

## O estatuto jurídico do nascituro\*

Diogo Leite de Campos

*Professor da Universidade de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa,  
Portugal.*

### Sumário

1. A sociedade auto-fágica. 2. A existência de um problema normativo. 3. O surgir da vida e da pessoa humana.

#### 1 - A SOCIEDADE AUTO-FÁGICA

Ao pôr-se o problema do estatuto jurídico dos nascituros, há que ter presente, com rigor, de quem se está a falar e o tratamento que, na realidade, lhes é dado.

Comecemos pelos mais jovens, com poucas horas ou poucos dias de vida. Os métodos de procriação assistida determinam a morte de dezenas de milhar de embriões precoces. Desde 1981 que surgiram destruições de embriões no útero a quando de gravidezes múltiplas provocadas. Os embriões excedentários, com idades que variam entre um mês e uma semana e dois meses e três semanas, são executados por injeção intra-cardíaca ou por aspiração.

A fecundação *in vitro* com transferência de embrião, o congelamento de embriões ou do óvulo, as técnicas de micro-injeção de espermatozóides, o diagnóstico pré-implantação e as culturas embrionárias com células humanas, exigem experiências assentes na destruição maciça de embriões, ou na destruição dos embriões excedentários. Só cerca de 5% dos embriões humanos fecundados *in vitro* sobrevivem; os restantes 95% morrem ou são mortos.

Acrescentemo-lhes a execução de dezenas de milhares de embriões com doenças diagnosticadas.

Passemos aos nascituros mais velhos. Cinquenta milhões de abortos anuais(?); treze milhões pertencerão à Europa. Crianças entre os três meses de idade e os nove meses (depende dos Estados), são sacrificadas na Europa a um ritmo de cerca de trinta e cinco mil por dia.

Uma sociedade auto-fágica, a Europeia; devora-se a si própria, nas pessoas dos mais fracos, dos indefesos, daqueles cujos gritos ninguém houve. Eis a situação de facto.

Alfred Sauvy<sup>1</sup> analisa-a nos seguintes termos:

"As populações ocidentais estão em vias de cair na velhice. Este movimento é muito lento, parece imperceptível, mas implacável. Já que os que criam as crianças, ou seja, os futuros produtores, os que pagam as

aposentações, são desprezados, maltratados, as aposentações deixarão de encontrar o seu alimento. Para compensar esta perda, a sociedade reduzirá ainda mais a juventude; uma vez que se ultrapasse o limite crítico, não haverá mais saída. O encadeamento será fatal'. 'A recusa colectiva da vida é um medo do homem; o seu valor é considerado negativo por uma sociedade, senão em perdição, pelo menos em grave perigo, que já não acredita no homem'."

Não será, porém, este o fundamento do meu discurso subsequente. Vou ocupar-me da Justiça pela Justiça, como fundamento do Direito: Direito porque é justo (*ius quia iustum*). E não Direito porque é força ou é mandado (*ius quia iussum*); ou porque é útil. A lei está sujeita só à medida da justiça.

Contrariando Rousseau<sup>2</sup> para quem a vontade geral, fonte da lei, é sempre recta, ou Nietzsche<sup>3</sup> para quem só a partir da estatuição da lei existe "direito" e "torto": "Falar de direito e torto em si mesmos é coisa sem sentido".

A Justiça é um valor em si mesmo, prosseguido enquanto tal. E o trabalho do jurista é, precisamente, prosseguir a Justiça que é Direito. Portanto, o problema que se põe aqui é o de saber qual é o estatuto justo do nascituro ou, por outras palavras, qual é o seu estatuto jurídico.

## **2 - A EXISTÊNCIA DE UM PROBLEMA NORMATIVO**

Mas... haverá aqui um problema jurídico, de justiça? Não se tratará de um mero problema de administração da natalidade, a resolver pelo Estado através da ponderação dos bens disponíveis e da população? Ou pelos pais, no âmbito da sua família, da sua privacidade inviolável? Mais precisamente pela mãe, já que é o corpo desta que foi invadido por um terceiro, intromissão que ela terá o direito de rejeitar ou de aceitar.

Já afastei a legitimidade do discurso "economicista". Para o jurista como para o economista ou qualquer outro ser humano ou a própria sociedade, o humano, a sua pessoa, a sua vida, está antes de qualquer outra consideração. A vida humana é inviolável e há que procurar os bens necessários para a preservar. A isenção do mínimo de existência, rendimento mínimo garantido, direito à habitação, direito à saúde, etc., são institutos jurídico-sociais destinados a preservar a vida humana.<sup>4</sup>

Já tem sido negada a existência de um problema normativo nesta matéria; negando-se a personalidade jurídica aos nascituros. Ficaria assim legitimada a sua morte, como morte de um ser vivo mas não de um ser humano. E, conseqüentemente, legitimando-se toda a experimentação que sobre eles se faça.

