

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 41 - 2024
Publicação Semestral
Edição Gratuita

Centro de
Direito **Biomédico**

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UIDB/04643/2020)

Research area “Vulnerability and Law” / Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra, integrated in the Project “Social challenges, uncertainty and law” (UIDB/04643/2020)



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

3004-528 Coimbra

Telef. / Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | 3004-528 Coimbra

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 41 - janeiro/junho 2024

Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

N.º de Registo ERC 127770

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

WRONGFUL LIFE ACTION E O DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA SERÁ POSSÍVEL INDEMNIZAR A CRIANÇA?

Daniela Marques Dias

RESUMO: A aplicação da tecnologia na Medicina permitiu, designadamente no domínio pré-natal, diagnósticos precoces e rigorosos efetuados por meios seguros e não invasivos para o feto em gestação. Não obstante, não se poderá, logicamente, descuidar uma aliança entre tais avanços e uma cuidada análise dos resultados por parte dos médicos, já que são estes que os comunicam aos progenitores.

Deste modo, caso tenha ocorrido erro médico no diagnóstico, na sua interpretação ou até mesmo na sua comunicação, poderá nascer uma criança portadora de graves malformações ou doenças congénitas relativamente às quais poderiam os pais ter exercido o seu direito à autodeterminação reprodutiva por via da interrupção voluntária da gravidez, se o médico tivesse atuado segundo as boas práticas médicas.

Trata-se de uma questão bastante sensível, desde logo, por estarmos perante uma criança que nasce e que terá de viver com uma diminuta qualidade de vida, sendo esta, por isso, a mais afetada pelo erro médico. Assim, são várias as questões que orbitam em torno das wrongful life actions e às quais, depois de uma contextualização e análise jurisprudencial, procuraremos responder com este artigo: será possível afirmar um direito à não existência que fundamente uma indemnização à criança? Deverá ser indemnizada pelos próprios pais que não optaram pela interrupção voluntária da gravidez ou pelos médicos que não os informaram devidamente?

PALAVRAS-CHAVE: Wrongful Life Actions; Direito à Não Existência; Responsabilidade Civil Médica; Indemnização

ABSTRACT: The application of technology in Medicine has made it possible, particularly in the prenatal field, to make early and accurate diagnoses by safe and non-invasive means for the unborn child. Logically, however, we must not neglect the alliance between these advances and a careful analysis of the results by the doctors, since they are the ones who communicate them to the parents.

Thus, if there has been a medical error in the diagnosis, its interpretation or even its communication, a child could be born with serious malformations or congenital diseases for which the parents could have exercised their right to reproductive self-determination by voluntarily terminating the pregnancy, if the doctor had acted in accordance with good medical practice.

This is a very sensitive issue, first and foremost because we are dealing with a child who is born and who will have to live with a poor quality of life and is, therefore, the most affected by medical error. Thus, there are several questions surrounding wrongful life actions which, after a contextualization and jurisprudential analysis, we will try to answer with this article: is it possible to affirm a right to non-existence which would justify compensation to the child? Should the child be compensated by the parents themselves who did not choose to voluntarily terminate the pregnancy or by the doctors who did not inform them properly?

KEYWORDS: Wrongful Life Actions; Right to Non-Existence; Medical Liability; Compensation

I. Introdução

Graças à progressiva inovação tecnológica na Medicina, é possível um diagnóstico precoce e mais rigoroso de eventuais deficiências nos embriões, principalmente nos países mais desenvolvidos, como é o caso de Portugal. Atualmente, existem técnicas não invasivas e seguras para o feto em gestação, o que justifica que se exija, por parte dos médicos, um diagnóstico seguro acompanhado da sua comunicação clara e completa aos progenitores.

Assim, em razão de erro médico no diagnóstico pré-natal ou da falta de comunicação aos futuros pais, poderão nascer crianças portadoras de doenças congénitas ou de malformações graves sobre as quais, se o médico tivesse agido segundo as *leges artis* da boa prática médica, poderiam os pais ter exercido o seu direito à autodeterminação reprodutiva, designadamente através da interrupção voluntária da gravidez considerada lícita pelo artigo 142º, nº1, c) do nosso Código Penal, evitando assim o nascimento dessa criança.

É desta forma que se levanta a questão de saber se, nestas situações em que o processo (tanto de diagnóstico como de informação) é efetuado defeituosamente, poderá haver responsabilidade civil dos profissionais de saúde (médico, enfermeiros, etc) e das correspondentes instituições, já que não foi o próprio médico a implantar as deficiências ou as doenças congénitas no feto. Dito de outro modo, só serão atendidas as malformações originárias — que existam desde o início da conceção da criança —, mas já não as supervenientes que possam resultar de lesões na fase pré-natal, como por exemplo, a ingestão de medicamentos defeituosos

pela mãe ou de acidentes de viação, maus-tratos ou infelizes práticas médicas que a atingiram.

Poderemos afirmar, de antemão, que estas ações — as *wrongful life actions* — suscitam controvérsia em torno de um possível direito à não existência⁽¹⁾, enquanto fundamento para uma eventual indemnização à criança quando sinta que sofreu um dano por ter de viver em condições que claramente diminuem a qualidade da sua vida.

Portanto, terá a criança direito a ser indemnizada? E por quem? Pelos médicos que não informaram corretamente os pais? Ou por estes, caso não tenham optado pelo aborto? Teriam estes a obrigação de provocarem a interrupção voluntária da gravidez? É precisamente sobre estas questões que nos debruçaremos ao longo deste texto.

Neste sentido, começará por ser feita uma distinção entre as várias *wrongful actions* existentes, — com um enfoque nas *wrongful life actions* — seguida de uma análise jurisprudencial com o intuito de perspetivar as soluções que têm vindo a ser equacionadas e como uma forma de averiguarmos a progressiva aceitação das mesmas. Depois desta proveitosa análise, tanto de outros ordenamentos

¹ Ao longo deste texto e uma vez que é possível distinguir entre direito a não nascer e direito à não existência, através do início da existência e o nascimento, utilizaremos a expressão “direito à não existência”. Esta distinção, suscitada por SARA ELISABETE GONÇALVES DA SILVA, “Vida indevida (*wrongful life*) e Direito à Não Existência”, RJ/LB, Ano 3, nº2, 2017, p. 940, nota de rodapé 75, pode ser explicada da seguinte forma: o nascimento (completo e com vida) coincide com um momento da saída do nascituro do ventre materno, sendo a partir daquela que se adquire a personalidade jurídica (cf. artigo 66º CC), todavia, é mais complicado estabelecer o início da existência. Portanto, podemos adotar uma posição segundo a qual o “início da existência se identifica com o nascimento”, o que se revela, por exemplo, pelo facto de a idade das pessoas ser contada a partir do nascimento, dado que ninguém celebra o aniversário na data do concebimento ou de um início da existência durante a gravidez. Por outro lado, não haverá dificuldade na delimitação dos indivíduos que podem — possibilidade que será discutida no devido momento — ver reconhecido um direito a não nascer: trata-se de todos aqueles, ainda não nascidos, sejam embriões, zigotos ou indivíduos ainda não concebidos.

jurídicos, como dos poucos casos portugueses, serão revelados os problemas mais desafiantes que estas pretensões trazem ao de cima, tais como se haverá ou não um direito à não existência, — frequentemente levantado pelos tribunais — se será possível responsabilizar civilmente o médico e, no caso de haver indemnização, como deverá ser calculado este *quantum* indemnizatório.

II. Wrongful actions

Se o avanço na Medicina e nas técnicas de controlo da natalidade tem vindo a permitir um verdadeiro meio de evitar o sofrimento e alcançar uma boa qualidade de vida⁽²⁾, as pretensões *wrongful*⁽³⁾ assumem uma natureza desafiante — e propícia a debate — para o jurista.

A distinção entre as várias *wrongful actions* é relevante, pois, permite conhecer as várias perspetivas em jogo: a dos pais e a da própria criança, que pretende ser indemnizada pelos danos causados com a não realização de exames necessários e pertinentes na fase pré-natal capazes de identificarem as malformações detetáveis nessa fase ou com a omissão da informação devida aos seus progenitores.

a. Wrongful Conception

Os casos de *wrongful pregnancy* ou *conception* consistem nas hipóteses em que, não obstante ter sido assegurado aos progenitores que tal não iria acontecer, a mãe engravida. Portanto, a continuação da gestação resulta de um procedimento de

esterilização mal efetuado (laqueação das trompas, vasectomia), de uma interrupção de gravidez malsucedida ou ainda de defeitos no método contracetivo.

Facilmente se deduz que estamos em face de uma violação do direito ao planeamento familiar ou do direito à não reprodução. Apesar de a criança nascer saudável, a conceção não foi desejada e, por conseguinte, o nascimento também não.

Apesar de não ser o foco deste texto, não poderemos deixar de expor a controvérsia que suscitam: se, por um lado, um filho saudável nunca é um dano jurídico, por outro, “*contraceptives are used to prevent the birth of healthy children. To say that for reasons of public policy contraceptive failure can result in no damage as a matter of law ignores the fact that tens millions of persons use contraceptives daily to avoid the very result which the defendant would have us say is always a benefit, never a detriment. Those tens of millions of persons, by their conduct, express the sense of community.*”⁽⁴⁾

b. Wrongful Birth

As ações de *wrongful birth* — traduzíveis à letra por “nascimento indevido” ou “nascimento errado” — são movidas pelos próprios pais *em seu próprio nome* contra o médico ou clínica por os ter privado de um consentimento informado que eventualmente poderia ter dado espaço à interrupção da gravidez com indicação fetopática.

O nosso ordenamento jurídico consagra, no âmbito do plano constitucional, o direito ao consentimento livre e esclarecido nos arts. 1º CRP referente à dignidade humana, no 25º de direito à integridade pessoal, no 26º do direito à reserva da vida privada e familiar. No plano civil, o art. 70º

² Sobre este critério vide FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 159 - 166

³ Ressalvamos para o facto de, nos ordenamentos jurídicos onde não se acolhe a interrupção da gravidez não punível por indicação fetopática, como no Brasil, este tema nem se chegar a colocar, uma vez que as intervenções pré-natais (ecografias, análises clínicas, testes genéticos, etc.) apenas têm como objetivo informar os pais sobre as características da criança e proceder a intervenções terapêuticas sobre o feto.

⁴ Case *Troppi v. Scarf*, citado por VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica” in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIX, n.º 21, dezembro de 2010, p. 66

CC revela o direito geral de personalidade, no qual se introduz o direito ao consentimento.⁽⁵⁾

Ora, se são oferecidos serviços de diagnóstico pré-natal e a lei considera lícita a interrupção voluntária da gravidez em certos casos, cf. artigo 142º, nº1, c) CP⁽⁶⁾, “a grávida tem direito ao funcionamento normal e eficaz desses serviços para obter as informações relevantes sobre o andamento da gestação, de tal modo que possa beneficiar do regime da interrupção voluntária da gravidez quando for caso disso.”⁽⁷⁾ Trata-se de uma diminuição do seu direito à autodeterminação⁽⁸⁾ informada ainda *antes* do nascimento da criança.

São, portanto, os casos em que o médico não efetuou os exames pertinentes, interpretou-os erroneamente, omitiu os resultados aos progenitores ou quando foi negligente na seleção de um embrião para a implantação no processo de procriação assistida (DGPI).⁽⁹⁾ Ou seja, não estamos perante mal-

formações causadas pelos médicos⁽¹⁰⁾, — obviamente que derivam de causas naturais — mas sim perante deficiências que não foram comunicadas aos pais, sendo que, se o médico tivesse exercido a sua *leges artis* e os progenitores tivessem sido devidamente esclarecidos, teriam optado pela interrupção da gravidez, que é lícita segundo o artigo 142º, nº1, c) do nosso CP. Deste modo, facilmente se depreende que é a omissão do esclarecimento⁽¹¹⁾ sobre esse problema no feto que é tida como ilícita; e, pelo contrário, o comportamento lícito alternativo do médico teria evitado o nascimento da criança.⁽¹²⁾

Para além disto, não se poderá estar perante uma situação onde haja a possibilidade de curar as malformações do feto — e o mesmo se aplica às *wrongful life actions*. Caso contrário, não estaremos perante um caso onde a negligência médica tenha privado os progenitores da faculdade de abortar que lhes assiste, mas sim, como escreveu FERNANDO DIAS SIMÕES, “perante um cenário diferente, em que o comportamento do médico impediu que a criança nascesse saudável” e acrescenta ainda que “nos casos típicos de *wrongful birth e life*, não existe a opção de que a criança nascesse saudável: ou nascia com deficiência, ou não nascia.”⁽¹³⁾

Como veremos mais adiante aquando do capítulo da análise jurisprudencial, as pretensões dos pais são frequentemente atendidas por quase toda a doutrina e

⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XVI, n.º 17, novembro de 2017, pp. 19-21

⁶ Segundo o qual “não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excecionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”.

