



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

***As Ações de *Wrongful Life*: uma Questão de  
Dignidade?***

Mariana Barbosa Balazeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**As Ações de *Wrongful Life*: uma Questão de  
Dignidade?**

Mariana Barbosa Balazeiro

Orientadora: Maria Elisabete Ferreira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



*à minha mãe...*



## **Agradecimentos**

À minha mãe, por ser a razão de tudo e por ser o exemplo de mulher que aspiro ser.

Ao meu irmão, por ser o homem da minha vida.

Ao João Novais Faria e à Mariana Salazar, pelo apoio incansável ao longo de todo este projeto, por todo o tempo despendido em revisões e trocas de ideias e, sobretudo, por nunca desistirem de mim quando tudo parecia impossível.

Ao Luís Monteiro Queirós, pela ajuda imprescindível, pela compreensão infinita e por toda a confiança depositada ao longo desta jornada.

À minha orientadora, a Professora Elisabete Ferreira, por todos os conselhos dados no sentido de melhorar a qualidade da minha dissertação.

Por fim, à Universidade Católica, por ter feito parte desta minha caminhada no Direito.



## RESUMO

Com o desenvolvimento deste trabalho pretendemos analisar as ações de *wrongful life* sob a perspectiva do Direito das Crianças. Pela complexidade e sensibilidade subjacentes, e por convocar a discussão de inúmeras problemáticas, pretendemos examinar aquelas que, para nós, representam os maiores obstáculos. Assim, este estudo principiará com a abordagem do tema da personalidade prosseguindo para a explanação do conceito das ações de *wrongful life*, relacionando-as com a Interrupção Voluntária da Gravidez e a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Posteriormente, dedicaremos um capítulo à análise da responsabilidade civil e dos seus pressupostos, seguindo-se uma abordagem ao tema ao nível internacional. Terminaremos o estudo com a apresentação da nossa posição.

**PALAVRAS – CHAVE:** *Wrongful life*, personalidade, criança, responsabilidade civil.

## ABSTRACT

With the development of this work, we intend to analyze *wrongful life* actions from the perspective of Children's Rights. Due to the underlying complexity and sensitivity, and because it calls for the discussion of numerous issues, we intend to examine those that, for us, represent the greatest obstacles. Thus, this study will begin with an approach to the theme of personality, proceeding to explain the concept of *wrongful life* actions, relating them to the Abortion and the Convention on the Rights of Child. Subsequently, we will dedicate a chapter to the analysis of civil liability and its assumptions, followed by an approach to the subject at an international level. We will finish the study with the presentation of our position.

**KEYWORDS:** *Wrongful life*, personality, child, civil responsibility.

## ÍNDICE

Abreviaturas .....	13
INTRODUÇÃO .....	14
CAPÍTULO I – A PERSONALIDADE .....	15
1.1. A Tutela Da Personalidade .....	15
1.2. A Vida Pré-Natal e a Personalidade Humana.....	17
CAPÍTULO II – AS <i>WRONG ACTIONS</i> .....	21
2.1. Categorias de <i>Wrong Actions</i> .....	21
2.2. As <i>Wrongful Life Actions</i> e a IVG .....	22
2.3. A Dignidade Da Vida Vivida Com Grave Doença Ou Malformação Congênita .....	26
CAPÍTULO III – A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS... 29	
3.1. As <i>Wrongful Life Actions</i> e a Convenção sobre os Direitos das Crianças ....	30
CAPÍTULO IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL .....	32
4.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	33
4.1.1. O Facto Voluntário do Agente.....	33
4.1.2. A Ilícitude da Conduta do Agente.....	34
4.1.3. A Culpa do Agente.....	34
4.1.4. O Dano .....	35
4.1.5. O Nexo de Causalidade .....	36
4.2. A Responsabilidade Médica a e Posição do Nascituro .....	37
CAPÍTULO V – PERSPETIVAS INTERNACIONAIS SOBRE AS AÇÕES DE <i>WRONGFUL LIFE</i> .....	41
5.1. As <i>Wrongful Life Actions</i> nos EUA .....	41
5.2. As <i>Wrongful Life Actions</i> na Grã-Bretanha .....	43
5.3. As <i>Wrongful Life Actions</i> na França .....	45
5.4. As <i>Wrongful Life Actions</i> na Alemanha.....	47
CAPÍTULO VI – A NOSSA PERSPETIVA .....	48
CONCLUSÃO.....	53
ANEXOS .....	55
BIBLIOGRAFIA .....	57
JURISPRUDÊNCIA.....	61
JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA .....	62





