevidência, descuido, imperícia ou inaptidão, a conceber a possibilidade de o facto se verificar, podendo e devendo prevê-lo e evitar a sua verificação, se usasse da diligência devida¹⁴⁰.

O dolo para efeitos de responsabilidade civil corresponde à intenção do agente de praticar o facto. Já na negligência não se verifica essa intenção, mas o comportamento do agente não deixa de ser censurável em virtude de ter omitido a diligência a que estava legalmente obrigado¹⁴¹.

À semelhança do que sucede com a ilicitude, também a culpa pode ser excluída sempre que o agente se encontre em determinada situação que afaste a possibilidade de ordem jurídica estabelecer um juízo de censura em relação ao seu comportamento. Segundo Pessoa Jorge, poderemos apontar como causas de exclusão da culpa as seguintes: a) erro desculpável; b) medo invencível; d) desculpabilidade¹⁴².

a) Erro desculpável

Encontra-se previsto nos termos do artigo 338 do Código Civil, que estabelece: se o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos que justificam a acção directa ou a legítima defesa, é obrigado a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável.

¹³⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 488.

¹³⁸ Idem, p. 488.

¹³⁹ VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das Obrigações em Geral*, p. 573.

¹⁴⁰ Idem, p. 573.

¹⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p. 315.

¹⁴² Ibidem, p. 329.

b) Medo invencível

O medo invencível constitui uma das causas da exclusão da culpa. Esta situação ocorre sempre que a atuação da agente tenha sido provocada por um medo que não conseguiu ultrapassar, sem que tal lhe possa, em face das circunstâncias, ser censurado¹⁴³.

O número 2 do artigo 337 do Código Civil, prevê uma das situações da exclusão da culpa, nas situações em que haja excesso da legítima defesa devido a perturbação ou medo não culposos do agente.

c) Desculpabilidade

Admite-se genericamente a desculpabilidade como causa da exclusão da culpa do agente, sempre que, embora não se verificando medo nem erro, em face das circunstâncias do caso não lhe fosse exigível comportamento diferente¹⁴⁴.

2.7.4. Dano

O dano constitui um dos requisitos da responsabilidade civil, isto significa que, o facto ilícito culposos só determina responsabilidade civil desde que cause um dano a terceiro, elemento constante na parte final do n.º 1 do art.º 483 do código civil¹⁴⁵.

O dano ou prejuízo é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. Várias classificações procuram esclarecer as espécies e natureza do dano¹⁴⁶:

Distinguem-se entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais, consoante sejam ou não susceptíveis de avaliação pecuniária. Quer dizer os primeiros, porque incidem sobre interesses de natureza material ou económica refletem, -se no património do lesado, ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral.

Para Leitão, os danos patrimoniais são aqueles que correspondem à frustração de utilidade susceptíveis de avaliação pecuniária e os danos não patrimoniais são aqueles que correspondem à frustração de utilidades não susceptíveis de avaliação pecuniária, como o desgosto resultante da perda de um ente querido¹⁴⁷.

¹⁴³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p.330.

¹⁴⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p.331.

¹⁴⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p.496.

¹⁴⁶ Idem, p.496-497.

¹⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p.336-337.

Durante imenso tempo foi objecto de controvérsia atribuir indemnização por danos não patrimoniais. Argumentava-se em sentido contrario que os referidos danos não são de natureza susceptíveis de reparação, já que não há nada que permita compensar a dor ou desgosto sofrido por alguém. Assim a atribuição de uma indemnização pecuniária quando o dano não reveste essa natureza acabaria por conduzir a um enriquecimento da vítima, que receberia uma quantia em dinheiro sem que o seu património tivesse sofrido qualquer diminuição. Para além disso, a indemnização dos danos morais equivaleria a uma forma de comercialização do sentimento (*pretium doloris*), que se teria considerar como imoral, correspondente a uma visão materialista da sociedade¹⁴⁸.

Mas face a esses argumentos, responde Menezes Leitão que se a indemnização por danos não patrimoniais não elimina o dano sofrido, pelo menos permite atribuir ao lesado determinadas utilidades que lhe permitirão alguma compensação pela lesão sofrida¹⁴⁹. O dano pode ainda ser classificado em, danos emergentes e lucro cessantes.

Os danos emergentes corresponde assim à situação em que alguém em consequência da lesão vê frustrada uma utilidade que já tinha adquirido. E o lucro cessante corresponde aquela situação em que é frustrada uma utilidade que o lesado iria adquirir, se não fosse a lesão¹⁵⁰.

Os danos podem ser também presentes e futuros. Os danos consideram-se presentes se já se encontram verificados no momento da fixação da indemnização, sendo futuros no caso contrario¹⁵¹.

O número 2 do artigo 564 do Código Civil prevê as situações de fixação de indemnização dos danos futuros, desde que sejam previsíveis, se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior. Entende Leitão que desta norma resulta, em primeiro lugar, que o facto de o dano ainda não se ter verificado não é fundamento para excluir a indemnização, bastando-se o tribunal com a previsibilidade da verificação do dano para a fixar¹⁵².