Alguns dos que entendem que há uma vida humana, tem configurado um conflito de interesses: entre o interesse do filho que quer viver, e o da mãe que pretende matá-lo para evitar sofrimentos físicos, morais, ou, tão-só, as dificuldades económicas e psíquicas de o criar. Este conflito é resolvido em diversos termos, conforme a idade do nascituro e o peso dos interesses da mãe.

Nesta esteira, haveria que determinar a partir de que momento há uma vida humana; desde que momento esta vida humana se transforma num ser humano; desde quando a vida humana ou o ser humano devem ser protegidos pelo Direito e em que termos, perante os interesses contrários da mãe.

Para uns, que designamos, por facilidade de expressão, por "abortistas", a vontade da mãe é soberana sobre o feto até que este seja viável; a partir deste momento, só se pode sacrificar o nascituro para salvar a vida da mãe.

Os "abortistas" conhecem uma ala "extremista" para a qual o feto seria sempre uma parte das vísceras, do corpo, da mãe, que esta pode destruir sempre antes do nascimento; o aborto nunca precisaria de uma justificação.

Para os "abortistas" moderados, até que o feto possa sobreviver por si próprio, é destrutível se for resultado de violação criminosa da mãe ou se a saúde física ou mental da mãe ou do filho correm risco.

Este ponto de vista pode ser alargado, defendendo-se a permissibilidade do aborto com base em considerações económicas e sociais - a mais frequente das quais é a possibilidade de a mãe, ou a família desta, poderem sustentar e educar mais uma criança em condições dignas.

Para os "anti-abortistas" a criança, uma vez concebida, não pode destruir-se por nenhum motivo. Por vezes, admitem que se sacrifique para salvar a vida da mãe, se houver conflito entre a vida de ambos.

Qualquer das posições que acabei de descrever é partilhada por pessoas pertencentes a confissões religiosas, grupos étnicos e sociais muito díspares, pelo que seria completamente arbitrário atribuir um só nome, político ou religioso, aos que as defendem.

### **3 - O SURGIR DA VIDA E DA PESSOA HUMANA**

O problema fundamental que se põe é o de saber quando surge a vida humana.

Vou assentar, desde já, que à vida humana corresponde uma pessoa humana, pois pessoa é, nuclearmente, uma vida. Cada pessoa humana é uma pessoa jurídica, um titular de direitos e de deveres, uma sede de valores.

Será que somos vida humana antes do nascimento? Demos a palavra, mais uma vez a Sauvy:<sup>5</sup>

"Desde a concepção que o ser humano está formado com o seu genótipo; os seus caracteres físicos, intelectuais, morais, estão em gene nos seus cromossomas'. '... Separar vida e biologia representa uma perturbação do espírito: estando a supressão de uma vida humana carregada do seu velho tabu, é mais tranquilizador contestar a própria vida'."

Nesta matéria, as opiniões divergem muito.

Para uns, a vida humana surge com o nascimento e a viabilidade do nascido; até aí não há vida.

Contudo, para a maioria, para quase todos, haverá vida humana já em algum momento antes do nascimento.

Antes do nascimento haveria "fracturas", momentos antes dos quais não existiria vida humana. Para, no momento seguinte, surgir uma vida e um ser humano completamente existentes. O ser humano, de um momento para o outro, seria "inventado" a partir do nada que seria a simples matéria orgânica.

Rejeita-se o momento da fecundação como o início da vida humana; afirmando-se que, se não fosse assim, se deveria considerar ser humano o óvulo ou o espermatozóide.

Assim, a vida humana começaria com o movimento. Logo que o feto se mova, ou, antes, logo que a mãe sinta, pela primeira vez, o feto mover-se, há um ser humano que começa a relacionar-se com os outros, de quem os outros se apercebem. Só haveria ser humano na vida de relação.

Para outros, a "factura" é aos três meses. Antes desta data, o feto é matéria amorfa, um protoplasma sem sentido aparente. Não tem ouvidos, nariz, olhos; não pode andar, falar, etc; chamar-lhe pessoa é como pegar num caroço de azeitona ou numa "erva" e chamar-lhe oliveira.