## Abreviaturas

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>AGNU</b>	Assembleia Geral das Nações Unidas
<b>Al.</b>	Alínea
<b>Als.</b>	Alíneas
<b>Art.</b>	Artigo
<b>Arts.</b>	Artigos
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDC</b>	Convenção sobre os Direitos das Crianças
<b>CDOM</b>	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
<b>CDPD</b>	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
<b>Cfr.</b>	Confrontar
<b>CNCEV</b>	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
<b>Consult.</b>	Consultado
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DPN</b>	Diagnóstico Pré-Natal
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>IVG</b>	Interrupção Voluntária da Gravidez
<b>N.º</b>	Número
<b>P.</b>	Página
<b>PP.</b>	Páginas
<b>SNS</b>	Serviço Nacional de Saúde
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto
<b>V.</b>	Versus
<b>Vol.</b>	Volume

## INTRODUÇÃO

Inseridas num universo envolto em discórdia, as ações de *wrongful life* não são uma novidade no âmbito do direito nacional e internacional. Pese embora a criatividade dos argumentos utilizados para que se obste à propositura destas ações seja vasta, o certo é que têm sido infrutíferos os esforços daqueles que, desde há muito, têm tentado introduzir mudanças neste campo jurídico.

Por isso mesmo, e porque acreditamos que nunca é demais discorrer sobre o tema, propusemo-nos, com o presente trabalho, a abordar a questão numa perspetiva diferente da tradicional. Neste sentido, realizamos a presente dissertação na perspetiva da criança que, como veremos, é a causa e o propósito desta querela, dedicando a nossa atenção às matérias que, para nós, desempenham um papel de especial relevo para o fim que pretendemos atingir.

Assim sendo, num primeiro momento, procuraremos abordar a questão da personalidade jurídica, equacionando a possibilidade de esta se estender à fase intra-uterina.

Num segundo momento, passaremos à concretização do tema, revisitando os tipos e conceitos de *wrong actions*, dando especial enfoque às ações de *wrongful life*. Centrando a nossa atenção nestas últimas, iremos relacioná-las, criticamente, com a IVG e com a CDPD.

Já no terceiro capítulo, iremo-nos debruçar sobre a análise da CDC, dando especial ênfase ao vínculo que este diploma estabelece com as ações de *wrongful life*. A este propósito, é nosso objetivo clarificar qual o papel da criança na defesa dos seus direitos, quer perante as suas relações interpessoais, quer, sobretudo, no papel que esta desempenha no mundo jurídico.

Posteriormente, em virtude da estreita relação com a área da medicina, pretendemos esclarecer qual a posição do médico perante a criança à luz do instituto da responsabilidade civil, analisando, para isso, os seus pressupostos.

Relegada para o último capítulo, e ainda que a nossa opinião vá surgindo, pontualmente, ao longo de todo o trabalho, entendemos ser importante manifestar a nossa opinião acerca do tema, sustentando a nossa posição em argumentos que acreditamos serem essenciais para que se ultrapasse esta questão. Por fim, será feita apreciação conclusiva.

# CAPÍTULO I – A PERSONALIDADE

## 1.1. A Tutela Da Personalidade

Antes mesmo de nos debruçarmos sobre a questão central que motivou a realização deste estudo - as ações de *wrongful life* -, importa revisitar alguns temas essenciais que contribuem para um melhor enquadramento e compreensão das questões laterais abrangidas por esta querela jurídica.