2.7.5. Nexos de causalidade entre o facto e dano

O nexos de causalidade entre o facto e dano constitui o último pressuposto da responsabilidade civil, que resulta do número 1 do artigo 483 do Código Civil.

¹⁴⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, p.338.

¹⁴⁹ Idem, p. 338.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 336.

¹⁵¹ Ibidem, p. 336.

¹⁵² Ibidem, P. 336.

De acordo com este pressuposto, entre o facto e o dano deve haver uma ligação, isto é o facto deve constituir a causa do dano, tanto que há que ressarcir apenas os danos que sobrevenham ao facto ilícito e não todos e quaisquer danos¹⁵³.

O nexo de causalidade entre o facto e o dano desempenha, consequentemente dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indemnizar¹⁵⁴.

A titularidade do direito à reparação cabe, em princípio, à pessoa ou pessoas a quem pertence o direito ou interesse juridicamente protegido que a conduta ilícita violou. Contudo, nalgumas situações excepcionais, admite-se que outras pessoas, além do ofendido, tenham direito a exigir indemnização, ou que esta se alargue a terceiros só mediata ou reflexamente prejudicados¹⁵⁵.

O artigo 495 do Código Civil nos seus números 1 e 2, prevê as situações de indemnização a terceiros em caso de morte ou lesão corporal, garantindo que tenham direito a indemnização aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima. Tem igualmente direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a que o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.

Em relação aos danos não patrimoniais, tem direito a indemnização por morte da vítima, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes, na falta destes, aos pais ou outros ascendentes e por ultimo, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

¹⁵³ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 507.

¹⁵⁴ Idem, p. 507.

¹⁵⁵ Idem, p. 509.

CAPÍTULO III: INTERPRETAÇÃO E DISCUSSÃO DE DADOS

3.1. Meios de tutela dos direitos de personalidade do nascituro

A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral¹⁵⁶.

A tutela da personalidade esta positivada quer na Lei Constitucional, quer na lei civil, quer na lei criminal e na própria lei internacional¹⁵⁷.

A tutela constitucional da personalidade insere-se na defesa de direitos, deveres e liberdades fundamentais nos termos do artigo 35 e seguintes da CRM, garantindo o direito à vida, a integridade física e moral, o direito à honra, ao bom nome, a reputação, a defesa da sua imagem pública e a reserva da sua vida privada.

A tutela penal da personalidade é feita através da tipificação como crimes das mais graves agressões à personalidade¹⁵⁸. Exemplo os crimes contra as pessoas tipificados no livro segundo, título I, entre os artigos 159 e seguintes. Que incluem os crimes contra a vida, a vida uterina, integridade física, a liberdade das pessoas, a honra e reserva da vida privada, os crimes contra a humanidade, os crimes sexuais e os crimes contra os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos.

A tutela penal da personalidade, revela sua importância, não só estreitamente pessoal, mas também social e comunitária dos valores a defender e preservar, pois não é só a pessoa da própria vítima que esta em causa, mas toda a comunidade a que pertence¹⁵⁹.

O principal meio de tutela dos direitos de personalidade que a lei civil concede é a responsabilidade civil que consiste na obrigação de indemnizar o lesado pelos danos causados nos termos do artigo 483 do CC.

A cláusula geral de tutela da personalidade estabelecida nos termos do artigo 70 do CC protege desde logo, os bens da personalidade ligados à relação do homem consigo mesmo, como por exemplo: a vida, o corpo e os seus elementos básicos: o somático, a psique e a saúde;

¹⁵⁶ Vide o nº 1 do artigo 70 do Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o *Código Civil*.

¹⁵⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 44.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 45.

o espírito e os seus sistemas fundamentais, os sentimentos, a inteligência e a vontade; bem como a capacidade criadora do homem e as respectivas criações¹⁶⁰. E outros bens da personalidade decorrentes da relação do homem com o seu próprio ambiente físico e social, como a identidade, a liberdade, a igualdade, a existência e a segurança, a honra, a reserva e o desenvolvimento da personalidade¹⁶¹.

Sendo os nascituros seres vivos humanos intra-uterinos dotados de uma estrutura e dinâmica próprias e, como tais, são indivíduos dotados de uma naturalística personalidade físico-moral, a ratio legis do artigo 70 também lhes são aplicável, 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 processe no modo próprio¹⁶².

A tutela concedida nos termos do artigo 70 do CC abrange não só a defesa do concebido contra acções violadoras da sua personalidade física e moral mas também a defesa contra omissões ilícitas¹⁶³. Com efeito, nos termos gerais do artigo 486 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 do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.

A tutela da personalidade do concebido abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo por exemplo ser civilmente indemnizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro, pelo que as agressões, as sevícias ou os maus tratos à sua mãe de que resultem danos deverão ser objecto de medidas cíveis eliminatórias ou atenuadoras e de responsabilidade civil¹⁶⁴.