⁷ FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana” in *Revista de Estudos Políticos*, Vol. VIII, nº13, 2010, p. 192

⁸ Contrariamente ao que é defendido por alguma doutrina, nomeadamente MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 4 e 5, para quem o dever de informação tem o mero intuito de possibilitar a terapia da criança, entendemos a desnecessidade de invocar a dificuldade na prova de que os pais teriam abortado se tivessem sido devidamente informados. O que está em causa é, de facto, uma violação do seu direito à informação e um obstáculo à escolha reprodutiva.

⁹ Entende-se que se possa transpor *mutatis mutandis* para estes casos de DGPI em que o médico não detetou a anomalia embrionária e, por isso mesmo, procedeu à sua transferência. Claramente que aqui

nem sequer se levanta a questão de interromper a gestação, pois esta ainda nem foi iniciada.

¹⁰ É por esta razão que MANUEL CARNEIRO DA FRADA in “A própria vida...”, p.5, entende ser “illegítimo converter o médico em bode expiatório de uma situação que não ocasionou.”

¹¹ Recorrendo às palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 64, “a obrigação de informação médica pode atuar em dois momentos distintos: antes ou depois de conceber, no primeiro caso, fala-se de um erro no diagnóstico pré-concepcional; no segundo, em erro no diagnóstico pré-natal.”

¹² FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida...*, p. 260

¹³ FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida...”, pp.189 e 190

jurisprudência norte-americana e europeia, concedendo aos progenitores o direito a uma indemnização por violação do seu direito à autodeterminação reprodutiva⁽¹⁴⁾, nomeadamente quanto ao planeamento familiar.

Um argumento curioso no sentido de atribuir a indemnização aos pais parte de MARTA NUNES VICENTE que, fundando-se no instituto da “perda de chance”⁽¹⁵⁾, afirma que o que está em causa não é a possibilidade da pessoa decidir, mas sim “a faculdade da pessoa se decidir numa direção ou em sentido diferente do anterior”, pelo que, o respetivo montante da indemnização variará na medida da certeza que haja sobre o comportamento que a mãe ditaria para si própria, caso os médicos tivessem sido diligentes e os pais houvessem sido informados do estado de saúde do nascituro.⁽¹⁶⁾

Nestas ações, são, assim, ressarcíveis tanto os danos não patrimoniais como os patrimoniais, porém, não se incluem, nestes últimos, “todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo artigo 1878º, n.º 1 CC.”⁽¹⁷⁾

¹⁴ Este direito à autodeterminação reprodutiva encontra-se salvaguardado pelos direitos de personalidade (art. 70º CC) e pelo direito constitucionalmente salvaguardado de livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 26º CRP.

¹⁵ Desenvolvida pela jurisprudência francesa, que depende do grau de violação do direito, ou seja, o valor da indemnização será tanto maior quanto mais elevada for a certeza de realização de um determinado evento.

¹⁶ MARTA NUNES VICENTE, “Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche”, *Lex Medicinæ*, Ano VI, n.º 11, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009, pp. 122 e 123

¹⁷ Ac. STJ 12-03-2015, relator Helder Roque, p.31

Segundo o preceito, “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar

c. *Wrongful Life*

As *wrongful life actions*⁽¹⁸⁾ surgem quando uma criança nasce com malformações graves e irreversíveis e pretende reagir contra quem deu azo ao seu nascimento, mesmo que não tenha provocado diretamente a malformação congénita em causa, como já foi referido. Será a própria criança que intenta estas ações (ou alguém em seu nome, já que muitas vezes estamos perante menores ou incapazes) que se podem dirigir contra os médicos ou até contra os próprios pais – questão mais controvertida, mas que também será analisada neste documento.

Estas baseiam-se, então, no comportamento omissivo por parte dos médicos do dever de informação ou no negligente cumprimento de tal dever, resultando no nascimento de uma criança com graves malformações, de modo que é a própria que pretende ser indemnizada.

Como já referimos, este tipo de ações *pode* ainda ser dirigido *contra os próprios pais* pelo facto de terem prosseguido com a gestação, não obstante estarem a par da doença ou malformação, o que se fundaria, portanto, num dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições. É por encontrarem um apoio nesta ideia que alguns tribunais têm vindo a reconhecer a existência de um *dever* dos pais de abortarem fetos malformados sob pena de atuarem mediante negligência.

pela segurança e saúde destes, prover do seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

¹⁸ Há quem entenda tratar-se de uma formulação infeliz, como JOÃO PIRES DA ROSA, “Não existência – um direito!”, *JULGAR*, n.º 21, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2012, já que a sua tradução literal assenta em “vida errada ou indevida”, o que facilmente induzirá à ideia de que a indemnização que o autor pretende se relacione com o facto de existir, quando, na verdade, nunca deveria. Por isto, estaria em causa um verdadeiro direito à não existência. Obviamente que o valor absoluto da vida jamais seria posto em causa neste tipo de ações, algo que será desenvolvido em seu tempo, caso contrário, estas deveriam ser completamente expurgadas.

Contudo, tal não sucede entre nós, tendo já alguns autores se pronunciado sobre o tema, nomeadamente JOÃO PIRES DA ROSA, quando afirma que “ainda que a mãe conhecesse, pelo rigor dos exames efetuados e pelo cumprimento pontual da obrigação por parte do médico, a doença ou a malformação congénita do filho a nascer e o tivesse deixado nascer assim, nenhuma censura lhe poderia fazer o filho porque se limitara ainda a exercer o seu direito, o direito de suportar a falta de qualidade de vida do seu filho”, isto é, são os progenitores que se encontram em condições de saberem se têm condições para suportar essa criança.⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾ Seguindo o mesmo entendimento, PAULO MOTA PINTO refere que “apesar de a lei penal admitir em certas hipóteses a interrupção da gravidez, cremos que repugna a aceitação de um dever ou mesmo tão-só de um ónus dos pais, no sentido da destruição da vida humana pré-natal.”⁽²¹⁾

MARTA NUNES VICENTE tem a mesma opinião, contudo, argumenta algo diverso: esta considera que seria um tanto contraditório admitir-se o aborto (remetendo-o exclusivamente à esfera de livre decisão da mulher) para, de seguida, sancionar a mulher por ter decidido não abortar sendo

possível fazê-lo. Não obstante a sua fundada tese, não nos parece correto concordar com a mesma, uma vez que julgamos haver uma confusão entre o fim da tipicidade criminal e a legitimidade jurídica da conduta.⁽²²⁾

Assim, e atendendo ao que foi dito anteriormente, os próprios pais poderão apresentar dois pedidos de indemnização: um em seu nome próprio – pelos danos que advêm da circunstância de ter um filho com anormalidades tão gravosas, o que se traduziria na *wrongful birth* – e outro em nome da própria criança – pelo facto de esta ter nascido com essa doença ou malformação congénita, o que se traduz na *wrongful life* propriamente dita.

Em suma, e contrariamente às *wrongful pregnancy* ou *conception actions*, em que os progenitores não pretendiam ter filhos, tanto nas ações de *wrongful birth* como nas de *wrongful life*, a vontade de procriar estava presente, só que o *nascimento* é indesejado pelo facto de a criança ser portadora de deficiências ou malformações graves.

III. Análise jurisprudencial

Atualmente, é pela consciencialização dos crescentes riscos envolvidos nas novas tecnologias e pela luta a favor da liberalização do aborto que se tem verificado uma progressiva aceitação jurisprudencial deste tipo de ações, o que revela uma maior aceitação legal do poder dos pais escolherem *quando e como* terão os seus filhos.

¹⁹ JOÃO PIRES DA ROSA, “Não existência...”, p.48

²⁰ Surgem bastantes questões quando se coloca o direito de procriar dos pais e os direitos da criança no mesmo plano, designadamente situações em que a mãe ciente dos riscos que trazia para o feto, consome drogas durante a gravidez, nascendo uma criança com graves problemas – será que podemos ignorar esses factos fazendo prevalecer o direito da mãe a procriar (previsto no artigo 36ºCRP)? O mesmo se passa quanto à intenção de reprodução das pessoas portadoras de HIV. Esta ideia poderia desencadear uma questão que se prendesse com o direito a nascer perfeita, no caso de os pais terem recorrido ao auxílio da ciência e não sendo sequer portadora de qualquer doença. *Vide*, VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p.79

²¹ cfr. PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (“wrongful birth” e “wrongful life”)”, *Nos 20 anos do Código das sociedades comerciais: homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 929

²² MARTA NUNES VICENTE, “Algumas reflexões...”, p. 140. Será mais fácil perceber através de um exemplo: apesar de ter deixado de ser um ilícito típico, o adultério continuou a ser censurado pelo direito civil em sede de divórcio. *Vide* VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 91

Em face do exposto, embora não exista tal dever em Portugal, caso fosse admitido e uma vez que não se pode intentar uma ação contra si mesmo, seria o Ministério Público a representar a criança nestas situações.

a. De outros ordenamentos jurídicos

Parece-nos pertinente uma análise da evolução das decisões relativas a este tipo de ações, especialmente em ordenamentos jurídicos que não o nosso, para compreender das diversas questões que a *fattispecie* coloca. Deste modo, poderemos concluir sobre a existência ou não de uniformidade na decisão destas pretensões, o que poderá contribuir para uma resposta no ordenamento jurídico português.

i. Norte-americano

As pretensões de *wrongful life* tiveram origem nos Estados Unidos, onde se começaram a generalizar na década de 60 e prescreviam soluções diversas consoante as jurisdições estaduais, como veremos mais à frente.

Em 1963, os tribunais conheceram o primeiro caso, contudo, não tinha nada a ver com o atual conceito.⁽²³⁾ Designado por caso *Zepeda v. Zepeda*, estávamos perante uma situação em que, embora tendo nascido saudável, a criança intentou uma ação contra o pai por envolver o seu nascimento em ilegitimidade jurídica⁽²⁴⁾, o que resultou em estigma social por ser fruto de uma relação adúltera e por se ter visto privado de um ambiente familiar harmonioso e da herança. O Tribunal - *Appellate Court of Illinois* - recusou tal pretensão com justificação no facto de os tribunais poderem vir a ser inunda-

dos com ações por parte de pessoas que entendiam terem nascido em condições desfavoráveis (e não apenas num plano monetário), já que “*in 1960 there were 224 330 illegitimate births in the United States*”, dando origem a um “*new tort: a cause of action for wrongful life. The legal implications of such a tort are vast, the social impact could be staggering.*” Concluíram que só perante situações-limite é que se pode considerar tratar-se de *wrongful life* e não os simples casos em que a pessoa leva uma vida miserável ou em condições que não considera favoráveis.

Em 1967, surgiu o caso *Gleitman vs Cosgrove* no Supremo Tribunal de New Jersey, tendo sido o primeiro litígio de *wrongful birth e life*. Ambas foram negadas, já que no entender do tribunal “*the infant plaintiff is therefore required to say not that he should have been born without defects but that he should not have been born at all. In the language of tort law, he says: but for the negligence of defendants, he would not have been born to suffer with an impaired body. In other words, he claims that the conduct of defendants prevented his mother from obtaining an abortion which would have terminated his existence, and that his very life is wrongful.*”

O caso *Becker v. Schwartz* foi também uma ação *wrongful life*, tendo o *Court of Appeals* de Nova Iorque entendido que a questão de saber se seria melhor nunca ter nascido do que ter nascido com severas malformações é um mistério que deve ser deixado aos filósofos e teólogos. Por conseguinte, o Direito não tem qualquer competência para resolver essa questão, particularmente tendo em atenção o consenso existente no Direito e na sociedade sobre o valor da vida humana quando comparada com a sua ausência. Acrescentou que a escolha não é entre ter nascido saudável ou ter nascido deficiente, mas sim entre ter nascido e não existir.