Proclamada pela CRP de 1976, a dignidade da pessoa humana<sup>1</sup> afirmou-se, pela primeira vez na história de um Portugal recentemente democrático, como o expoente máximo de tutela e proteção do nosso sistema jurídico. Com a aprovação deste texto constitucional, veio o legislador recentrar todas as orientações legislativas, fundando na pessoa humana e na sua dignidade a construção de um sistema baseado em direitos, liberdades e garantias.

Por essa razão vem PEDRO PAIS DE VASCONCELOS afirmar que o sujeito, enquanto pessoa humana, é o pilar do Direito - um ordenamento vocacionado para solucionar, regular e proteger tudo aquilo quanto o envolva, defendendo que “As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito.”<sup>2</sup>

Indissociável da própria natureza humana, a questão da personalidade e da sua aquisição é, até aos dias de hoje, motivo de discórdia entre os mais altos pensadores do Direito.

Porém, nenhuma dúvida subsistirá relativamente à necessidade da sua proteção. Independentemente do ramo do Direito a que diga respeito, e à questão particular que a este esteja subjacente, proteger a pessoa humana e os seus interesses é uma necessidade transversal e imperativa<sup>3</sup>.

Percebe-se, portanto, que existe uma correlação direta entre o facto de se ser pessoa humana e de se ser dotado de personalidade. Daí que a tutela geral da personalidade prevista no art. 70.º do CC acarrete a responsabilização civil por toda e qualquer “(...) ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”<sup>4</sup>, seja esta

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 1.º da CRP.

<sup>2</sup> PAIS DE VASCONCELOS, 2017, p.6.

<sup>3</sup> CAPELO DE SOUSA, 1995, p.96.

<sup>4</sup> Art. 70.º n.º 1 do CC.

praticada em vida ou até mesmo depois da morte<sup>5</sup>. Ora, será seguro concluir que, conjugados os arts. 70.º e 71.º do CC, a personalidade, e concretamente a sua proteção, não se restringe exclusivamente ao período de vida do sujeito, podendo estender-se para além da sua morte<sup>6</sup>.

No entender de CAPELO DE SOUSA, a personalidade humana deve ser perspectivada enquanto realidade dinâmica que acompanha o sujeito em todos os estágios da sua existência, admitindo ainda um prolongamento desta quer à fase embrionária, quer à fase *post mortem*<sup>7 8</sup>.

Distinto de personalidade humana é o conceito de personalidade jurídica. De um modo geral, a personalidade jurídica é descrita como a suscetibilidade de o sujeito ser titular de direitos ou obrigações jurídicas, faculdade essa transversal a toda e qualquer pessoa humana<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. Art. 71.º, n.º 1 do CC.

<sup>6</sup> A respeito da tutela *post mortem* CARVALHO FERNANDES e BRANDÃO PROENÇA aludem às inúmeras construções jurídicas em torno de saber qual o bem jurídico protegido pelo art. 71.º do CC e a quem cabe a sua titularidade. Em primeira linha destacam a “teoria do prolongamento da personalidade” referindo-se ao pensamento de DIOGO LEITE DE CAMPOS que entende que os sujeitos referidos no art. 71.º, n.º 2 do CC atuam no interesse da pessoa falecida, por considerar a sobrevivência dos direitos de personalidade para além da morte enquanto continuidade da pessoa falecida ou prolongamento da sua personalidade. Outra das teses a que se referem é “a teoria da subsistência *post mortem* dos direitos de personalidade do falecido”, salientando o pensamento de CAPELO DE SOUSA. No entendimento deste autor, apesar de a personalidade jurídica se extinguir com a morte, há uma permanência genérica dos direitos de personalidade do falecido – nomeadamente, a sua personalidade física e moral -, em cuja titularidade irão suceder as pessoas referidas no art. 71.º, n.º 2 do CC, por meio de aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais. Em terceiro lugar apontam a “teoria da memória do falecido como bem autónomo” que, segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, se repercute na proteção da memória do falecido, enquanto valor pessoal, pelas pessoas elencadas no art. 71.º n.º 2 do CC que, embora não tenham a titularidade dos interesses em causa, são legitimadas processualmente para o efeito. Por último, citam a “teoria do direito dos vivos” que consiste na proteção do interesse das pessoas vivas – as referidas no art. 71.º, n.º 2 do CC – em que se respeite a honra do falecido. CARVALHO FERNANDES e BRANDÃO PROENÇA, 2014, pp. 176 e 177.