Para muitos outros, finalmente, há uma vida humana e um ser humano desde a concepção. O nascituro não é um protoplasma, um ser humano parcial ou potencialmente, mas uma vida humana completa, perfeita, existente.

Os que descrevemos em primeiro lugar, comprazem-se em enumerar as diferenças entre o feto e o ser humano já nascido.

Os últimos sublinham a identidade entre o nascituro e o ser humano: o nascimento não é uma "fractura". O embrião já contém o genótipo DNA que determina o desenvolvimento físico e psíquico do ser daí por diante. Mas também, e sobretudo, o embrião já pode afirmar-se como início da cadeia espaço-temporal que é um corpo, um ser humano. A vida não se poderia tornar humana depois do nascimento se não fosse já antes e desde a concepção.

Há que analisar estes dois pontos de vista divergentes. Sopesando os argumentos apresentados, em si mesmos e nos seus pressupostos.

Começo por desvendar os pressupostos da minha análise. Um, já o indiquei: Direito porque é justo.

Depois, a importância central para o Direito do ser humano e, neste, da sua vida. Não há matéria mais importante para o jurista do que o ser humano e a sua vida; é através do tratamento da pessoa e da sua vida que o Direito se justifica, demonstra a sua solidariedade (amor) para com o ser humano e a sua técnica ao serviço desta solidariedade.

Finalmente, um discurso objectivo e realista. Objectivo, por não se tratar de um problema de religião ou de política mas de ética. Visa-se preservar a vida humana que é o objetivo central de qualquer religião ou qualquer política.

Os católicos, os protestantes, os judeus, os muçulmanos, etc., os liberais, os socialistas, etc., que consideram que há vida humana desde a concepção, pensam-no, antes de mais, como seres humanos. Não se trata de um problema de consciência, condicionado por pressupostos religiosos ou políticos, mas de um dado "objectivo": há uma vida humana; há que respeitá-la. Não é uma questão de opinião: não podem considerar o aborto um mal para si mesmos e um bem para os outros; para si ilícito, para os outros lícito. Do mesmo modo que não podem considerar mal para si mesmos e aceitável para os outros, oprimir minorias religiosas, matar quem mudar de religião ou deixar morrer de fome o vizinho.

Assim, não há que perguntar qual o valor do nascituro mas, previamente, o que é o nascituro: um ser humano, ou não? Respondido que é um ser humano o problema fica resolvido, pois a resposta determina as conclusões. Não há interesses superiores à vida de um ser humano, nem sequer a vida de todos os outros seres humanos.

Desenvolverei também uma abordagem "realista" do problema. A vida humana, o ser humano, não são, nem podem ser, construções linguísticas ou sociais. São verdades e objectos da ciência. Não variam com as épocas sociais. O que pode variar é o tratamento que se lhes dá; e a pedra de toque da evolução social está na melhoria e aprofundamento desse tratamento.

Vou, pois, começar por determinar o que é o nascituro, para só depois averiguar do tratamento jurídico que merece. Tratamento que decorrerá imediatamente desse ser.

O nascituro será mesmo uma vida humana, um ser humano? ou não? Vou utilizar para este fim os meus meios de análise. E, depois, perguntar a opinião dos outros, de cada um sobre si.

Desde quando considero que existo, que sou eu? Desde o momento da concepção. Reconheço-me como existente no ventre da minha Mãe. Esta descreve-me a gravidez dela, as alterações do seu corpo por minha causa, os meus primeiros movimentos. Considero-me existente cerca de nove meses antes do nascimento.

A minha Mãe sofreu um acidente de automóvel três meses antes de eu nascer. Os meus Pais e Avós ficaram preocupados por minha causa. Eu reconheço-me e os outros reconhecem-me.

Tal como eu reconheço todos os outros e cada um se reconhece como tal. Hoje, com as modernas técnicas de conhecimento da vida intra-uterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, conhecer os seus movimentos; as suas reacções 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 intra-uterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o inter-relacionamento 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 humano.

Pretender que o nascituro é algo de diferente de um ser humano, é recuar por uma época em que os conhecimentos de biologia eram inexistentes ou quase. Uma época pré-ecográfica, em que a gestação estava rodeada de um mistério de onde poderiam resultar lobisomens ou animais monstruosos.

Mas não haverá, antes do nascimento, fases de transformação, facturas, entre o não-ser humano e o ser humano?

Todos os momentos de transição apontados são arbitrários: a fase de desenvolvimento anterior não apresenta diferenças que permitam concluir que, antes, não há um ser humano e que um segundo, um minuto ou uma hora depois, já há.