Já em 1977, no nosso entendimento, verificou-se um certo avanço com o caso *Park vs. Chessin*:

²³ “*Actions for wrongful life often involve children who have severe physical handicaps. However, there is nothing about the nature of the action that requires such a limitation since the same claim might be made by someone with severe mental or emotional handicaps. Basically, a wrongful life claim alleges that because of one individual's negligence, another individual is forced to live such an unbearable life that it would have been better for the latter individual never to have lived at all and, but for that negligence, that individual would not in fact have lived*” cf. MARK STRASSER, “Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One?” in *Missouri Law Review*, Volume 64, Issue 1, Winter 1999, p.33

²⁴ Dito de outro modo, foi concebida fora do casamento. Em Portugal, esta pretensão, como bem sabemos, não tem qualquer razoabilidade.

uma criança nasceu com uma patologia renal policística e pretendia processar o médico por não ter informado devidamente os pais sobre essa doença. *In casu*, o tribunal de Nova Iorque considerou que a pretensão indenizatória da criança assentava não nos danos por causa do nascimento em si, mas pelo sofrimento e dor que sentiu após o seu nascimento — causadas pela conduta médica anterior.

O caso *Curlener v. Bio-Science Laboratories* merece destaque, já que foi o primeiro a dar procedência à pretensão da criança que nasceu afetada pela doença de Tay-Sachs.⁽²⁵⁾ Esta ação foi proposta contra o laboratório que os pais procuraram para determinar se eram ou não portadores da referida doença e que emitiu um juízo negativo. O *Supreme Court* da Califórnia entendeu que se tratava de uma verdadeira *wrongful life action* ao estabelecer que foi trazida por uma criança cuja existência dolorosa é um resultado direto da negligência de outras pessoas⁽²⁶⁾ e que a dificuldade no cálculo do dano não era obstáculo suficiente para afastar a indenização à criança. Para este tribunal, releva apenas a circunstância de o autor ter nascido⁽²⁷⁾ e é perante este cenário concretamente existente que se deve

avaliar se tem direito a ser ressarcido pelos danos que sofre — tal como os danos não patrimoniais. Reconhece ainda que esta argumentação é suscetível de fundamentar uma ação proposta pela criança contra os próprios pais por terem infligido danos em razão da sua escolha de deixar a criança nascer. No seguimento desta decisão, o Estado da Califórnia legislou no sentido de excluir a possibilidade de os pais serem responsabilizados através de uma *wrongful life action*.

Por fim, em 1982, no caso *Turpin v. Sortini*, o *Supreme Court of California* entendeu que a santidade da vida não preclui o reconhecimento de uma ação de *wrongful life*, o que encontra justificação na dificuldade em conceber que o ressarcimento dos danos a uma criança extremamente deficiente negue o valor da vida ou revele que esta não tenha direitos como os restantes membros da sociedade. De acordo com a decisão, “*it would be illogical and anomalous to permit only parents, and not the child, to recover for the cost of the child’s own medical care. If such a distinction were established, the afflicted child’s receipt of necessary medical expenses might well depend on the wholly fortuitous circumstance of whether the parents are available to sue and recover such damages or whether the medical expenses are incurred at a time when the parents remain legally responsible for providing such care.*”

Ainda que defenda que é possível apreciar o que a criança perdeu por nascer com estes problemas — uma vida normal sem dor nem sofrimento — rejeitou a concessão da indemnização de acordo com as regras gerais⁽²⁸⁾, tendo concluído que o filho portador da doença pode ter uma indemnização especial pelas despesas extraordinárias ao tratamento da sua deficiência.

²⁵ É uma doença hereditária que tem como sintomas a deficiência intelectual e a cegueira e relativamente à qual não há qualquer cura ou tratamento. Assim, a criança começa a apresentar uma deterioração progressiva da capacidade intelectual depois dos 6 meses de idade, ou seja, esta deterioração acompanha a criança durante toda a sua vida. Para além disto, implicam ainda rigidez e inflexibilidade muscular que pode resultar em paralisia. Estima-se que crianças que sofram com esta doença faleçam por volta dos cinco anos de idade.

²⁶ “(...) *one brought by the infant whose painful existence is a direct and proximate result of negligence by others. That decisional law demonstrates some measure of progression in our law. Confronted with... the fact that the births of these infants may be directly traced to the negligent conduct of others, and that the result of that negligence is palpable injury, involving not only the pecuniary loss but untold anguish on the part of all concerned, the courts in our sister states have progressed from a stance of barring all recovery to a recognition that, at least, the parents of such child may state a cause of action founded on negligence.*”

²⁷ Contrariamente ao que sucedia no caso *Zepeda vs. Zepeda*, aqui estamos perante “*a child born with severe impairment*” que, por isso mesmo, “*presents an entirely different situation because the necessary element of injury is present.*”

²⁸ Por a alternativa ser a de não ter nascido.

ii. Europeu

O caso mais polémico, no tocante a este tema, é, sem dúvida, o *Arrêt Perruche* do *Cour de Cassation* (decisão de 17 de novembro de 2000). Trata-se de uma ação cujo autor, Nicholas Perruche, nasceu com deficiências graves (surdo, cego e com um transtorno mental), em razão da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez. A própria mãe ciente da história clínica da sua família avisou os médicos que a acompanharam e advertiu que, se tal colocasse a criança em risco, preferia abortar. Contudo, o médico não detetou a rubéola, o que levou a que os pais intentassem a ação contra o profissional médico e o laboratório.

Apesar de, na primeira instância, ter sido atribuída uma indemnização apenas aos pais, com fundamento na violação da autodeterminação reprodutiva, no Tribunal da Cassação, já foram atendidos não só os danos provocados aos pais, como também à criança — provocados não pelos médicos, mas pela rubéola.

No seguimento desta decisão, foi aprovada a Lei nº2000-303 de 4 de março de 2002 — conhecida como *Loi Anti-Perruche*⁽²⁹⁾ — sobre os direitos dos doentes e qualidade de vida, que determinava, no artigo 1º, a regra base de que “ninguém pode tirar partido (aproveitar-se) de um prejuízo pelo facto de ter nascido” e, no artigo seguinte, referia que “a pessoa que nasceu com um defeito devido a erro

²⁹ Surgiu em razão de todas as reações despoletadas pela decisão do referido acórdão: quer dos familiares e as associações de deficientes por entenderem que era uma afronta ao estatuto das pessoas com deficiência e por incentivar a prática do aborto, dos médicos e laboratórios, que suspenderam a atividade até que o legislador regulasse a sua responsabilidade, pelo agravamento dos seguros. Em geral, a sociedade ficou perturbada perante o “risco eugénico e a extrema dificuldade em traçar a linha de fronteira entre o que será uma vida suportável e uma vida indigna que não valerá a pena ser vivida” cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Anotação ao Acórdão de 19 de junho de 20001 do STJ - Direito a não nascer?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134, N.º 3933, Coimbra, 2002, p. 380

médico pode obter a reparação do seu dano quando o autor faltoso provocou diretamente o defeito ou agravou ou não permitiu tomar as medidas suscetíveis de atenuação.” Dito de outro modo, considerava apenas os prejuízos sofridos pelos pais em razão do nascimento de uma criança cuja deficiência não foi detetada durante a gravidez, contudo, excluiu o montante dos encargos especiais que venham a suportar com o filho — devendo estes ficar a cargo da Solidariedade Social.

No Reino Unido, em 1982, no caso *McKay v. Essex Area Health Authority*⁽³⁰⁾, o *Court of Appeal* recusou a pretensão indemnizatória da criança, — que nasceu parcialmente cega e surda em razão da rubéola contraída pela mãe no início da gravidez — afirmando-se na decisão de que era contrário à *public policy* considerar uma vida com deficiência como menos valiosa do que uma vida normal e que os danos seriam impossíveis de determinar, uma vez que o tribunal teria de comparar a situação do demandante com a de não-existência, sobre a qual o tribunal nada pode saber.

Na Holanda, a 18 de março de 2005, o Supremo Tribunal encontrou-se perante uma ação de *wrongful birth* e *wrongful life* aquando do caso *Baby Kelly*. *In casu*, os pais de Kelly foram tranquilizados pela parteira de que a criança não seria afetada pela anomalia que um familiar desse casal sofria, pelo que não realizaram novos testes de diagnóstico pré-natal. Apesar disto, Kelly nasceu com graves deficiências físicas e mentais — não conseguia andar, falar ou reconhecer os próprios pais. O tribunal concluiu pela procedência de indemnização quanto às despesas relativas ao sustento de um filho deficiente (até atingir os 21 anos) e pelos danos morais resultantes da violação do direito à autodeterminação da

³⁰ Foi decidido segundo o *common law*, já que o nascimento ocorrera antes de 1976.

mãe. Para além disto, a mãe — e somente esta — foi indemnizada pelas despesas relacionadas com o tratamento psiquiátrico devido ao nascimento de uma criança portadora de deficiência. Quanto à criança, o *Hoge Raad der Nederlanden* concedeu-lhe uma indemnização pelo dano emocional decorrente do seu próprio nascimento entendendo que a existência de Kelly era suscetível de indemnização.

A 23 de novembro de 2007, o Supremo Tribunal Espanhol decidiu, perante um caso semelhante aos anteriores, reconhecer os danos morais causados aos pais pela falta de informação, mas negou a existência de dano no caso da criança pelo mero nascimento. Portanto, o país vizinho não reconhece a admissibilidade das pretensões de *wrongful life*.

b. Jurisprudência portuguesa

Resta agora analisar as decisões tomadas no nosso ordenamento jurídico, dado que o presente texto incide sobre o posicionamento português. Apesar de serem escassas as decisões sobre estas ações em Portugal, as que já ocorreram, merecem grande atenção por, à semelhança dos casos anteriores, terem suscitado grande controvérsia e discussão doutrinária.

i. STJ 19 de junho de 2001

Foi a primeira ação deste género em Portugal levada a tribunal. Trata-se de um caso em que uma criança de 3 anos que nasceu com malformações irreversíveis nas duas pernas e na mão direita — representada pelos pais — intenta uma *wrongful life action* contra o médico que acompanhou a gravidez da progenitora e a clínica de radiologia que fez os exames recomendados por aquele. O autor pretendia que os réus fossem condenados a pagar danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da sua conduta.

O fundamento encontra-se no facto de a progenitora do autor ter procurado o médico para a primeira consulta de acompanhamento de gravidez. Quando o fez, encontrava-se no 2º mês de gestação. No seguimento de uma ecografia, o médico informou-a de que tudo corria bem. Passados alguns meses, aconselhou-a a realizar uma nova ecografia na clínica de radiologia da sua confiança, onde também lhe foi garantido que a gestação corria o seu normal ritmo.

Por se tratar de uma gravidez de risco, — que o médico conhecia, pois tinha assistido a mãe do autor na gravidez anterior e conhecia da condição de útero septado — exigia-se uma diligência e cuidado muito superiores à média. Não obstante, este profissional não atuou devidamente, não respeitando a *praxis* clínica, dado que deveria ter solicitado a realização de outros exames mais específicos para aferir das medições embrionárias, uma vez que o volume uterino era inferior à idade gestacional determinada ecograficamente e que tal teria revelado as malformações do autor.

Por conseguinte, o autor veio a nascer com graves e irreversíveis malformações nas duas pernas e na mão direita, condicionantes da sua locomoção, fazendo com que esteja dependente de terceiros — dependência esta que se irá prolongar por toda a sua vida. Resumindo, os pais apenas conheceram das malformações no momento do nascimento; porém, se tivessem sido devidamente informados, a mãe poderia — e teria — ter optado pela interrupção voluntária da gravidez.

Na primeira instância, concluiu-se que a omissão dos réus não fora causa nem condição adequada e típica das malformações com que o autor nasceu e que, mesmo que os réus tivessem praticado os atos que o autor diz terem sido omitidos, sempre ocorreriam as malformações com que nasceu, pelo

que houve absolvição destes. Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal da Relação.