<sup>7</sup> CAPELO DE SOUSA, 1995, p.156.

<sup>8</sup> Tal realidade decorre dos casos em que, perante o dano morte, se indemnizam não só os danos que se refletem na esfera dos familiares, como o próprio dano da perda de vida. Todavia, este último tem sido equacionado numa dupla vertente: a consideração da situação do lesado aquando da ofensa, e a consideração daquela que seria a sua esperança média de vida. Exemplo disso são os casos em que, por morte de trabalhador decorrente de acidente de trabalho, o julgador entende que “*Deve ter-se preferencialmente em conta, mais do que a esperança média activa de vida, a esperança média de vidas, uma vez que, como é óbvio, as necessidades básicas do lesado não cessam no dia em que deixa de trabalhar por virtude da reforma*” – Ac. do STJ de 4/06/2020, Relator Francisco Caetano, Processo n.º 43/16.2GTBJA.E1.S1, disponível em [www.direitoemdia.pt](http://www.direitoemdia.pt). Percebe-se, que o julgador, no momento da fixação do *quantum* indemnizatório atende a uma “esperança média de vida” do sujeito falecido, ressarcindo os familiares num hiato temporal em que se supõe que o concreto lesado estivesse a trabalhar. Ora, se não fosse tida em conta a personalidade humana como uma realidade dinâmica, jamais se poderia conceber uma indemnização deste tipo.

<sup>9</sup> FIGO, 2013, p.113.

Mas, afinal, em que momento é que a pessoa humana adquire personalidade jurídica? Segundo o entendimento do legislador, vertido no art. 66.º, n.º 1 do CC, “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.”.

Contudo, e não descurando o entendimento em vigor, cremos que situações existem em que a tese supra referida deve conhecer algumas exceções, conforme afirma CARLOS A. MOTA PINTO ao referir que “Nem toda a tutela de interesses ou realidades implica, porém, necessariamente uma personificação.”<sup>10</sup>.

De certa forma, é a esta realidade que alude o princípio ético *in dubio pro persona*, ou seja, segundo este princípio há uma obrigatoriedade de tratar como pessoa todo e qualquer ser que adquira as qualidades suficientes para atingir esse estatuto<sup>11</sup>.

## 1.2. A Vida Pré-Natal e a Personalidade Humana

Como vimos até agora, é indissociável a vida humana da personalidade jurídica. Quer isto dizer que ser-se pessoa em sentido metafísico implica, necessariamente, ser-se pessoa em sentido jurídico. Isso mesmo decorre do princípio *ubi persona naturalis, ibi persona iuridica*. Como bem aponta DIOGO LEITE DE CAMPOS, o ser humano é o ator principal do Direito porquanto exige, pela sua qualidade humana, uma dimensão subjetiva jurídica<sup>12</sup>. Por essa mesma razão é possível afirmar que a existência humana acarreta, inevitavelmente, existência jurídica.

Assim, a existência de vida humana significará a existência de pessoa humana, e a existência de pessoa humana significará a existência de personalidade.

Importa, por conseguinte, aferir a partir de que momento deveremos considerar existir vida humana. Atendendo ao avançado pelo CNCEV – “Que a vida do embrião seja vida humana, não será contestado por ninguém.”<sup>13 14</sup>.

---

<sup>10</sup> MOTA PINTO, 2005, p.203 (retirado da nota de rodapé n.º 208).

<sup>11</sup> LEITE CAMPOS, 2001, p.1267.

<sup>12</sup> *Idem*, 2001, p.1259.

<sup>13</sup> Cfr. Ponto 2.2.5 p.21, SANTOS, AGOSTINHO DE ALMEIDA, MICHEL RENAUD E RITA AMARAL CABRAL, "Procriação Medicamente Assistida", Julho de 2004, [www.cncev.pt](http://www.cncev.pt), consult. 20/Dez/2022.