Pelo que, há nomeadamente, obrigação de indemnizar, caso se verifiquem os demais requisitos legais, se houver omissão de actos devidos por parte dos pais cuja ocorrência obstaria, com certeza ou com maior probabilidade, a danos na personalidade do concebido¹⁶⁵.

Assim por exemplo, comete omissões ilícitas, suscetíveis de desencadear obrigações de reparação ou providencias adequadas, uma mulher grávida que, deliberada ou negligentemente, de um modo 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 fome¹⁶⁶.

¹⁶⁰ SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil, V.I, COIMBRA EDITORA, 2003*, p. 56.

¹⁶¹ Idem, p.56.

¹⁶² Ibidem, p. 269.

¹⁶³ Ibidem, p. 274.

¹⁶⁴ SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil, V.I, Coimbra Editora, 2003* p. 274.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 274

¹⁶⁶ Ibidem, p. 274.

Assim, e 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, a título de exemplo, estabelece o artigo 2 do diploma ministerial e do código penal as situações admitidas, nomeadamente nos casos em que:

- Ponha em risco a vida da mulher;
- Coloque em risco a saúde física da mulher;
- Constitua um risco para a saúde mental da mulher;
- Resulte de violência sexual, incluindo violação ou incesto;
- Resulte da falência de método contraceptivo moderno;
- A mulher esteja infectada pelo vírus de HIV SIDA;
- A gravidez seja indesejada em menores não preparadas sob ponto de vista biológico a integridade física do concebido recebe igual proteção jurídica nos termos do artigo 70 do CC.

Ora, dentre as varias causas admitidas para a interrupção da gravidez, entendemos que o facto de a mulher estar infectada pelo vírus de HIV SIDA não constituir motivo bastante para se retirar uma vida, pese embora Tietze entenda que o aborto é muito mais que uma questão medica, ética ou legal, sendo no entanto acima de tudo uma questão humana. Contrariando a posição da autora entendemos que o aborto pode ate ser uma questão medica e legal, mas não uma questão ética e humana, pois seria forçoso demais assim o considerar. Pois o aborto não pode em algum momento ser encarado como algo ético, por mais que o aborto seja descriminalizado em algumas situações no código penal, não deixa de ser visto como anti- ético, pois não constitui algo benéfico para a sociedade. Sendo assim, o aborto não é uma questão humana mas sim desumana.

Para reforçar o entendimento acima descrito, entende Mário da Silva Ribeiro que o aborto voluntário não deve ser aceito porque viola, seja no plano moral, seja no plano jurídico, o direito à vida e, naturalmente a dignidade do nascituro, contrio sensu, incentivar, promover

ou realizar abortos não é senão irracional. No entanto esta irracionalidade abortiva pode ser exposta logicamente obedecendo à seguinte cadeia de argumentos¹⁶⁷:

a) Primeiro argumento: Todo nascituro da espécie *Homo sapiens* é pessoa humana digna da máxima estima, não podendo, por isso, ser privado do direito de continuar a existir. Cessar deliberadamente o seu desenvolvimento, levando-o à morte, consiste numa afronta ao seu direito à vida – o mais importante dos direitos – e, por conseguinte, à sua dignidade, consubstanciando um ato antiético e ilícito que não deve ser tolerado moralmente e permitido juridicamente;

b) Segundo argumento: O aborto voluntário, em qualquer fase de desenvolvimento do nascituro, visa deliberadamente a cessar o seu desenvolvimento, levando-o à morte.

c) Conclusão: Logo, o aborto voluntário, em qualquer fase de desenvolvimento do nascituro, consiste numa afronta ao seu direito à vida – o mais importante dos direitos – e, por conseguinte, à sua dignidade, consubstanciando um ato antiético e ilícito que não deve ser tolerado moralmente e permitido juridicamente.

Entretanto, para além dos mecanismos acima mencionados existem outras providencias adequadas às circunstâncias do caso que a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida¹⁶⁸.

Tais providências adequadas às circunstâncias do caso designam-se por providências cautelares. Elas constituem as medidas provisórias que têm por fim acautelar o efeito útil da acção já proposta ou a ser proposta¹⁶⁹. Uma destinam-se a acautelar os resultados da acção, mantendo a situação inicial para que ela não se altere em condições que não seja susceptíveis de reintegração, e outras a antecipar a realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido, dada a urgência na sua efetivação¹⁷⁰.

As providências cautelares carecem de autonomia, tanto que têm um carácter instrumental, pois dependem sempre de uma acção, o que ilustra o seu carácter subordinado ou dependente. Não são autónomas como as acções, pois caducam em trinta dias¹⁷¹, nos termos do artigo 381 do código de processo civil. Tanto que a sua estrutura é muito simplificada, pois o juiz não exige a demonstração do dano com o mesmo grau de certeza que se exige quando se trata de uma acção, mas apenas exige-se: a probabilidade seria da

¹⁶⁷ RIBEIRO, Mário da Silva, *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida do Nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos*, artigo científico, R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 3, 2017, p. 162.

¹⁶⁸ Vide o art.º 70 do Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o *Código Civil*.