Naturalmente inconformado com a decisão, o autor volta a recorrer, em forma de revista, para o STJ, que começou por referir não haver conformidade entre o pedido e a causa de pedir, já que “se o autor pede que os réus sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações (...) com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detetado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma”, o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, uma vez que o direito alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros. Basicamente, apesar de invocar os danos por si sofridos, assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe – de interromper a gravidez. Ou seja, é como se toda a discussão tivesse ocorrido em torno da legitimidade processual ativa.

Para além disto, concluiu ainda que “o direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida.”, isto é, entendeu que um direito à não existência não encontra consagração na nossa lei⁽³¹⁾ e, “mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor.”

Apesar de ter negado a revista, a doutrina maioritária entende que o STJ não fecha completamen-

te as portas às ações de *wrongful life*, pois refere que tais pretensões podem ser interpostas pelo próprio filho quando este atingir a maioridade; e o mesmo se aplicará às *wrongful birth*, por ter concluído que seria dada procedência, caso tivessem sido os pais a agirem em seu próprio nome.⁽³²⁾

ii. STJ 17 de janeiro de 2013

Passados 12 anos, o STJ voltou a ser chamado para se pronunciar sobre esta matéria. Trata-se de um caso semelhante ao anterior: às 30 semanas de gestação, nasceu uma criança com síndrome poli-malformativa (sem mãos, braços, deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, da mandíbula e do céu da boca). *In casu*, a mãe – por si e em representação do seu filho menor – instaurou uma ação declarativa com processo ordinário contra o Centro de Radiologia, o médico diretor clínico e ainda contra uma médica de um outro hospital no qual foi sujeita a exames.

Durante a gravidez, a autora realizou as ecografias obstétricas medicamente previstas para a gravidez na clínica demandada e, na sequência destas, foi-lhe dito que o bebé era perfeitamente normal quando, tendo em conta os exames presentes, as malformações poderiam ter sido detetadas (até se colocou a hipótese de os exames terem sido trocados). Para além disto, numa consulta de obstetrícia realizada num hospital, a médica que a consultou também não detetou as malformações do feto.

A mãe autora invocou uma violação do seu direito à autodeterminação quanto ao destino da sua gravidez, facto que gerou a consequência de tanto

³¹ FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, 2006, p.138, suscita uma possível revisão do Código Civil no sentido de responder a estas questões.

³² Tal é perceptível quando o STJ refere que “tais ações, afiguram-se-nos, só poderão ser intentadas pelos filhos quando a lei vigente lhes conceder o poder de pleitearem por si próprios, o que não é o caso”. *Vide* SARA ELISABETE DA SILVA, “Vida indevida...”, p. 934 e 935 e FERNANDO PINTO MONTEIRO, op. cit. pp. 137 e 138

ela como o seu filho terem de viver vidas marcadas por sofrimento e angústia. Durante a ação, foi claramente perceptível o desequilíbrio emocional profundo da progenitora que, se tivesse recebido a informação correta, teria, sem dúvida, optado pela interrupção da gravidez, enquanto “único meio idóneo a evitar o real perigo que a gravidez constitui para a sua saúde psíquica.”⁽³³⁾

A própria criança tem consciência da sua situação, uma vez que o seu desenvolvimento cognitivo não foi afetado, sofrendo uma profunda revolta, ansiedade, frustração e incompreensão no seu penoso dia a dia dependente de terceiros na execução das mais simples tarefas.

Assim, foi peticionada a favor da criança uma quantia pelos danos não patrimoniais correspondentes à sua condição deficiente; e patrimoniais correspondentes ao sustento da vida e cuidados especiais – atendendo a que o autor poderia ter cerca de 50 anos de vida útil. O mesmo em relação à mãe.

Como o pedido foi declarado parcialmente improcedente na 1ª instância, o autor interpôs recurso. Na segunda instância (Acórdão da Relação do Porto de 01/03/2012, Proc. n.º 9434/06.6TBM.TS.P1), o tribunal julgou a ação parcialmente procedente: em relação aos pedidos deduzidos a favor da autora, condenando os réus ao pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, dado que se trata de uma verdadeira *wrongful birth action* e pelo facto de a grávida ter direito ao normal e eficaz funcionamento dos serviços de diagnóstico pré-natal que são oferecidos, bem como a possibilidade de interromper a gravidez em certos casos. Acrescenta ainda que “mesmo antes do nascimento e da verificação de outros danos no feto, a grávida já sofreu uma diminuição do seu direito à autodeter-

minação informada – uma lesão provocada pela má prática do médico”, à semelhança do que já explicámos no devido momento.

Contudo, a Relação proferiu que tal pretensão era absolutamente improcedente quanto aos pedidos deduzidos a favor da criança, à semelhança do que aconteceu em 2001 por considerar “inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido.”

Na mesma linha de raciocínio, o STJ determinou que reconhecer a pretensão indemnizatória da criança daria azo a várias incongruências porque, “por razões de ordem social se afigura chocante que uma pessoa assim nascida, não seja merecedora de uma indemnização, por esse facto, originador de dor e sofrimento”. Por isto termina esclarecendo que “o autor existe, mas concluir-se que o mesmo não deveria existir assim desta forma deficiente e por isso tem o direito a ser ressarcido, não pode ser, uma vez que a tal se opõe, além do mais, o Direito.”

iii. STJ 12 de março de 2015

Os pais – por si e na qualidade de representantes legais do seu filho menor – propuseram uma ação contra os representantes legais da clínica que acompanhou a gravidez, pedindo a condenação dos réus no pagamento da quantia relativa a danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela sua conduta alegando, para tanto, que “na sequência de uma gravidez da autora, da qual resultou o nascimento do menor, os autores contrataram, por três vezes, os serviços da ré, para a realização de exames de ecografia obstétrica, tendo a ré assinado o relatório da ecografia, realizada às 21 semanas de gestação e o réu assinado os relatórios, realizados às 8 e 30 semanas.

Apesar de os relatórios terem atestado não haver qualquer deformação do feto, o autor nasceu com gravíssimas malformações dos membros supe-

³³ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois” in *Revista de Direito Comercial*, p.373

riores e inferiores, que determinaram uma incapacidade permanente global de 93% e que, atendendo à prática médica, são detetáveis às 12 semanas. Contudo, em razão do descuido e da negligência grosseira, imputável a todos os réus, tal não foi detetado, pelo que os pais ficaram impedidos de interromper a gravidez ou de sujeitar o feto a tratamento, diminuindo significativamente as malformações existentes.

Na segunda instância (Acórdão da Relação de Guimarães de 19/06/2012), o tribunal entendeu que “a indemnização deverá abranger os danos patrimoniais (especialmente, os custos adicionais resultantes da deficiência) causados aos pais da criança, bem como os danos não patrimoniais, resultantes da privação da possibilidade de praticar licitamente a interrupção da gravidez.” É indubitável que a decisão não tocou no cerne da questão da indemnização da criança, pois o tribunal *ad quem* concluiu que a base instrutória se encontrava incompletamente construída.

O STJ crê que a criança “será totalmente dependente de uma terceira pessoa para o resto da sua vida, sofre por não pode ser como as outras crianças, necessitando de substituir anualmente as próteses aplicadas, para além de que a não sujeição do menor aos tratamentos adequados causou ao mesmo grave prejuízo patrimonial, pois poderia apresentar *apenas* uma incapacidade de 50%, caso as deformações tivessem sido detetadas a tempo.”

Sem novas surpresas e à semelhança das decisões dos anteriores acórdãos, é julgada procedente a indemnização para os pais quanto aos danos morais por se entender que “os recorrentes viveram nove meses enchendo um balão de expectativas com a ajuda dos réus que lhes garantiram que tudo estava bem com o feto, para que tudo rebentasse com enorme estrondo e dor no dia do nascimen-

to”. Portanto, neste acórdão o *thema decidendum* diz unicamente respeito às pretensões dos pais.

IV. Problemas que se colocam

Depois de analisada a jurisprudência existente sobre o tema, em especial a existente nos nossos tribunais, encontramos-nos em condições de problematizar as questões levantadas pela mesma e que serviram de fundamento à objeção da procedência da pretensão da criança.

a. *Haverá um direito à não existência?*

A resposta a esta questão é vista como fulcral para quem critica as *wrongful life actions* e frequentemente se debruça mentalmente sobre se “*could a life be so bad – so diseased or deprived – that it would not be worth living? Could a life be even worse than this? Could it be worse than nothing, or worth not living?*”⁽³⁴⁾ Estes autores entendem que só seria possível indemnizar a criança portadora de deficiência se existisse um direito à não existência.

Tendo FERNANDO PINTO MONTEIRO, escrito que, embora o nosso ordenamento jurídico reconheça e tutele o direito à vida, bem como outros direitos de personalidade, “não tutela o direito à não existência. Mesmo que, por imposição legislativa, se admita o direito à não vida, como será o caso do suicídio ou da eutanásia, ainda assim, sempre o caso em análise ultrapassaria esses limites.”⁽³⁵⁾

³⁴ DEREK PARFIT citado por JOSÉ GONZÁLEZ, *Wrongful birth, wrongful life – o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014, p.62

JOSÉ GONZÁLEZ responde de antemão à questão referindo que um ponto de partida indispensável é considerar que mesmo que a vida de alguém revele ser penosa, árdua ou sofrida, tal não poderá configurar um argumento para se concluir que teria sido preferível não existir. Esclarece ainda que “se a sua vida, como um todo, merecer a pena, jamais se poderá considerar ter vivido ou viver a *wrongful life*” cf. ob. cit, p. 63

³⁵ FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência...”, p. 137

Se a existência de tal direito fosse reconhecida, estaríamos perante o *problema da não identidade*⁽³⁶⁾, que ocorre quando o dano invocado só poderia ter sido evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto. É precisamente com base neste raciocínio que a maioria da doutrina vê as pretensões de *wrongful life* como inadmissíveis.

Adiantamos de imediato que estas interrogações são erradas e não tocam no verdadeiro ponto da questão aqui tratada. Tal como ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, não sufragamos a indagação de saber se alguém tem o direito a não nascer. Não é disso que se trata. Ora, “a criança que vai a tribunal demandar o médico negligente e pedir uma indemnização pelos danos que sofre, não está a pedir para não nascer, nem a pedir que lhe causem a morte”, antes pelo contrário, pede somente que lhe “seja concedida uma indemnização em dinheiro que lhe permita pagar os tratamentos médicos, os cuidados de enfermagem, os medicamentos, uma educação especial e outras despesas necessárias a uma vida condigna na sua condição.”⁽³⁷⁾

Segue-se explicar os argumentos que cremos fundamentar a nossa posição de que tal direito não existe. Em primeiro lugar, devemos questionar-nos acerca da existência de direitos *antes* do nascimento. Atendendo ao artigo 66º, nº1 CC, “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”, dependendo os direitos dessa personalidade (nº2). Logo, haveria uma rejeição da personalidade jurídica do embrião e da sua titularidade de direitos, o que impede o reconhecimento de um direito a ser indemnizado por danos que sofreu

quando não era pessoa e, consequentemente, nem tinha direitos. Seguindo a linha de raciocínio, indagamos algo um tanto intuitivo: e os direitos patrimoniais que se reportam a um momento prévio ao seu nascimento? Na verdade, estes *retroagem* ao passado.

Parece-nos que os nascituros, em termos de Direito Civil, não dispõem de qualquer personalidade jurídica, mas *tão-só* de uma predestinação de direitos que irão surgir no futuro.⁽³⁸⁾ Destarte, se o embrião não chegar a nascer, tudo se passa como se a disposição testamentária ou a doação fossem inválidas desde o início. Não obstante, tomando em consideração as palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, “a partir do momento em que o ser humano efetivamente nasce e, consequentemente, adquire direitos, pode reivindicá-los, ainda que o facto que lhes dá origem se reporte a um momento anterior à aquisição deste”⁽³⁹⁾, o que faz sentido nestes casos em que se pede uma indemnização por danos à integridade física.

Por outro lado, poderá o direito à vida — constitucionalmente salvaguardado — implicar um direito à não vida? Ora, retomando o que acabámos de ilustrar, tal direito não teria titular — uma vez que ainda não nasceu — e só poderia existir antes do nascimento, contudo, quando finalmente se verifica este facto, deixa o direito de ter conteúdo. Dito de outro modo, para este direito à não vida ser cumprido, é necessária a inexistência definitiva do seu titular. Tendo em conta as razões apresentadas, parece-nos claro que não existe um direito à não existência capaz de indemnizar a criança interessada.