<sup>14</sup> “No direito romano o feto nas "entranhas" maternas era considerado somente uma parte da mãe (*portio mulieres vel viscerum*), e não uma pessoa. E, assim, não podia ter o estatuto que era reconhecido aos (outros) seres humanos. No entanto, os seus interesses eram tutelados. Apesar de se considerar que o nascimento era requisito para a aquisição de direitos, enunciava-se a regra da antecipação presumida do nascimento (*nasciturus pro jam nato habetur quoties de eius commodis agitur*). Procedia-se, deste modo, a uma equiparação do *infans conceptus* ao já nascido, não para o considerar pessoa mas, somente, para assegurar os seus interesses.” – LEITE CAMPOS, 2001, p. 1262.

Quer isto dizer que já na fase embrionária existirá vida humana, pelo que será imprescindível garantir a sua proteção constitucional, alargando o âmbito de aplicação do art. 24.º, n.º 1 da CRP<sup>15</sup> <sup>16</sup> a este estágio gestacional.

Tal circunstancialismo fáctico é atestado pelos autores J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, que, no seu comentário ao supra referido preceito constitucional, destacam que o direito à vida é um direito lato perspetivado não apenas como um direito fundamental dos sujeitos, mas como um bem objetivo que se estende à vida intra-uterina. Para estes autores, a existência de vida antes ou depois do nascimento deve ser protegida na mesma medida, considerando que, aos olhos do Direito, todas as pessoas são merecedoras da mesma tutela jurídica<sup>17</sup>.

Em sentido semelhante se posiciona RAFAELA ARAGÃO PIMENTA, ao defender que, sendo incontornável afirmar que a existência de vida humana significa a existência de pessoa, não poderá vigorar outro entendimento que não aquele em que o embrião, enquanto pessoa, merecerá a mesma proteção jurídica que a que se concede a qualquer pessoa nascida ao abrigo do art. 24.º, n.º 1 da CRP<sup>18</sup>.

Acrescenta PAIS DE VASCONCELOS que, com efeito, “O Direito não tem poder nem legitimidade para atribuir a personalidade individual. Limita-se a constatar, a verificar a hominidade, qualidade de ser humano. Não tem, também, legitimidade nem poder para a excluir.”<sup>19</sup>.

Em sentido semelhante, DIOGO LEITE DE CAMPOS afirma que, com base na biologia e na essencialidade da vida, o ordenamento jurídico reconhece o início da personalidade jurídica aquando do começo da personalidade humana, ou seja, no momento da concepção<sup>20</sup>.

Não obstante as considerações que se possam tecer relativamente a esta posição, o certo é que o CC em vigor faz depender do nascimento completo e com vida a possibilidade de se ser titular de qualquer direito, ou seja, de ser dotado de personalidade jurídica. Tal entendimento decorre da própria exegese do art. 66.º, n.º 1 do CC.

---

<sup>15</sup> Cfr. Art. 24.º, n.º 1 da CRP.

<sup>16</sup> Atenta a necessidade de proteção da vida humana, e o seu reconhecimento na fase intra-uterina, entendeu o legislador dedicar uma secção específica do nosso CP à sua proteção. Sob a epígrafe “dos crimes contra a vida intra-uterina”, os arts. 140.º a 142.º do CP dedicam-se exclusivamente à regulação deste tema.

<sup>17</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p.449.

<sup>18</sup> ARAGÃO PIMENTA, 2017, p.20.

<sup>19</sup> PAIS DE VASCONCELOS, 2017, p.6.

<sup>20</sup> LEITE CAMPOS, 1992, p.43.

No entanto, e conforme supra explanado, esta é uma questão que está longe de ser consensual na doutrina portuguesa, merecendo, por parte dos autores que a este tema se dedicam, construções dogmáticas que se situam entre a corrente que admite a existência de personalidade jurídica pré-natal e a corrente que a rejeita.