¹⁶⁹ TIMBANE, Tomas, *Lições de Processo Civil*- V. I, Escolar Editora, Junho, 2010, p. 229.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 229.

¹⁷¹ Ibidem, p. 229.

existência do direito (*fumus bonis iuris*) e o fundado receio de que, enquanto se espera, venham a faltar as circunstancias favoráveis a essa tutela (*periculum in mora*)¹⁷².

Deste modo, para que seja decretada uma providencia, é necessário que se demonstre existir o *periculum in mora*. Ou seja, o prejuízo concreto que a demora na satisfação traz para o titular do direito e na mera probabilidade, ainda que seria, da existência desse direito¹⁷³.

Tais providências podem ser especificadas e não especificadas. O CPC prevê, exemplificativamente, três situações de providências cautelares não especificadas, nomeadamente: a autorização para pratica de determinados actos, a intimação para que o reu se abstenha de certa conduta ou a entrega de bens móveis ou imoveis a terceiro, seu fiel depositário.

Entretanto, tratando-se de um nascituro poderão os parentes requerer as providências necessárias adequadas ao caso em concreto, isto é, uma das três outrora mencionadas, bem como requerer a inibição do exercício do poder parental.

Deste modo, só se pode recorrer as providências cautelares não especificadas, se não existir uma providência cautelar especificada adequada a situação em concreto. Assim, tratando-se do nascituro poderá a mãe requer os alimentos provisórios como consagra o artigo 289 n° 2 conjugados com o artigo 434 da lei da família, ao garantir o direito a alimentos a mãe desde o início da gravidez ate ao fim do primeiro ano de vida do filho, tratando-se de mãe solteira.

¹⁷² TIMBANE, Tomas, *Lições de Processo Civil*, p. 230.

¹⁷³ Idem, p. 230.

3.2. Distinção entre nascituro e concepturo

Os nascituros diferem-se dos concepturos, pois os nascituros são seres humanos já concebidos mas ainda não nascidos, sendo o respectivo nascimento provável enquanto os concepturos são projectos de concepção de seres humanos, cuja concepção e nascimento se preveem como possíveis¹⁷⁴.

O nascituro difere-se do concepturo pois este último não é objecto da tutela jus civilística do artigo 70 do CC, porque não possui qualquer forma de vida humana, não é uma personalidade humana¹⁷⁵, enquanto o nascituro embora não tenha personalidade jurídica plena, É para efeitos do artigo 70 do CC um indivíduo e, ate mais do que isso, uma pessoa, e tem uma personalidade física e moral¹⁷⁶. Isto significa que os concepturos não possuem uma qualquer personalidade ou realidade biológica, material, em que possa assentar sequer uma personalidade jurídica parcial. Assim a melhor construção da tutela em causa é a de direitos sem sujeito¹⁷⁷.

Os nascituros diferem-se dos concepturos pelo facto de os nascituros terem a capacidade sucessória, podendo adquirir por sucessão testamentária ou legal, enquanto os concepturos terão capacidade sucessória exceccionalmente e mediante concessão legal, isto é mediante a sucessão testamentária ou contratual¹⁷⁸. Assim, ao ser chamado a suceder, o nascituro é-o como pessoa já existente, com todas as consequências jurídicas que daqui derivam, tanto que se falecer antes ou depois do nascimento os bens adquiridos transmitem-se para os seus herdeiros¹⁷⁹, apesar de os direitos do nascituro sobre esses bens estarem condicionados de acordo com o artigo 66 do CC, ao seu nascimento completo e com vida, não interessa pois é uma norma gasta, uma vez que os direitos não surgem com o nascimento, eles já cabem ao nascituro mas os seus efeitos dependem de uma condição¹⁸⁰.

¹⁷⁴ SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, V.I, Coimbra editora, 2003, p. 265.

¹⁷⁵ Idem, p. 282.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 270.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 283.

¹⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito das sucessões*, 4ª ed, Almedina. p.98 e 105.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 98-99.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 98-99.

Há vários preceitos legais, no código civil, na Lei da Família que, bem como na lei das sucessões, revelam que o nascituro já concebido é algo diferente e algo mais do que uma coisa, do que uma víscera especialmente protegida¹⁸¹:

- O artigo 274 e 293 da Lei da família, ao prever a perfilhação do nascituro e a representação legal e administração dos bens do nascituro, estando assim sujeito ao poder parental;
- O artigo 289 nº 2 conjugados com o artigo 434 da lei da família, ao garantir o direito a alimentos a mãe desde o início da gravidez até ao fim do primeiro ano de vida do filho, tratando-se de mãe solteira;
- O artigo 952 do Código Civil, ao permitir que os nascituros adquiram doações, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da doação, presumindo-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário;

Todos estes preceitos e regimes legais revelam que o nascituro é uma pessoa e não uma coisa, pois atendendo aquilo que é a noção da perfilhação, constata-se que a perfilhação é feita sobre uma pessoa e não sobre uma coisa. E só uma pessoa pode ter pai e integrar-se numa família e já as coisas constituem propriedade e possuem seus proprietários.