Suponha-se que a transição para a humanidade só se dá com o nascimento pois só com este se entra na vida de relação; só com o nascimento o ser humano viveria autonomamente.

Contudo, um recém-nascido nada mais é que um nascituro que mudou de lugar e se adaptou a este, passando a respirar ar.

A vida de relação já existia no ventre da mãe, com mais intensidade do que nos primeiros dias de vida.

Quanto à autonomia, um recém-nascido com uma gestação de vinte e cinco semanas é menos autónomo do que um nascituro, no útero materno, com trinta e sete semanas.

Que razão, pois, para recusar a personalidade humana ao segundo, e afirmá-la quanto ao primeiro'?

Suponhamos que se marca o início da humanidade no momento do nascimento com viabilidade.

Mas o certo é que a viabilidade depende muito do estado da ciência e da técnica. Mais: das condições técnicas concretas que rodeiam o nascimento. E, seguramente, a personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muito jovens, muito idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para a sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos estes seres humanos o são, são pessoas. E que todos os cuidados e meios devem ser postos ao seu serviço.

Novamente interrogados sobre os seus fundamentos, os que consideram legítimo dar-se a morte a um nascituro, negam o "contínuo" entre a pessoa em sentido biológico, a pessoa humana e a pessoa jurídica. Para haver uma vida humana, não bastaria haver uma vida biologicamente "humana": seria necessário que intervissem considerações humanas, sociais e económicas que permitissem que se considerasse tal vida uma vida humana. Ou, em outra perspectiva, que não retirassem humanidade a essa vida.

Em verdade, faz-se intervir aqui uma ponderação de interesses. Se surgirem interesses superiores à desta vida, esta pode ser eliminada em nome destes interesses. Seriam estes, sobretudo: a vida, a saúde física ou psicológica da mãe; malformações do nascituro, fazendo surgir o interesse deste em não nascer ("não existir") e o interesse dos pais em não terem de o criar "para nada"; a insuficiência de meios económicos da sua família para o criar; etc.

Quando se desloca o problema para o plano dos interesses, o debate não pode continuar. Não há interesse ou valor superior à vida humana.

Julgo que ninguém aceita as seguintes conseqüências de inserção da "pessoa humana" no jogo dos interesses: eliminação física dos doentes incuráveis, seja qual for a sua idade, ou cujo tratamento implique custos muito elevados a suportar pela sociedade; homicídio dos idosos ou doentes incapazes de angariar meios de subsistência e a carga da família; eliminação das crianças nascidas com malformações; etc. A vida de um ser humano tem sempre o mesmo valor<sup>6</sup> e é igualmente digna de ser vivida.<sup>7</sup>

Ninguém, repito-o, tem direito sobre a vida de outrem; nem o próprio pode dispor da sua vida. A decisão de privar um ser humano (dentro ou fora do útero) da sua vida é sempre ilícita, moral e juridicamente, como fim em si ou como meio para atingir um fim julgado bom.

A responsabilidade pela morte do ser humano em vida intra-uterina recai sobre quem tomou tal decisão e sobre quem a aconselhou ou a executou. Mas também sobre os que promoveram ou apoiaram leis a permitirem-no; e sobre os que, podendo, não apoiaram, através de políticas gerais ou no caso concreto, as pessoas e famílias afectadas por problemas económicos, sociais ou afectivos.

A morte voluntária de um ser humano é sempre anti-ética e anti-jurídica.

**(in Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – Nova Fase – nº 5, 1999, Belo Horizonte, p. 219/226)**

\* Texto que serviu de base a uma conferência proferida na Universidade Autónoma de Lisboa.

1. *Coût et valeur de la vie humaine*. Paris, 1977, p. 193.

2. *Contrat Social*, II, 3.

3. *Genealogia da moral*, II, 11.

4. A vida humana que já existe. Problema anterior, de que aqui não cuidarei, é o da paternidade responsável e do controlo da natalidade. Mas, matar um ser humano não pode ser, todos estarão de acordo, instrumento de controlo da natalidade.
5. *Op. cit.*, p. 198
6. Foi isto o que fundamentou a minha afirmação em diversos escritos de que o montante da indemnização pelo dano da morte deve ser o mesmo para todos.
7. Será que voltamos à Grécia antiga em que, para se justificar que seres humanos, os escravos, estivessem totalmente sujeitos à vontade de outrém, se lhes negava a natureza humana?