Tal dicotomia vem espelhada no pensamento de CAPELO DE SOUSA, ao aludir à existência das inúmeras teses que se alinham no Direito relativamente à condição jurídica dos nascituros e ao início da personalidade. Assim, existem autores<sup>21</sup> que, quanto a esta matéria, entendem que em causa estão direitos sem sujeito; outros<sup>22</sup> que consideram que apenas existem meros estados de vinculação; alguns<sup>23</sup>, que aludem a uma retroação da personalidade ao momento da constituição do direito; e, por fim, autores<sup>24</sup> que acreditam existir uma personalidade parcial entre o momento da concepção e o nascimento<sup>25</sup>.

A querela da personalidade adensa-se quando o mesmo sistema jurídico, que faz depender a personalidade jurídica do nascimento completo e com vida, tutela e concede ao nascituro a atribuição de direitos de natureza patrimonial. Referimo-nos aqui ao caso das doações a nascituros reguladas no art. 952.º do CC. Nestes casos, fez o legislador depender a atribuição desta liberalidade à circunstância de os nascituros concebidos ou não concebidos serem “(...) filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador.”<sup>26</sup> Cumprido este requisito, a consolidação dos efeitos depende, uma vez mais, do seu nascimento<sup>2728</sup>.

---

<sup>21</sup> No que respeita à defesa da tese dos direitos sem sujeito, posicionam-se autores como LUÍS CARVALHO A. FERNANDES, JOÃO DE CASTRO MENDES e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, alegando existir, quanto à condição dos nascituros concebidos, um hiato temporal onde os direitos atribuídos a estes sujeitos é indeterminada. – FIGO, 2013, p. 93.

<sup>22</sup> A favor deste entendimento, MANUEL DE ANDRADE e CARLOS A. MOTA PINTO, vêm aludir à teoria dos estados de vinculação enquanto atribuição de direitos reservada à verificação de um evento futuro - o surgimento de um sujeito de direito. – FIGO, 2013, p. 95.

<sup>23</sup> Quanto à tese da retroação da personalidade, apesar de o argumento principal ser o de que a personalidade se verifica no momento anterior ao nascimento, há uma divisão dogmática relativamente a qual o momento em que esta se considera retroagir. Assim, J. DIAS MARQUES sustenta que a retroação se verifica no momento da atribuição do direito ao nascituro. Já JOSÉ DIAS FERREIRA, entende que a personalidade jurídica se retroage ao momento da concepção. – FIGO, 2013, pp. 95 e 96.

<sup>24</sup> Neste sentido importa confrontar as várias teses que se alinham nesta categoria: a tese da personalidade fictícia, avançada por ORLANDO GOMES, que se funda na inexistência de uma personalidade real do nascituro concebido; a tese da obnubilação de sujeitos assumida por PAULO DA CUNHA que prescreve a existência de um sujeito na pendência da condição legal do nascimento, existência essa, todavia, indeterminada; a tese da expectativa de aquisição de direitos defendida por ANTUNES VARELA que, como o próprio nome indica, se funda na expectativa jurídica de aquisição de um direito. – FIGO, 2013, p. 97.

<sup>25</sup> CAPELO DE SOUSA, 1995, pp. 361 e 362.

<sup>26</sup> Cfr. Art. 952.º, n.º 1 do CC.

<sup>27</sup> Cfr. Art. 66.º, n.º 2 do CC.

<sup>28</sup> A este respeito PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em anotação ao art. 952.º do CC, referem que “Os direitos conferidos aos nascituros estão sempre, como se sabe, dependentes do seu nascimento (art. 66.º); assim, logo que haja certeza de o nascimento se não poder verificar, a doação caduca, com efeito retroactivo.” – PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, 1997, p. 256.

Fica, deste modo, evidente que o legislador admitiu, *a priori*, a possibilidade de o nascituro ser parte num contrato. Para tal, é necessário que o sujeito tenha capacidade jurídica, ou seja, segundo HEINRICH EWALD HÖRSTER, a capacidade jurídica reconduz-se à faculdade irrenunciável do sujeito ser titular de direitos e obrigações movimentando-se, por si, no ordenamento jurídico exercendo as prerrogativas que lhe são conferidas pelo Direito<sup>29</sup>.