¹⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 74.

3.3. Responsabilidade civil da mãe pela tentativa do aborto

O artigo 40 da CRM preceitua entre os direitos fundamentais, que a vida humana é inviolável. Entretanto, parece assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe¹⁸². Tendo o nascituro uma garantia constitucional dever-se-á considerar o mesmo como um bem juridicamente protegido.

Em termos doutrinários, para falar da responsabilidade civil da mãe pelo aborto provocado basear-se-á na doutrina que defende a dignidade e proteção do nascituro. Esta doutrina pauta pela defesa da vida e injustiças sobre o nascituro, no que o direito positiva para a desproteção do nascituro e dos progenitores¹⁸³.

O nascituro é por natureza indefeso, absolutamente dependente dos seus progenitores. A sua condição humana não é discutível, mas sob risco de reconhecimento, aceitação e atribuição dignificante por parte dos seus próprios progenitores¹⁸⁴.

Para discutir a concepção doutrinária acima descrita, são mencionadas três teorias que discutem em torno do nascituro, nomeadamente, a teoria sobre a personalidade jurídica do nascituro, teoria natalista e a teoria concepcionista¹⁸⁵.

Entretanto, para além dessas teorias, temos por base os princípios fundamentais do Direito Civil, o princípio do personalismo ético e princípio da dignidade humana, estes princípio assentam na consideração da pessoa humana como ser livre, autónomo, igual e irrepetível, centro de gravidade de toda a organização social, dotado de uma dignidade originária e própria que lhe é inerente desde a concepção, que não pode ser reduzida nem alienada nem extinta¹⁸⁶.

A principal consequência do personalismo ético é o reconhecimento da personalidade jurídica, isto é a qualidade de ser pessoa, e a tutela dos direitos de personalidade. Enfatiza

¹⁸² SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, V.I, Coimbra Editora, 2003, p. 266.

¹⁸³ MARTINS, Ives gandra da silva *et al*, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, p.79.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 79.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 83.

¹⁸⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 11-12.

ainda Vasconcelos que este princípio deve estar sempre presente na mente do intérprete e do julgador, e em geral de todo o jurista digno desse nome¹⁸⁷.

Nesta senda defendemos teoria concepcionista e acolhemos a posição do prof. Pais de Vasconcelos que considera que o nascituro possui personalidade jurídica, e difere-se do concepturo que nada é. Sendo o nascituro pessoa, ele é suscetível de direitos e obrigações e a primeira consequência que deriva dessa personalidade é a titularidade dos direitos de personalidade consagrados na CRM e no código civil. Tais direitos de personalidade podem ser: direito a vida, a integridade física, a saúde, ao nome, a honra, carecem de igual tutela concedida as demais pessoas. Devendo a mãe cuidar e proteger a vida do nascituro bem como a sua integridade física e moral.

Outrora tendo o nascituro a personalidade jurídica faria com que ele tivesse maior proteção que o cadáver, mas não é isso que se verifica, pois o código civil concedi tutela a este último nos termos do artigo 71, ao estabelecer que os direitos de personalidade gozam de igual proteção depois da morte do respectivo titular. Devendo os familiares, nomeadamente: o cônjuge sobrevivente, ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido, requerer a responsabilidade civil, bem como as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Mas nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico moçambicano concede maior proteção ao nascituro quando comparado a proteção do cadáver.

Ora, se alguns direitos de personalidade não cessam com a morte por considerarem a morte como uma fase, a concepção deve ser encarada também como uma fase, na qual não se apenas lhes resguardado direitos patrimoniais, mas também direitos não patrimoniais. Pois olhando para as normas protetoras do cadáver, não verifica-se nenhum direito patrimonial que lhe é resguardado, mas apenas encontramos: a norma do artigo 71 do CC que estabelece que os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular. Entretanto prof. Vasconcelos considera que o regime jurídico do artigo 71 do CC não tutela direitos de personalidade do defunto, mas antes e apenas os direitos de personalidade dos seus familiares e herdeiros ao respeito pelo defunto¹⁸⁸.

¹⁸⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 13.

¹⁸⁸ Idem, p. 87.

Ora, a posição do autor parece contradizer o carácter da intransmissibilidade dos direitos de personalidade. Pois segundo esta característica, os direitos da personalidade são também intransmissíveis, quer em vida, quer por morte, extinguindo-se, assim, com o seu titular .

Ainda considera-se que o morto tem um valor sagrado, tanto na religião, na moral, na cultura e no direito, o que faz com que o cadáver seja tratado com respeito muito especial e a sua profanação constitui um crime¹⁸⁹.

Entretanto, a protecção dos direitos da pessoa falecida visa o respeito pelos mortos como valor ético. Porém, o mesmo legislador que reconhece valor ético ao morto, ignora o mesmo valor ao nascituro que respira e tem esperança de vida.

Contudo apesar da divergência, o que se pretende é a protecção tanto do morto assim como do nascituro.