³⁶ Sobre este problema, vide FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida...*; VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, pp. 81 e 82

³⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes...”, p. 240

³⁸ Por exemplo, ser beneficiário de doações (artigo 952º CC) e sucessões (sucessão legítima, legítima e testamentária). A lei concede ainda direitos quanto à capacidade sucessória (artigo 2033º, n.º 1 CC), relativos às responsabilidades parentais (artigo 1878º CC), à administração de herança ou legado a favor de nascituro (artigo 2240º CC) e ainda quando à perfilhação de nascituro (artigo 1854º e 1855º CC).

³⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 76

A título de curiosidade e incentivando o debate, ainda que fosse reconhecida a existência de tal direito, questionamos se tal apenas poderia ser invocado pela criança, como concluiu o STJ em 2001, dado que já se afastaria dos deveres parentais⁽⁴⁰⁾ por estarmos perante um ato “puramente pessoal”, cf. o artigo 1881º, nº1CC e porque se correria o risco de avaliar negativamente a vida dessa criança que até poderia nem sentir qualquer lesão. Isto significa que deveria ser a criança lesada a concluir se a sua vida é limitada ou não, mas apenas quando atingisse a maioridade. É possível fazê-la esperar tantos anos para ver se feita justiça?

Ainda que o STJ tenha entendido que sim, JOÃO PIRES DA ROSA reforça a opinião oposta, e bem, que seria inimaginável pensar que, “se o filho nasce, e nasce com a *sem qualidade* que é preciso atenuar através da indemnização adequada”, só atingindo a maioridade pudesse “exigir essa indemnização de quem, com culpa, lhe provocou o dano de nascer.”⁽⁴¹⁾ Precisamente porque tal traduziria um falso “respeito” pelo Direito, dado que um dos objetivos do Direito é combater qualquer possibilidade de indignidade. Por conseguinte, estaríamos a persistir no dano ou mesmo no liminar de uma “violação do direito à vida por falta de recursos para defendê-la.”⁽⁴²⁾ Para além disto, uma vida assinalada pela deficiência é entendida socialmente – sem que tal implique necessariamente discriminação ou preconceito pela vida deficiente – como uma vida mais limitada.

No entanto, se a indemnização visa atingir a dignidade da criança, não nos parece plausível es-

perar até à maioridade para o fazer. Seguindo o posicionamento de ANDRÉ DIAS PEREIRA, “cabe, no âmbito dos poderes-deveres do representante legal, pedir uma indemnização por danos não patrimoniais sofridos pelo seu representado” e, “no caso de deficiência muito grave, o filho provavelmente estará sujeito ao regime de maior acompanhado ou o filho não irá conseguir efetuar ou exprimir um juízo de valor sobre a sua existência, de tal forma que não poderá fazer valer esse direito, bem por si próprio, nem através do seu representante legal.”⁽⁴³⁾

É, então, por o próprio ser incapaz de nos fornecer a sua avaliação da situação em que vive que se justifica a reivindicação por outrem.⁽⁴⁴⁾ Para além disto, esperar daria azo a desprezar a utilidade do pedido de indemnização por causa do espaço temporal que se interpõe entre o nascimento e a aquisição de maioridade, isto pressupondo que a deficiência de que a criança é portadora não motive o requerimento do regime de maior acompanhado.⁽⁴⁵⁾

Portanto, a nosso ver e na mera hipótese de existir tal direito – que já considerámos não se verificar – o poder paternal é representativo, especialmente nestes casos em que a criança sofre de uma deficiência grave que lhe retira a capacidade de exercer os seus direitos, sendo impensável esperar atingir a maioridade para o fazer⁽⁴⁶⁾ e, ao não

⁴³ SARA ELISABETE, op. cit. p. 933

⁴⁴ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 114, é a incapacidade de consciencialização que agrava o dano.

⁴⁵ Atualmente, o regime que veio substituir a interdição e inabilitação e que se encontra em vigor designa-se por Regime dos Maiores Acompanhados aprovado pela Lei nº 49/2018 de 14 de agosto.

⁴⁶ É de presumir que quanto mais tempo se esperar, mais afetada pelas lesões será a criança. Pelo que fazê-la aguardar é “condená-la a ficar sem indemnização precisamente na altura em que ela é mais necessária para compensar as dificuldades de desenvolvimento da sua deficiência”, cf. ANTÓNIO QUEIRÓS, *As ações de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*, Coimbra, 2016, p.50

⁴⁰ Um autor que segue o mesmo entender é JOSÉ GONZÁLEZ, op. cit. pp. 27-28. Para este, os pais não terão legitimidade ativa para intentar uma ação de *wrongful life*, uma vez que se trata de um direito pessoal do filho – o que não admite representação.

⁴¹ JOÃO PIRES DA ROSA, “Não existência...”, p. 53

⁴² *Ibidem*, p. 54

aceitarmos esta representação, estaríamos em face de uma violação do seu direito de acesso à justiça constitucionalmente consagrado no art. 20º CRP.

Em suma, ao ser pedida uma indemnização pela própria criança, não se está a levantar um possível direito à não existência para a fundamentar; estamos tão-só a defender que é necessário atribuir-lhe uma compensação monetária para fazer face às despesas extraordinárias e que resultam da sua condição.

b. Responsabilidade civil do médico

Seguimos agora o nosso caminho procurando responder à dúvida de saber se o médico poderá ser responsabilizado perante estas situações, uma vez que um dos grandes obstáculos que se ergue é o facto de as malformações não terem sido causadas pelo profissional.

São de extrema pertinência, neste ponto, as palavras de FERNANDO ARAÚJO, segundo as quais “a medicina e a genética tornaram possível o surgimento de vida em condições que de outro modo não o permitiriam (...) estas áreas podem interferir na procriação, e essa interferência acarreta não só a responsabilidade pelos meios empregues, como mesmo, e até certo ponto, a responsabilidade pelos resultados.”⁽⁴⁷⁾

Tal justifica que se verifique uma crescente responsabilização dos médicos, algo que é reconhecido expressamente pela nossa jurisprudência e pela doutrina, que passou a entender que “a atividade médica perdeu o caráter quase mágico de que durante muito tempo se revestiu, impeditivo não só da indagação sobre a bondade das práticas, mas sobretudo sobre a sua inadequação às situações sobre as quais incidiam, máxime em termos de eventuais erros cometidos, geradores da obrigação de repa-

rar.”⁽⁴⁸⁾ Este movimento de dessacralização da atividade médica contribuiu, em grande parte, para descobertas científicas com constantes progressos na cura de doenças tidas por fatais e nos meios terapêuticos que devem ser utilizados capazes de melhorar os cuidados de saúde disponíveis e para a literacia da própria comunidade no que respeita aos direitos que lhes assistem.

Destarte, encontramos-nos perante “uma questão de justiça com forte incidência económica, que se centra na legitimação de interrogações sobre a eventualidade de ficar impune uma conduta que negligentemente causa despesas extraordinárias a outrem — no sentido de causar danos físicos que requerem tratamentos especiais —, ou sobre a possibilidade de, contra a regra jurídica comum, se admitir a irresponsabilidade de médicos e cientistas num domínio onde o potencial do dano é tão vasto, e as consequências individuais podem ser tão onerosas como aparentes.”⁽⁴⁹⁾

Portanto, a prática da medicina encontra-se, hoje, sujeita a objetivos de políticas de saúde - não só a nível nacional, mas também mundial — devendo ser atingidas determinadas expectativas criadas pela sociedade, como a preservação da dignidade humana, a busca do bem comum, a qualidade dos serviços prestados, daí que a responsabilidade médica assuma um papel fundamental para garantir a execução planificada e de alta qualidade.

Admitimos, pois, tratar-se de cenários onde a responsabilidade médica é invocada, abrangendo

⁴⁷ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida...*, pp. 99 e 100

⁴⁸ Acórdão da Relação de Lisboa de 08/01/2008 citado no acórdão da Relação do Porto de 01/03/2012. No mesmo sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, pp. 70 e 71 escreveu que “a crescente responsabilização dos médicos com base na falta de cuidado era inevitável, por força da explosão tecnológica, da má utilização dos meios em casos clamorosos, da despersonalização do ato médico que, por ironia, veio implicada com o ideal do *welfare state* em matéria de cuidados de saúde”

⁴⁹ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida...*, p.99 e 100

não só a dos médicos, mas a de todos os profissionais de saúde, tais como paramédicos e restante pessoal hospitalar, uma vez que o evento gerador do dano é geralmente resultado de uma labiríntica atividade de uma equipa médica.

Dito isto, como bem sabemos, tal responsabilidade pode ser civil, criminal ou disciplinar, podendo esta última situar-se num plano de tutela de autoridade médica pública ou num plano disciplinar privado. Na problemática sobre a qual nos debruçamos, discute-se a responsabilidade civil⁽⁵⁰⁾, que consiste na necessidade imposta por lei a quem causa danos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão. Atua, pois, através do surgimento da obrigação de indemnização, tendo esta por fim tornar sem dano o lesado.⁽⁵¹⁾ Ainda assim, há quem entenda que a responsabilidade civil não é adequada a estes casos, devendo ser reclamada a intervenção dos mecanismos da segurança social⁽⁵²⁾.

Para afirmarmos a possibilidade de concretização da aceitação do pedido indemnizatório, teremos de analisar se todos os pressupostos da

responsabilidade civil – comuns à contratual e à extracontratual – se encontram preenchidos. Ora, de acordo com ANTUNES VARELA⁽⁵³⁾, “é necessário, desde logo, que haja um facto voluntário do agente (...), que o facto do agente seja ilícito (...), que haja um nexo de imputação do facto ao lesante (...) e que à violação do direito subjetivo ou da lei sobrevenha um dano (...). Por último, exige a lei que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima.”

Em suma, os pressupostos da responsabilidade civil consistem em: facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano. É nos artigos 562º e ss que se encontram as normas comuns relacionadas com o nexo de causalidade, cálculo de indemnização e culpa do lesado.

i. Facto voluntário do agente

De acordo com ANTUNES VARELA, este pode ser definido como sendo um facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana.⁽⁵⁴⁾

Nas *wrongful life actions*, facilmente se depreende que se verificou um comportamento omissivo por parte do médico, que atuou de forma negligente e contrária às *leges artis*⁽⁵⁵⁾ – por não ter realizado todos os exames necessários para a averiguar eventuais malformações do feto ou por não ter infor-

⁵⁰ No que toca à responsabilidade médica, a nossa lei não admite casos de responsabilidade objetiva, daí que a culpa seja uma nota essencial neste tema.

⁵¹ Ainda que o devedor sinta que a obrigação de indemnizar assume uma natureza de penalização, não é esta – juridicamente – a sua função. Até porque, se a responsabilidade civil tivesse um intuito punitivo, a distinção entre conduta lesiva negligente e conduta lesiva dolosa deveria ser transcendente, uma vez que esta última merece mais censura que aquela, devendo ser mais castigada e, como bem sabemos, tal não sucede.

⁵² Como MANUEL CARNEIRO DA FRADA (op. cit. p.9) quando afirma que “não se descortina como construir uma solução de direito privado para essas necessidades (através de uma pretensão indemnizatória contra o médico). Uma pura justiça distributiva desse género, operando restritamente entre médico e família, é alheia ao sistema jurídico-civil e insuscetível de compatibilização com este”, entendendo, portanto, que “a necessidade dos pais não deve ser confundida com a presença de um dano.”

Concordamos com ANDRÉ DIAS PEREIRA (“Direitos dos pacientes...”, p. 240) ao escrever “nem se pense que a “reduzora segurança social” irá aliviar as dificuldades económicas que esta pessoa irá atravessar toda a sua vida.”

⁵³ ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral – Vol. I”, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 525 e 526

⁵⁴ ANTUNES VARELA, op. cit. p.527

⁵⁵ De acordo com o artigo 10º, nº1 do Código Deontológico dos Médicos, “o médico deve abster-se de praticar atos que não estejam de acordo com as *leges artis*”. Ainda nos termos do artigo 5º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, “o médico que aceite o encargo (...) obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar o sofrimento (...) no pleno respeito pela dignidade do ser humano”.

mado devidamente os progenitores, impedindo a mãe de interromper a gravidez de forma não punível, ou seja, a probabilidade de ter conseguido impedir o dano era bastante elevada.