Por identidade de razão, e acolhendo o entendimento enunciado pelo autor em matéria de capacidade jurídica e de personalidade, discordamos da posição assumida pelo legislador ao reconhecer personalidade aos nascituros em determinadas situações e negá-la noutras.

Daí que nos inclinemos para o acolhimento da tese que defende o reconhecimento da personalidade jurídica pré-natal. Tal como afirma TIAGO FIGO, impõe-se ao direito a obrigação de reconhecer a personalidade jurídica pré-natal, pelo facto de esta ser uma projeção da personalidade humana<sup>30</sup>. Acrescenta ainda o autor que aceitar e reconhecer a personalidade do nascituro significa reforçar a sua tutela pessoal na medida em que, face aos progressivos avanços científicos, são crescentes e inúmeras as ameaças à vida e integridade pré-natal<sup>31</sup>.

Apesar de visar o mesmo fim vem MANUEL CARNEIRO DA FRADA expor, numa perspetiva estritamente literal, que não parece decorrer do art. 66.º, n.º 1 do CC que o nascimento seja uma *condição sine qua non* para a aquisição da personalidade. Entende antes o autor que este requisito apenas será uma condição suficiente e não absolutamente necessária<sup>32</sup>.

Concretizando, e acolhendo por completo este entendimento, acreditamos que o caminho correto a seguir deverá ser aquele em que se admita um alargamento da tutela jurídica do nascituro, reconhecendo-lhe a personalidade na fase anterior ao seu nascimento<sup>33</sup>. Desta forma, e se nada for alterado nesse sentido, a única solução que se vislumbra possível será a de uma alteração ao CC e, em concreto, à norma do art. 66.º, n.º 1 do CC, revisitando o conceito de pessoa<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> HÖRSTER, 2003, p.308.

<sup>30</sup> FIGO, 2013, p.119.

<sup>31</sup> FIGO, 2013, p.129.

<sup>32</sup> CARNEIRO DA FRADA, 2010, p.321.

<sup>33</sup> *Idem*, 2010, p.315.

<sup>34</sup> FIGO, 2013, p.114.

## CAPÍTULO II – AS *WRONG ACTIONS*

### 2.1. Categorias de *Wrong Actions*

Após abordarmos as questões que achamos pertinentes para uma melhor compreensão do tema central deste estudo, é agora tempo de dedicarmos a nossa atenção à análise das comumente designadas *wrong actions*.

Surgidas inicialmente no século XX, no âmbito do direito, as *wrong actions* consubstanciaram, desde os primórdios da sua propositura, uma questão controversa.

Reportando-se ao período pré-natal, e sem embargo das diferenças que mais adiante referiremos, as *wrong actions* fundam-se num erro de diagnóstico e acompanhamento médico deficiente que impedem a deteção atempada de malformações graves no feto, resultando num nascimento em condições indesejadas<sup>35</sup>. Por essa mesma razão, e apesar de o erro médico por violação das *legis artis* não ser causa da malformação, pretendem os lesados reagir judicialmente contra o responsável – o médico<sup>36</sup>.

Nestes termos, cruzando os critérios do evento lesivo e da titularidade da ação com o dano do nascimento indesejado, podemos distinguir três tipos de *wrong actions*, a saber: as *wrongful conception actions*, as *wrongful birth actions* e as *wrongful life actions*.

De uma forma muito sucinta, entendem-se por *wrongful conception actions* (em português, “ações de gravidez ou concepção indevida”), as ações em que os pais, por si, chamam a juízo o médico ou a entidade de saúde responsável, reivindicando o ressarcimento da sua posição após a verificação de uma gravidez indesejada, com base no erro da prática do profissional de saúde. O que pretendem demonstrar é a ocorrência do nascimento indesejado, em virtude, exclusivamente, da falha da prática médica que o deveria impedir<sup>37</sup>. Nestes casos, há uma clara violação do direito ao planeamento familiar e do direito à não reprodução.