A tentativa do aborto não isenta de responsabilidade civil, desde que cause lesões ao concebido e estejam preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente: o facto jurídico, o dano, a ilicitude, a culpa e o nexo de causalidade. Excepto se concorrerem para a realização desse acto o regular exercício de um direito e o cumprimento de um dever ou estiver diante de uma das causas da exclusão da culpa, nomeadamente: erro desculpável; medo invencível; e desculpabilidade.

De igual modo constituem causas da exclusão de responsabilidade civil e criminal do aborto ou a sua tentativa o regular exercício de um direito e o cumprimento de um dever. Ao lado destas, encontram-se certas causas especiais justificativas do facto, que se consagram a propósito do exercício e tutela dos direitos artigos 334 e seguintes: acção directa, a legítima defesa, o estado de necessidade e o consentimento do lesado.

Entretanto, a tentativa do aborto da mãe ou mesmo o aborto, viola o direito do pai à paternidade¹⁹⁰, que tem como corolário o direito à família, para além de dar lugar a uma responsabilidade civil nos termos do artigo 483 do Código Civil por acção assim como por omissão da mãe, que por negligência não toma devido cuidado sanitário por forma a garantir um desenvolvimento saudável. O aborto voluntário levado à cabo pela mãe não limita apenas

¹⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil* , p. 88.

¹⁹⁰ Idem, p. 57.

o direito de exercer a paternidade, como também opsta a materialização do princípio de igualdade constitucionalmente consagrado nos termos do art 35.

Se por um lado a, mulher tem o direito à liberdade de escolher, abortar a qualquer momento, independentemente da fase gestacional em que se encontre. Por outro lado temos a proibição legal do aborto, que parece prejudicar o direito a autonomia da mulher e o controlo sobre seu próprio corpo¹⁹¹.

Desta feita, de acordo com Marco António, se a vedação a prática abortiva fere a autonomia da mulher, tal proibitivo não se afigura legítimo. Pois a opção da mulher em abortar tem apenas em vista exclusivamente o respeito pelo seu direito como mulher e sua autonomia para preservar seu corpo e ignora os aspetos de alto-releva, que é salvaguardar a evolução da vida humana¹⁹².

No entanto, para se encontrar um mínimo equilíbrio é necessário que o pai de o seu consentimento para a prática do aborto, uma vez que os pais são obrigados a contrair responsabilidades em virtude da paternidade, o que não nos parece equivocado, entretanto, o que se pretende é conceder seus direitos na equivalência de seus deveres, garantindo-se ao progenitor a intervenção na realização do plano familiar e parental¹⁹³.

Contudo, concretizar a paternidade atualmente é situação que depende exclusivamente da mulher gestante, esperando que ela leve sua gravidez até o final, assim, na condição de pai, e, portanto, sujeito de obrigações e direitos, este contribuiu geneticamente para a formação fetal, razão pela qual é detentor do direito de opinar pela interrupção da gravidez. Portanto, se o pai já possui obrigações sobre o nascituro, já deve ter direito de proteger seu filho da morte, ou, ao menos, opinar sobre o aborto¹⁹⁴.

O aborto dá lugar de igual modo a responsabilidade penal, nos termos do artigo 166 do código penal, pois nascituro é uma pessoa digna, de integridade física e moral, por isso merecedor da vida.

¹⁹¹ PINTO JUNIOR, Marco António Santiago, *Da tutela da personalidade jurídica do Nascituro e o Direito de exercício da paternidade nos casos de aborto voluntário*, Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa, setembro, Lisboa, p. 41.

¹⁹² Idem, p. 41.

¹⁹³ Ibidem, p.45.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 45.

Da norma penal acima citada, constata-se que a responsabilidade penal, não recai apenas para a mãe, como também para diversas pessoas que concorram para a prática do crime.

A tentativa do aborto deveria ter maior tutela penal ou igual a consumação do aborto, principalmente quando a tentativa cause danos ao nascituro, como deficiências físicas e psicológicas, pois esses danos são muitas das vezes de caráter permanente, tornando insuficientes a responsabilidade civil e penal, sendo necessários no nosso entender um encargo sobre a mãe ou sobre qualquer pessoa que atente a vida do nascituro. O encargo pode consistir na obrigação de não abandonar a criança ou não dar a criança ao orfanato ou a adoção até que a mesma atinja a maioridade.

Não obstante as responsabilidades que podem recair sobre a mãe, entendemos nos que o pai pode exigir também a responsabilidade civil da mãe pela violação do seu direito à paternidade, tratando-se de nascituro concebido na constância do casamento, como ainda alegar o enriquecimento sem causa, tratando-se de um nascituro concebido fora do casamento. Pois o enriquecimento sem causa tem de modo especial por objeto o que for indevidamente recebido, mas também o que foi recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou.

Ora, para que haja um enriquecimento sem causa é necessário nos termos do n.º 1 do art.º 473 do CC que haja:

- A obtenção de um enriquecimento;
- À custa de outrem;
- E sem causa justificativa.