É fundamental percebermos que a responsabilidade civil médica admite a responsabilidade *contratual*, obrigacional ou negocial, isto é, a que deriva da violação de uma obrigação em sentido técnico, tal como os deveres de cuidado e proteção a que o médico está adstrito (artigos 798º e ss); e a *extracontratual*, delitual⁽⁵⁶⁾ ou aquiliana, que resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (que, *in casu*, poderá ser um direito de personalidade) e que se encontra prevista nos artigos 483º e ss CC).

A verdade é que a questão de saber qual das responsabilidades prevalece não é pacífica, tal como a de saber se é admitido o recurso a qualquer uma delas por parte do lesado. A doutrina e a jurisprudência têm entendido — maioritariamente — que, gozando o lesado da tutela contratual e da tutela que deriva da responsabilidade extracontratual, poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável⁽⁵⁷⁾, isto é, admitem a denominada teoria do cúmulo de responsabilidades. Destarte, admite-se a reparação de danos patrimoniais e de danos morais, quer na responsabilidade extracontratual, quer na contratual.⁽⁵⁸⁾

⁵⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer...”, p. 375 refere que “estando perante a eventual violação de um direito de personalidade (a vida ou a integridade física), sempre tal ilícito geraria responsabilidade extracontratual.” Além disto, poderá haver responsabilidade delitual quando a violação representa igualmente um facto ilícito extracontratual — através de ações (art. 483º CC) ou omissões (486º CC).

⁵⁷ No ac. STJ de 2001, embora o autor tenha começado por fazer apelo a princípios da responsabilidade delitual, acaba por recorrer à tutela da responsabilidade contratual, sustentando que, por força do contrato de prestação de serviços celebrado com os réus, existe uma presunção de culpa daqueles (cf. 799º CC).

⁵⁸ Apesar de a jurisprudência admitir a compensação dos danos referidos, alguma doutrina defende a não ressarcibilidade de danos não

Obviamente que o recurso a um ou a outro regime acarreta as suas vantagens e desvantagens. Ora, recorrendo à responsabilidade contratual, existe o benefício processual de inversão do ónus da prova da culpa por força do nº1 do artigo 799º CC, o que contribui para ampliar a probabilidade de êxito do pedido enunciado pelo autor; o prazo de prescrição é de 20 anos (art. 309º CC), enquanto na responsabilidade delitual é de 3 anos (art. 498º CC). Mas, se optar pela responsabilidade extracontratual, em caso de pluralidade de obrigados à indemnização (algo típico nas *wrongful life actions*), estes serão solidários entre si, cf. o artigo 497º CC, ao passo que na responsabilidade civil vigora o regime da conjunção.

Contudo, há quem entenda que tal escolha nem carece de ser efetuada, uma vez que “ante a mãe, a obrigação de indemnizar funda-se no próprio contrato de prestação de serviços não cumprido ou mal cumprido; diante do filho que nasce com deficiências (a admitir-se a exequibilidade das suas pretensões) e perante o pai, a responsabilidade será extracontratual por violação de certos direitos absolutos na sua titularidade (v.g. à vida, à integridade física, à paternidade).”⁽⁵⁹⁾

ii. Ilícitude

Apoiando-nos na doutrina de ANTUNES VARELA, haverá ilicitude sempre que existir a violação de um direito de outrem ou quando ocorrer

patrimoniais em sede de responsabilidade contratual utilizando o artigo 496º para fundamentar a sua posição.

⁵⁹ JOSÉ GONZÁLEZ, *Wrongful birth...*, p. 53

Em sentido contrário, ANTÓNIO MENÉZES CORDEIRO, *O Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Coimbra, Almedina, pp. 329-330 admite apenas uma indemnização aos pais por violação do contrato de prestação de serviços e do dever de informar por parte do médico, justificando a recusa da indemnização da criança com base na desproporcionalidade subjacente à responsabilização de terceiro — *in casu*, o médico — por estar vivo.

a violação da lei que protege interesses alheios.⁽⁶⁰⁾ Nas ações de *wrongful life*, a ilicitude prende-se com a violação do direito (subjeto) à liberdade reprodutiva dos pais e com a violação da lei relativa aos deveres do médico, designadamente os artigos 142º, nº1 e 150º CP e 483º, nº1 CC.

Contudo, e atendendo à tese que sufragamos de que nestas pretensões não estamos perante um direito à não existência, falharia a violação do direito exigido pelo artigo 483ºCC no âmbito da responsabilidade extracontratual. Destarte, – e seguindo o entender de ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA – “nas *wrongful life actions*, a ilicitude deriva sim da violação da lei destinada a proteger interesses alheios”⁽⁶¹⁾ – da sua segunda modalidade, o que se traduz numa violação das *leges artis* juridicamente exigíveis designadamente pelo art. 4º da Convenção da Biomedicina.

Por outro lado, atendendo à responsabilidade contratual, ainda que não tenha havido uma ofensa a qualquer direito subjeto da criança, esta é a principal lesada pelo comportamento negligente do médico. Defende-se, por isso, a doutrina do contrato com eficácia de proteção para terceiros⁽⁶²⁾, ou seja, se a criança nascer deficiente, o médico incorre em incumprimento, uma vez que deveria ter detetado as

malformações atempadamente, sendo os danos sofridos por aquela indemnizáveis por ser ela um terceiro abrangido pela proteção conferida pelo contrato.

Em suma, o médico fica ainda com deveres especiais de proteção e cuidado para com a criança, para além dos deveres principais, secundários e acessórios que tem para com os pais; deste modo, esta terá um direito a exigir a indemnização pela violação destes deveres laterais que o médico tinha para com ela. No fundo, prolonga-se a relação obrigacional para lá da esfera dos contraentes – pais e médico – correspondendo a um direito da criança a exigir uma indemnização pela violação destes deveres laterais que o médico tinha para com ela.⁽⁶³⁾

iii. Culpa

O lesante age com culpa quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo – pelo que o seu comportamento será reprovável apenas nestas condições.

Uma vez que se trata de casos onde o lesante será o médico, impõe-se-lhe o respeito pelo Código Deontológico dos Médicos e, consequentemente, um desempenho congruente com o exigido pelas *leges artis* e pelas boas práticas da medicina. Portanto, atendendo ao artigo 487º, nº2 CC, – previsto em termos objetivistas, ou seja, segundo a teoria da culpa em abstrato – este terá de atuar sempre segundo a diligência do *bonus pater familias* (*in casu*, do médico médio)⁽⁶⁴⁾.

Ao analisarmos este requisito, teremos de ter em consideração não só a culpa como deficiência da *vontade*, mas também como deficiência da *condu-*

⁶⁰ ANTUNES VARELA, op. cit. p. 530

⁶¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Direitos dos pacientes...”, p. 31

⁶² Sobre esta questão, PAULO MOTA PINTO, op. cit., pp. 932 e 933; MARTA NUNES VICENTE, “Algumas reflexões...”, pp. 129-132; VERA LÚCIA RAPOSO, “As *wrong actions*...”, p. 87

Já JOÃO PIRES DE SOUSA, op. cit. p. 51 defende não ser necessário tal raciocínio, afirmando que “nem é preciso falar-se de um contrato em benefício de terceiro porque o contrato é ainda em benefício do próprio contratante e a contraparte – médico ou clínica – sabe bem quem é a contratante/mãe – sabe bem que é por estar grávida ou se pensar grávida que a mulher contratualiza consigo os exames destinados a permitir-lhe o exercício livre e consciente do seu direito ao planeamento familiar ou a uma maternidade consciente.”

Esta figura foi também rejeitada pelo STJ no Acórdão de 17 de janeiro de 2013.

⁶³ Vide FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência...”, pp. 135 e 136; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Anotação...”, p. 383

⁶⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)”, Revista do Ministério Público, dezembro de 2012

ta. Basicamente, para além da falta de cuidado, de zelo e de aplicação, acrescenta-se a falta de perícia, de senso ou de aptidão. Destarte, concluímos que se trata de um padrão de conduta objetivamente determinado e exigente com o intuito de “afastar do mercado todos aqueles que não reúnam as condições para o exercício de profissões tão exigentes e complexas quanto as da saúde.”⁽⁶⁵⁾

Logo, o seu comportamento é culposos quando omite a prática de cuidados exigíveis que, a título exemplificativo, poderá significar a não realização de exames exigidos pela boa prática médica, falhas no dever de informação⁽⁶⁶⁾ ou a falha na interpretação desses exames.

Dito isto, poderá funcionar a presunção de culpa nestas situações? Se na responsabilidade extracontratual é o lesado — a criança — a fazer prova da culpa do lesante, tal como resulta do artigo 487º, nº1, na responsabilidade contratual, cfr. o artigo 799º, presume-se a culpa, tendo de ser o lesante — médico — a ilidir tal presunção, demonstrando que agiu como lhe era exigido. Ou seja, como já foi referido, esta inversão do ónus da prova é um enorme benefício para o autor da ação, pois tal prova — a ter de ser feita pelo lesado — é algo de extrema dificuldade. O mesmo se aplica ao médico: com certeza que será bastante complexo ter de demonstrar que cumpriu todas as regras que lhe eram exigíveis e que, em face do caso concreto e dos meios disponíveis, não poderia ter agido de forma diversa.

iv. Dano

O dano é entendido como o prejuízo que um sujeito jurídico sofre na sua pessoa, nos seus bens,

ou na sua pessoa e nos seus bens. Ainda que *erroneamente* se pense estar em causa o dano da vida⁽⁶⁷⁾ não é disso que se trata e vamos explicar porquê.

O impedimento ao reconhecimento do dano da vida por parte dos tribunais reside na “aberração da qualificação da própria vida como um dano, isto é, como um facto ilícito”⁽⁶⁸⁾, argumentando que “o dano é o prejuízo de viver com deficiência, comparado com a vantagem de não viver de todo.”⁽⁶⁹⁾ Portanto, tanto a nossa jurisprudência, como alguma doutrina têm entendido que o problema da pretensão indemnizatória do autor se traduz em “não queria existir, logo tenho direito a uma indemnização por isso acontecer” — uma comparação entre nascer e não existir⁽⁷⁰⁾ —, mas, a verdade é que se trata de uma comparação entre a vida de uma criança normal (*com qualidade*) e uma vida desta criança (*sem qualidade*).⁽⁷¹⁾ Assim é, pois, a negação da indemnização à criança nestes termos “quase envolve, nos resultados a que chega (que são evidentemente o teste decisivo), como que uma renovada afirmação da

⁶⁷ Mais uma vez, reforçamos o entender do STJ quando chamado a pronunciar-se sobre o assunto: a reparação dos danos próprios da criança pressuporia reconhecer-lhe um direito a não existir, direito esse que não tem qualquer consagração legal — contrariamente ao que defende JOÃO PIRES DE ROSA.

⁶⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit. p.80

⁶⁹ FERNANDO PINTO MONTEIRO, op. cit. p.737

⁷⁰ “Seria uma contradição valorativa e ontológica insanável conceber a inexistência do próprio ente (neste caso a criança) como preferível à sua existência; conceber o nada como um *quid* com valor axiológico” cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions...”, p.383

⁷¹ De acordo com J.K. MASON, é a criança a dizer “*but for the negligence advice given to me through my parents, I would not have chosen a disadvantaged condition; I now have to be disadvantaged and, therefore, I am entitled to compensation*” citado por ANTÓNIO QUEIROZ, “As ações de...”, p. 27

Contudo, há quem entenda — nomeadamente JOSÉ GONZÁLEZ, op. cit. p. 66 — que “quando se valora a vida de uma pessoa para determinar se é digna de ser vivida considera-se apenas ela própria e não qualquer espécie de comparação com outras (de distintas pessoas) com melhores vidas ou com vidas normais. É que, caso contrário, todas as vidas anómalas ou de pior qualidade se revelariam *not worth living*.”

⁶⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Breves notas...”, p. 16

⁶⁶ Este dever conhece algumas exceções, designadamente, o direito a não saber previsto (art. 10º, nº 2 da Convenção de Oviedo) e o privilégio terapêutico (art. 157º CP).

ofensa que lhe foi feita: não só a criança nasceu com uma grave deficiência, como na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se a uma pessoa “normal”, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico.”⁽⁷²⁾

A vida é indubitavelmente o bem mais valioso de todos os bens jurídicos, sendo protegido pelo artigo 24º CRP e posicionado no topo da pirâmide⁽⁷³⁾, cujo respeito implica um dever absoluto *erga omnes*. Contudo, não nos parece que se deva encarar este direito com tamanho “absolutismo”⁽⁷⁴⁾, isto porque, em alguns casos, a vida é levada em condições de tal modo instáveis e lastimáveis, que não pode ser encarada de um modo imperiosamente positivo e benévolo. Nem se pense que reconhecer a existência de danos nestes casos se traduz numa hierarquização de vidas, sendo a da criança portadora de deficiências a menos valiosa.

A própria vida e a perspectiva que temos de uma vida com qualidade varia conforme as realidades socioculturais, que fazem com que o Direito se tenha de adaptar. O próprio progresso da medicina e da indústria farmacêutica têm vindo a melhorar a qualidade e a prolongar o tempo de vida do Homem, daí que olhar para a epígrafe do artigo 24ºCRP não baste. Tal como JOSÉ DE FARIA COSTA invoca: devemos

atender a um “direito à vida com qualidade”⁽⁷⁵⁾, o que nos leva a afirmar que é preferível o termo “*diminished life*” (vida diminuída) ao invés de *wrongful life*.

Além disto, o nosso ordenamento jurídico já deu provas do que acabámos de expor ao permitir relativizações em alguns casos, como na legítima defesa e no estado de necessidade. O mesmo se diga quanto a decisões sobre o direito a morrer com dignidade, revelando que os princípios de ordem pública acabam por favorecer a não vida sobre a vida.

Por conseguinte, “não se trata de considerar ainda (a vida como) um dano, mas antes de atender ao sofrimento, às lesões físico-psíquicas que o autor apresenta.”⁽⁷⁶⁾ Os danos em causa prendem-se com as despesas relacionadas com a necessidade de assistência permanente e com a dor e sofrimento que a deficiência causa à criança – como foi defendido no caso *Baby Kelly*.

Deste modo, há efetivamente danos, quer patrimoniais, quer não patrimoniais. Atendendo a tudo o que foi explicado até ao momento, os primeiros são facilmente explicados, já que são concedidos como uma forma de prover à criança meios para fazer face às despesas que terá de suportar em virtude do seu estado diminuído.

Relativamente aos segundos, há dúvidas quanto à aplicação dos pressupostos do artigo 496º, n.º 1 CC, pois, apesar de se tratar de uma lesão de bens ou de valores não patrimoniais de relevante gravidade, poderão não merecer tutela do Direito se considerarmos tratar-se apenas da deficiência ou malformação. Não obstante, e invocando um pensamento já exposto, é inegável que a criança portadora de malformações se encontra limitada em bastantes tarefas quotidianas (daí necessitar de au-

⁷² PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de...”, p. 934
Ao referir “normal”, o autor aponta para uma criança sem malformações e regulamente funcional. Algo que é criticado por VANESSA CARDOSO CORREIA em “*Wrongful life action – Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001 in Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 2, 2004, p. 129, uma vez que esta autora entende ser um conceito questionável, “desde logo por se saber atualmente que qualquer pessoa é portadora de genes alterados e, portanto, potencial doente de relativa gravidade.”

⁷³ Encontramos o mesmo em outros ramos do Direito, como por exemplo no Direito Penal ao começar a Parte Especial com o crime de homicídio (artigo 131º CP).

⁷⁴ Vide FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida...*, p. 116-126
Para fundamentar o raciocínio, invocamos a conclusão do caso *Thake v. Maurice*, segundo a qual “I do not accept that it is a part of our culture that the birth of a child is always a blessing.”

⁷⁵ JOSÉ DE FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 772

⁷⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Direito dos pacientes ...”, p.241

xílio constante) e que tal dá azo a uma fragilidade, — física e emocional - não significando isso que a sua vida não mereça ser vivida ou que é inferior à das restantes pessoas. Parece-nos que tentar colocar a deficiência num patamar inferior, quase que ignorando o facto de ter sucedido um erro médico, é um raciocínio que deve ser mudado. É incompreensível a negação de que há efetivamente um constrangimento da vida do lesado e de que a vida deficiente é mais limitada que as restantes, como é frequentemente apontado por alguma doutrina e jurisprudência.⁽⁷⁷⁾

Neste sentido, consistem os danos não patrimoniais — não avaliáveis pecuniariamente — nas dores, sofrimento de viver acamado ou com permanente auxílio médico (o que gera angústia e frustração) e o dano corporal em sentido estrito, equivalendo tudo isto ao *burden of his existence*. Dito de outro modo, trata-se de um *dano biológico* enquanto modalidade do *personal injury*: afeta as qualidades físicas e intelectuais do lesado, tanto no momento presente como no futuro. É um dano de carácter pessoal que acaba por resultar em consequências patrimoniais, dada o seu reflexo na capacidade de trabalho do lesado, diminuindo a sua aptidão para obter rendimentos — os lucros cessantes.⁽⁷⁸⁾

Concluimos, então, que o dano não é a vida nem o nascimento, mas sim as condições da vida da criança: a partir do momento em que a lei admite a interrupção voluntária da gravidez perante um feto portador de graves anomalias e doenças congénitas, considera implicitamente que uma vida nestas condições não é ausente de dano. Em poucas palavras: o dano reside nas anomalias com que é

forçado a viver.⁽⁷⁹⁾

v. Nexo de causalidade

Encontramo-nos agora perante um dos maiores obstáculos levantados perante a possibilidade de responsabilizar civilmente o médico: o estabelecimento do nexo de causalidade.

Possui tamanha relevância que acaba por ser referido com prioridade pela jurisprudência, designadamente, quando “o erro de diagnóstico de patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade, pelo que, existindo *nexo de causalidade*, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes.”⁽⁸⁰⁾

É necessário o nexo de causa-efeito entre o facto danoso e o prejuízo cf. o artigo 563º CC, segundo o qual “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.” Quanto a esta matéria, iremos desenvolver as três teses existentes. Vejamos.

De acordo com a *teoria da causalidade adequada*, determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, atendendo a todas as circunstâncias conhecidas do agente mais as que homem médio poderia tomar conhecimento, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar.⁽⁸¹⁾ Logo, se utilizássemos esta, seria bastante difícil estabelecer o nexo de causalidade, dado que não foi a conduta negligente do médico a

⁷⁷ Nos casos em que a deficiência é causada diretamente pelo médico, ninguém invoca o argumento do valor absoluto da vida ou que a vida deficiente é inferior às restantes, antes pelo contrário, não há qualquer hesitação na atribuição de uma indemnização.

⁷⁸ JOSÉ GONZÁLEZ, *Wrongful birth...*, pp. 74-77

⁷⁹ Vide VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 86

⁸⁰ Acórdão da Relação do Porto 01/03/2012.

⁸¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 404-405

causar a deficiência, mas sim fatores naturais.

Julgamos ser de atender a uma *causalidade indireta* ou mediata. Segundo este posicionamento doutrinário, admite-se que se possa estabelecer uma relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo que intervenham, de permeio, outros fatores. O relevante é que estes fatores, segundo um juízo de probabilidade, também se possam considerar induzidos pelo facto inicial. Ou seja, tal como VERA LÚCIA RAPOSO afirma, “embora a doença ou malformação não tenham sido causadas pelo médico, certo é que a sua atividade, quando desenvolvida segundo as *leges artis*, poderia ter evitado o nascimento com aquele dano e isto, segundo cremos, já funciona como nexo de causalidade suficiente” e acrescenta que “uma vez concluída que determinada vida representa um dano para a pessoa, e sendo o médico o responsável pelo facto de a pessoa viver essa vida, existe um nexo de causalidade, ainda que indireto, entre este e o dano, mesmo que outros fatores tenham para ele concorrido.”⁽⁸²⁾

Poderá ainda ser estabelecido o nexo de causalidade através da *teoria do escopo da norma violada*, bastando averiguar se os danos resultantes do facto se refletem numa frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Transpondo o raciocínio para um exemplo concreto: é o caso do contrato celebrado entre a mãe e o médico tem (também) como objetivo evitar o nascimento de uma criança com malformações pelo que, tendo a atuação do médico conduzido ao nascimento da criança deficiente, a finalidade do contrato não se realizou, pelo que é possível estabelecer o nexo causal.

Parecendo sustentar-se na teoria do escopo da norma violada, VERA LÚCIA RAPOSO, invoca o

intuito do artigo 142º, nº1, c) CP. Apesar de haver quem veja a referida norma como uma forma de proteção dos interesses da mãe apenas e não do feto, ou seja, é como se esta tivesse um direito de optar por dar à luz ou não – o que estaria abrangido pela liberdade reprodutiva, é algo com o qual não poderemos concordar.

De acordo com a autora, “esta interpretação da norma e dos bens jurídicos pela mesma tutelada, parte do entendimento segundo o qual a integridade física da pessoa nascida sobreleva o valor da vida antes de nascer. Por conseguinte, esta específica causa de justificação da ilicitude não ignora os interesses nem a proteção da pessoa que vai nascer, de tal forma que as obrigações que lhes estão conexas podem ser concebidas como obrigações (também) face ao nascituro.”⁽⁸³⁾

Assim, o artigo 142º, nº1, c) CP protege não só a mãe, mas também o futuro bebé, nos casos de aborto embriopático e fetopático, o que possibilita o estabelecimento do nexo de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido pela criança.

Para encerrar este ponto, poderíamos ser levados a questionar se estamos perante uma obrigação de meios ou de resultados, como foi feito pela jurisprudência portuguesa. Em regra, na atividade médica, estamos perante obrigações de meios, em que o médico não se vincula à obtenção de determinado resultado – a cura –, mas somente a empregar a diligência e o cuidado que lhe são exigidos para tratar o doente. Já as obrigações de resultado ocorrem em situações excecionais, como por exemplo, na realização de exames laboratoriais ou de radiologia de rotina, daí que JOÃO PIRES DA ROSA entenda que, no caso do Acórdão do STJ de 2001, se trataria de uma obrigação de resultado, já

⁸² VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 86

⁸³ VERA LÚCIA RAPOSO, “Responsabilidade médica...”, pp. 94 e 95

que o profissional tem a obrigação de “afirmar diligentemente o resultado pretendido – existem ou não existem elementos de onde possa concluir-se que o nascituro virá a sofrer de forma incurável de grave doença ou malformação congénita.”⁽⁸⁴⁾

Não obstante, acompanhamos o entendimento segundo o qual saber se a obrigação que gravita sobre o médico relativamente à informação (des)adequada que forneceu (ou devia ter fornecido) é de meios ou de resultados não será decisiva. A única coisa que importa é o facto de, embora devesse ter sido correta e completamente proporcionada, a obrigação que pendia sobre o médico não foi cumprida devidamente, tendo gerado uma limitação na decisão que os pais poderiam ter tomado.⁽⁸⁵⁾

c. Indemnização e quantum indemnizatório

Como já foi exposto aquando da análise jurisprudencial, tanto alguma doutrina como grande parte da jurisprudência defendem não ser possível indemnizar a criança, nomeadamente, DIOGO COSTA GONÇALVES quando escreve que “estariamos a traçar uma trajetória onde o sistema perderia toda a coerência e ficaria cativo de uma jurisprudência das emoções.”⁽⁸⁶⁾

⁸⁴ JOÃO PIRES DA ROSA, “Não existência...”, p.51

⁸⁵ Neste sentido, *vide*, JOSÉ GONZÁLEZ, *Wrongful birth...*, p. 54

No contrato de prestação de serviços que o médico celebra existe como obrigação principal a obrigação de tratamento, que se pode desdobrar em diversas prestações: de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, de informação. Destarte, estaremos perante uma obrigação de meios, “já que o médico apenas se pode comprometer na assistência a uma gravidez, a desenvolver prudente e diligentemente a atividade, a diligência e cuidados necessários para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar, obviamente, que o mesmo se produza”. Pelo que, o “resultado” a que se refere o artigo 1154º CC deve ser interpretado como cuidados de saúde. Ou seja, “a culpa dos réus assentaria não em não terem conseguido a cura, mas sim no facto de não terem usado todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão necessariamente impõe e com os quais seria possível dar a conhecer aos pais do autor as malformações do agora filho” cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, op. cit. p. 376

⁸⁶ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions...”, p. 389

No lado oposto, encontra-se PAULO MOTA PINTO – com quem concordamos – ao afirmar que a criança poderá ser indemnizada, uma vez que “ocorrendo o nascimento de uma criança deficiente, em consequência de erro médico, o primeiro e mais direto visado (e lesado) é a própria criança!”⁽⁸⁷⁾

Para complementar a nossa reflexão, tomamos em consideração as corretas palavras de JOÃO PIRES DA ROSA que explica que “se alguém, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuportável deficiência, que lhe não permite o direito à vida como direito à vida com qualidade(...) deve, ou não deve, essa pessoa ser a primeira das pessoas a ser indemnizada, por forma a que a sua vida se aproxime o mais possível de uma vida...com qualidade?!”⁽⁸⁸⁾, reforçando a realidade de que o maior lesado nestes casos é a própria criança com malformações ou deficiências graves e irreversíveis.