Relativamente ao primeiro pressuposto referido no art.º 473, número 1 do código civil, que o enriquecimento, este deve ser entendido no sentido de vantagem de carácter patrimonial, excluindo-se assim do âmbito deste instituto as vantagens obtidas à custa de outrem, que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, como sucede com os benefícios de cariz espiritual ou moral¹⁹⁵.

Não obstante a noção acima descrita, o enriquecimento pode ainda consistir na obtenção de vantagens patrimoniais não apreensíveis em termos materiais, como sucede com as prestações de serviços, como por exemplo, o ensino ou com utilidades imateriais como a

¹⁹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Transmissão e Extinção das Obrigações Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, p.450.

utilização de um veículo¹⁹⁶. Entretanto a mulher grávida solteira pode enriquecer-se através dos alimentos que lhe era prestado em virtude da gravidez, com a mesada mensal, com o direito de um veículo bem como o respetivo motorista, direito ao ginásio entre outros direitos materiais.

O segundo pressuposto do enriquecimento sem causa constitui, a obtenção do enriquecimento a custa de outrem, o que a doutrina tem interpretado como a existência de um concomitante empobrecimento na esfera jurídica de outra pessoa¹⁹⁷.

E por fim é exigido que esse enriquecimento não tenha causa justificativa, ou porque nunca a tenha tido ou porque tendo-a inicialmente, entretanto haja perdido.

Assim, «quando o enriquecimento criado esta de harmonia com a ordenação jurídica dos bens aceita pelo sistema, pode asseverar-se que a deslocação patrimonial tem causa justificativa; se pelo contrário, por força dessa ordenação positiva, ele houver de pertencer a outrem, o enriquecimento carece de causa»¹⁹⁸.

Contudo, entende-se que a obrigação de restituir por enriquecimento sem causa visa suprimir ou eliminar o enriquecimento de alguém a custa de outrem e não reparar o dano do lesado, pois esse último é o fim próprio da responsabilidade civil¹⁹⁹.

Entretanto, apesar de o empobrecido ter o direito à restituição por enriquecimento, esse direito não é eterno, pois, «prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo acontar do enriquecimento»²⁰⁰.

Os dois prazos acima mencionados funcionam de seguinte forma. Por um lado, a prescrição ordinária que é de 20 anos só é relevante quando o direito à restituição não houver prescrito antes pela prescrição de três anos, mas por outro lado ela opera sempre, mesmo que o empobrecido não chegue a ter conhecimento do seu direito e da pessoa responsável pela restituição²⁰¹.

¹⁹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Transmissão e Extinção das Obrigações Não Cumprimento e Garantias do Crédito* p. 453.

¹⁹⁷ Idem, p. 453-454.

¹⁹⁸ Vide art. 482 do Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o *Código Civil*.

¹⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das Obrigações em Geral*, p. 515.

²⁰⁰ Vide art. 482 do Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o *Código Civil*.

²⁰¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 432.

Conclusão

O nascituro não é uma massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada estado lhe reconhecer ou não personificação jurídica. Contudo, concluímos que o nascituro tem personalidade jurídica, física e moral, que lhe concede a prerrogativa de ser titular de direitos e obrigações, lhe consagra não só uma serie de direitos de personalidade como a respectiva tutela, pese embora ainda necessite de uma materialização.

Concluímos de igual modo que o nascituro adquire a personalidade jurídica desde a concepção, o que lhe concede de igual modo a capacidade sucessória. O que faz-nos adoptar e apoiar a teoria concepcionista e a doutrina defendida pelo professor Vasconcelos, na qual o nascituro é uma pessoa humana com personalidade física e moral na qual todos os seus direitos são tutelados, e adquire a personalidade jurídica desde a sua concepção e não esta ao alcance do estado lhe conceder ou lhe recusar a personalidade.

Constata-se de igual modo que o nascituro difere-se do cocepturo que nada é, que nem se quer tem a personalidade jurídica. Mas o legislador da quase que o mesmo tratamento aos mesmos.

Ao término do trabalho verificou-se que os objectivos foram alcançados, na medida em que ficaram provadas todas as hipóteses outrora levantadas de que o nascituro tem direito à vida, de que a mãe tem o dever de respeitar os direitos dos nascituros. A responsabilidade civil pode recair para a Mãe bem como para qualquer uma outra pessoa, desde que cause danos ao nascituro e que a mãe tem o poder-dever sobre o nascituro. E de outro lado constata-se que as hipóteses validaram-se.

Sugestões

Chegado a esta etapa final e com base nas conclusões ora alcançadas, sugere-se ao legislador:

- Que criminalize a tentativa do aborto, assim com criminaliza a tentativa do homicídio;
- Sejam aplicáveis tanto ao aborto voluntário assim como ao homicídio a mesma moldura penal;
- Que se garanta maior proteção do nascituro para garantir a existência e continuidade da espécie humana;
- Que o interesse superior da criança se efective através da existência de leis promotoras e protetoras da vida intrauterina;
- Que se faça uma reforma no código civil, de modo que se altere a norma do artigo 66 de modo que se adeque a realidade social, pois o Direito é dinâmico;
- Que o legislador estabeleça um regime próprio que verse sobre os nascituros ou ate mesmo uma lei específica;
- Que enumere mais requisitos que fundamentem e correspondam as formalidades para interrupção de gravidez não punível e conste como um dos requisitos, a permissão do Pai;
- Que a norma do artigo 66 do CC seja revista de modo com que a letra da lei esteja da seguinte forma: “ A personalidade jurídica adquire-se desde a concepção do nascituro”.