Num ordenamento jurídico como o nosso, em que o aborto eugénico é permitido nos casos em que a criança venha a nascer com severas anomalias, é extremamente ilógico negar-lhe a indemnização.

Para além do mais, é um tanto paradoxal admitir a reparação dos danos aos pais, mas rejeitar a reparação dos danos ao filho quando ambos os danos resultam do mesmo comportamento ilícito e culposos.⁽⁸⁹⁾ Devemos ainda considerar a insegurança subjacente à garantia de que essa quantia seja efetivamente utilizada em prol da criança, desde logo, porque os pais podem falecer, o que resulta-

⁸⁷ JOÃO PIRES DA ROSA, “Não existência...”, p.54

⁸⁸ JOÃO PIRES DA ROSA, op. cit., p. 48

⁸⁹ JOÃO PIRES DA ROSA, op. cit. p. 54 entende que “a perplexidade a que o direito conduz quando se não indemniza o primeiro e principal lesado – o filho – e se indemnizam os pais, afinal para acorrer às necessidades do filho, fica ainda mais perplexa quando não consegue assegurar-se, com absoluto rigor, e se recia que aquilo que os pais receberam possa ter outro destino que não o próprio filho” e claro que, “os pais poderão ser lesados enquanto existirem; a criança, que presumivelmente se tornará um adulto, será lesada durante toda a sua existência.”

ria na transferência da obrigação de alimentos para um terceiro (em relação ao qual o médico não teria qualquer dever de indemnização) e nada assegura que a restante família cuide da criança. Sem olvidar que, enquanto os pais terão de lidar com este facto de o momento do nascimento do filho até morrerem, a criança sofrerá durante *toda* a sua vida e até ao fim dos seus dias.

Portanto, se, como concluímos no capítulo anterior, se encontram preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil, segue-se o entrave frequentemente erguido nesta matéria: o *quantum* indemnizatório e a complexidade associada à sua determinação.

A verdade é que, apesar de poder existir uma dificuldade acrescida no cálculo da indemnização, não poderá a mesma obstar ao reconhecimento do direito a essa indemnização.⁽⁹⁰⁾ Noutras palavras, não se deve atribuir grande significado a este argumento de dificuldade no cálculo da indemnização, uma vez que, “um problema de ordem e de natureza similar se põe a propósito da compensação devida por causa da violação do direito à vida (...) e não é por isso que a jurisprudência tem recusado viabilidade (muito pelo contrário) à correspondente reclamação.”⁽⁹¹⁾

Ora, de acordo com o artigo 566º, nº1 CC “a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível⁽⁹²⁾, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”, isto é, a indemnização em dinheiro tem carácter subsidiário. Assim, a medida da indemnização em dinheiro é a diferença entre a situação real e atual⁽⁹³⁾ do lesado e a hipó-

tese em que estaria se não tivesse ocorrido o facto gerador do dano (cf. nº2).

Então, e seguindo o percurso lógico desenvolvido ao longo deste texto, a comparação que deve ser feita será entre a vida de uma criança que nasce nestas circunstâncias e a vida de uma criança “normal” e não, como entendeu o STJ e vários tribunais estrangeiros, entre a vida e a não existência.⁽⁹⁴⁾

Neste sentido, há quem argumente – e foi uma das reações ao *arrêt Perruche* – que atribuir uma indemnização à criança com base na sua malformação seria discriminar as pessoas deficientes e pôr em causa o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, parece-nos que a não atribuição é que teria esse efeito, já que se vê na indemnização uma forma de ajudar as pessoas a alcançarem uma melhor qualidade de vida.⁽⁹⁵⁾ A pessoa é digna simplesmente por ser uma pessoa.

O mesmo foi demonstrado no caso *Baby Kelly*

qual “o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.”

⁹⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, ob cit. p.379 entende que a criança pretende ser indemnizada pelo dano de ter nascido, mas reconhece que há autores que defender ser pelo dano de ter nascido com tais deficiências que, contudo, “não provêm de qualquer ação ou omissão do médico nem teria sido possível eliminá-las – pelo que a alternativa era entre nascer deficiente ou não nascer.” O autor refere que foi precisamente a isto que se assistiu no *Arrêt Perruche*: “reconhecer à criança o direito de ser indemnizada é reconhecer-lhe o direito a não nascer...pois a alternativa à sua existência com as malformações seria não ter nascido!” cf. *ibidem*, p. 380

Se assim fosse, estas ações nem mereceriam qualquer discussão, uma vez que a não existência como alternativa à existência é ofensiva só por si.

⁹⁵ Invocando as sensatas palavras de JOÃO PIRES DA ROSA, op. cit. p. 53: “chamar à colação o valor da dignidade humana para negar a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais consubstancia uma contradição em si mesmo” seguindo com uma questão: “respeitar-se-á mais a dignidade humana recusando a indemnização ou, ao contrário, não será o respeito pela pessoa humana e pela sua dignidade a exigir que se lhe reconheça o direito à indemnização, a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade?”

Vide VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions...”, p. 91 quando refere que “o reconhecimento deste dano em nada compactua com a ideia de que existem vidas desvaliosas, mas sim condições de vida que o são, pelo que não há qualquer atentado ao princípio da dignidade humana” e PAULO MOTA PINTO, “Indemnização...”, p. 938

⁹⁰ JOÃO PIRES DA ROSA, op. cit., p.49

⁹¹ JOSÉ GONZÁLEZ, *Wrongful birth...*, p. 29

⁹² Obviamente que, neste caso, significaria matar a criança.

⁹³ Assim é porque a indemnização deve abranger tanto os danos emergentes como os lucros cessantes cf. artigo 564º, nº 1 CC, segundo o

na Holanda: com a atribuição da indemnização à criança, “antes se lhe possibilita, tanto quanto um pagamento pecuniário o consegue, que leve uma existência, na medida do possível, de acordo com a dignidade humana.”⁽⁹⁶⁾ Neste caso, Kelly — sendo possível fazer uma aplicação analógica deste raciocínio para todas as crianças que nascem com malformações graves — seria prejudicada se, em razão daquele ilícito, “tivesse não só que viver uma vida com deficiência como, além disso, de ser privada de todo o tipo de compensação monetária com base no argumento que se baseia na situação — de não existência — que teria existido se a mãe tivesse sido tornado possível o exercício do seu direito à escolha, o que não aconteceu devido ao ilícito cometido.”⁽⁹⁷⁾

V. Conclusão

Ao longo do caminho que percorremos, fomos confrontados com imensas questões todas elas verdadeiramente desconcertantes, ainda assim, entendemos ter atingido o destino final com um sentimento apaziguante de clareza na exposição e na convicção daquilo que consideramos aplicar-se à grande problemática das *wrongful life actions*.

Ainda que a doutrina e jurisprudência maioritárias — tanto as estrangeiras como as nacionais — sigam a corrente de rejeição da pretensão indemnizatória da criança portadora de malformações graves ou doenças congénitas, remamos em sentido oposto, reconhecendo que, em caso de erro médico (lendo-se aqui: falta de informação ou negligência na realização dos exames), é impensável privar o maior e mais direto lesado pela conduta negligente do médico de uma indemnização que lhe permita viver com mais qualidade!

Por toda a análise realizada acerca dos requisitos de responsabilidade civil médica ficou demonstrado que se encontram preenchidos na sua totalidade: existe um facto por parte do médico, ilícito e culposo por não ter respeitado as *leges artis*; a criança sofreu danos na sua esfera jurídica, designadamente, custos adicionais com a sua educação, despesas médicas e medicação e ainda dor, sofrimento e angústia por estar acamada ou necessitar de auxílio médico constante em razão da deficiência de que é portadora. É por se considerar que a criança está abrangida pelo contrato que a mãe celebra com os médicos e que o artigo 142º, nº1, c) CP protege o feto que é possível estabelecer o nexo de causalidade entre o facto médico e o dano sofrido pela criança.

Destarte, é sim possível indemnizar essa criança, tanto por danos patrimoniais como por danos não patrimoniais, sem que exista um tão questionável direito à não existência, uma vez que a comparação que se deve operar é entre uma vida “normal” e a vida daquela criança, que está *viva* e é portadora de severas deficiências.

Podemos concluir com certeza que é a procedência da pretensão das *wrongful life actions* que possibilita o respeito pela dignidade humana e pela própria vida!

Bibliografia

- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra, Almedina, 1999
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2007
- CORREIA, Vanessa Cardoso, “Wrongful life action - Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001”, *Lex Medicinæ*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004
- COSTA, José de Faria, “O fim da vida e o direito penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra,

⁹⁶ Tradução por JOÃO PIRES DA ROSA, “Não existência...”, p. 53

⁹⁷ *Ibidem*, p. 53

- Coimbra Editora, 2003
- FRADA, Manuel Carneiro da, “A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite.”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008
- GONÇALVES, Diogo Costa, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois”, *Revista de Direito Comercial*, 16 de março de 2020, pp.353-399
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful birth, wrongful life - O conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris - Sociedade Editora, 2014
- MONTEIRO, António Pinto, “Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 (Direito a não nascer)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3933, 2001
- MONTEIRO, Fernando Pinto, “Direito à não existência, direito a não nascer”, *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, 2006, pp.131-138
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, novembro de 2007, pp. 11-22
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Civil Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- PINTO, Carlos Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 217-223
- PINTO, Paulo Mota. “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 915-946
- QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de, *As ações de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*, Coimbra, 2016
- RAPOSO, Vera Lúcia. “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth, wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista portuguesa do dano corporal*, dezembro de 2010, pp. 61-91
- RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth).” *Revista do Ministério Público*, dezembro de 2012, pp. 71-125
- ROSA, João Pires da, “Não existência - um direito?” *Julgar*, n.º 21, setembro-dezembro de 2013
- SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da, “Vida indevida (Wrongful life) e direito à não existência.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2017, pp. 907-956
- SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos*, 2010, pp. 187-203
- STRASSER, Mark, “Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?”, *Missouri Law Review*, 1999, pp. 29-76
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997
- VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2000
- VICENTE, Marta Nunes, “Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche”, *Lex Medicinæ*, Ano VI, n.º 11, 2009, pp. 117-141

Jurisprudência Consultada

a. Portuguesa

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001 (Pinto Monteiro), Proc. n.º 01ª1008
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de janeiro de 2013 (Ana Paula Boularot), Proc. n.º 9434/06.6TBM-TS.P1.S1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2015 (Hélder Roque), Proc. n.º 1212/08.4TBBC.L.G2.S1
- Acórdão da Relação do Porto de 1 de março de 2012 (Filipe Caroco), Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1
- Acórdão da Relação de Guimarães de 19-06-2012 (Rosa Tching), Proc. n.º 1212/08.4TBBC.L.G1

b. Internacional

- Zepeda v. Zepeda*: 03.04.1963, 41 III. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849
- Gleitman v. Cosgrove*: 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689
- Park v. Chessin*: 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222
- Becker v. Schwartz*: 27.12.1978, 46 N.Y.2d, 401
- Curlender v. Bio-Science Laboratories*: 11.06.1980, 106 Cal. App.

3d, 811, 165 Cal. Rprt. 477

Turpin v. Sortini: 03.05.1982, 31 Cal. 3d, 220

Arrêt n.º 457, P. Pourvoi n.º N 99-13.701: 17.11.2000