Referências bibliográficas

Doutrina principal

- ABREU, Faizal De, *A natureza Jurídica Da Responsabilidade Do Comitente Colecção de Monografias*, s/a.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica, sujeitos e objecto* V. I, Coimbra, 2003.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito das sucessões*, 4ª ed, Almedina s/a.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Pessoa, Direitos e Deveres, A pessoa, os seus direitos e a sua criação do Direito*, Revista tribuna.
- CAMPOS, Mónica Martinez de, *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e Brasileira- análise comparativa*, in caderno de Direito actual, nº3, Portugal, 2015.
- CARVALHO, J. Eduardo. *Metodologia do Trabalho Científico: «saber-fazer» da investigação para dissertações e teses*, 2ªed, escolar editora, 2009.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 6ªed, Almedina, Coimbra.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, 6ªed, Lisboa, Universidade Católica Editora, V.I, 2012.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da, *iniciação à no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- LAKATOS, Eva Maria & Marconi, Maria de Andrade, *Metodologia Científica*, São Paulo, 5ªed, Editor Atlas, 2009.

_____, *Metodologia científica*, São Paulo, 7ªed, Editora Atlas, 2012.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações Introdução da Constituição das Obrigações*, V. I, 8ªed, Almedina, Abril, 2009.
- MARTINS, Ives gandra da silva et al, *A Dignidade da Pessoa e a Família*, 1ªed, S. Paulo, Noeses, 2022.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil, V.I, COIMBRA EDITORA*, 2003.
- TIMBANE, Tomas, *Lições de Processo Civil- V. I*, Escolar Editora, Junho, 2010.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed, Almedina, Outubro, 2008.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das Obrigações em Geral*, 10ªed, V.I, Almedina, Novembro, 2000.

Doutrina secundária

- ASCENSÃO, José de oliveira, *Direito Civil, teoria geral, introdução, As pessoas, Os bens*, V.I, 2ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- CUNA, Camilo Francisco, *uma introdução à ética*, Maputo, 2018.
- CASTILHO, Giovana Guedes da Paixão, *a relevância da proteção jurídica do nascituro: uma comparação entre o ordenamento jurídico do Brasil e Portugal*, artigo científico apresentado

à disciplina trabalho de curso I, da escola de Direito, negócios comunicação, curso de Direito, da pontifícia universidade Católica de Goiás, 2023.

DRAY, Guilherme Machado, *Direito de personalidade, anotações ao código Civil e ao Código do trabalho*, Almedina, 2006.

HÖRSTER, Heinrich Ewald et al, *A parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, 2ªed, ver. Eaum, Coimbra, Almedina, 2019.

GIL, António Carlos, *como elaborar projectos de pesquisa*, 4ªed, São Paulo, Editora Atlas, 2002.

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 2ªed, Lisboa, 1995.

GONÇALVES, Diogo Costa, *Lições de Direito de personalidade, Dogmática geral e tutela nuclear*, caisicais, principia, 2022.

PINTO JUNIOR, Marco António Santiago, *Da tutela da personalidade jurídica do Nascituro e o Direito de exercício da paternidade nos casos de aborto voluntário*, Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa, setembro, Lisboa.

RIBEIRO, Mário da Silva, *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida do Nascituro: fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos*, artigo científico, R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 3, 2017.

SANTOS, Paulo Adão Pereira dos, *Garantias Jurídicas Fundamentais*, Austra Livros, Luanda, 2020.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, «A constituição e os direitos de personalidade», in Jorge Miranda (coord), estudos sobre a Constituição, V. II, Livraria pedrony, Lisboa, 1978.

Telles, Inocência Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, V. I, 11ª ed, Coimbra Editora, 1999.

Legislação

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o *Código Civil*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Diploma ministerial nº 60/2017 de 20 de setembro *que aprova as normas clínicas sobre aborto seguro, cuidados pós-aborto e define as condições em que a interrupção voluntária deve ser efetuada nas unidades sanitárias do serviço nacional*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 1/ 2018 de 12 de Junho, *Lei da revisão pontual da Constituição da República de Moçambique*, I Serie nº 115

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 22/2019 de 11 de Dezembro que aprova a *Lei da Família*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 24/2019 de 24 de Dezembro *Lei da Revisão do código penal*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 9/2005 De 23 de Dezembro que aprova o *código de processo civil*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 7/2008 de 9 de Julho, *Lei de promoção e proteção dos direitos da criança*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 23/2019 de 23 de Dezembro, que aprova a *lei das sucessões e revoga o livro V do Código Civil*.