---

<sup>35</sup> Quanto àquilo que se entende por DPN, “A Organização Mundial de Saúde define “diagnóstico pré-natal” como “todas as ações pré-natais que tenham por fim o diagnóstico de um defeito congénito, entendendo-se por tal toda a anomalia do desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular presente ao nascer (embora possa manifestar-se mais tarde), externa ou interna, familiar ou esporádica, única ou múltipla”. ÁLVARO DIAS *apud* MARTA SANTOS SILVA, 2013, p. 120.

<sup>36</sup> ROCHA, 2018, p.3.

<sup>37</sup> A este respeito, VERA LÚCIA RAPOSO vem dizer que, “Nos processos de *wrongful pregnancy ou wrongful conception* o dano consiste na concepção de uma criança em situações nas quais era supostamente garantido tal não acontecer, em virtude de uma interrupção da gravidez mal sucedida, defeitos do método anticoncepcional, uma esterilização mal efectuada, em suma, os casos em que se viola o que por vezes se chama de “direito dos pais ao planeamento familiar” ou direito à não reprodução.” RAPOSO, 2010, p. 66.

Por seu turno, nas *wrongful birth actions* (em português, “ações de nascimento indevido”), a tónica da causa de pedir assenta no incumprimento por parte do médico dos deveres de informação e do DPN, culminando na não deteção de doenças graves ou malformações no feto, obstando o recurso à IVG<sup>38</sup>. Deste modo, pretendem os progenitores ver ressarcidos tanto danos patrimoniais como não patrimoniais. Neste tipo de ações, a legitimidade ativa cabe aos pais, em seu próprio nome, incumbindo-lhes alegar e provar que aquela criança nunca teria nascido naquelas condições se o médico os tivesse informado dos perigos inerentes da doença ou malformação de que a mesma é portadora.

Por último, entende-se por *wrongful life actions* (em português, “ações de vida indevida”), aquelas onde o sujeito ativo da ação é a própria criança, representada pelos pais, ou por quem tenha competência para tal, vindo, por si, pedir uma indemnização por ter nascido com as malformações congénitas ou doença grave, situação que poderia ter sido evitada com o recurso à IVG. Nestes casos, é a criança que demanda o médico ou a instituição hospitalar responsável.

Na presente dissertação, iremos dar especial enfoque às ações de *wrongful life*, deixando de fora da análise as outras duas modalidades de *wrong actions*.

## **2.2. As *Wrongful Life Actions* e a IVG**

Influenciado pelos ventos de mudança que se verificaram noutros países motivados, especialmente, pelo excessivo número de abortos clandestinos, Portugal, à semelhança de outros, legalizou, nos anos 80, o recurso à prática médica da IVG<sup>39</sup>.

Revolucionando um país marcadamente católico, onde a vida humana era encarada como sagrada e inviolável<sup>40</sup>, a Lei n.º 6/84, de 11/05/1984, alterando o CP em vigor, veio consagrar a exclusão da ilicitude em alguns casos de IVG.

---

<sup>38</sup> Como aponta o relator HELDER ROQUE “Trata-se de um cenário que ocorre ou porque o médico não efectuou os exames pertinentes, ou porque os interpretou, erroneamente, ou porque não comunicou os resultados obtidos, não se mostrando, porém, responsável pela verificação da deficiência, propriamente dita, que surge, normalmente, desde o início da vida pré-natal.”. Ac. do STJ de 12/03/2015, Relator Helder Roque, Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>39</sup> ALMEIDA COSTA, 1984, p.9.

<sup>40</sup> Tal entendimento foi vertido na “(...) Nota do Conselho Permanente do Episcopado a propósito da I Revisão Constitucional, de 6 de Fevereiro de 1981: “... a doutrina da Igreja (que exclui o aborto como coisa infame) ... é constante e universal, e hoje ensina com acrescida firmeza e insistência em face dos repetidos, embora sempre capciosos, argumentos que se levantam em contrário, só próprios de uma civilização permissiva, hedonista e em múltiplos aspectos decadente” – Nota Pastoral sobre alguns aspectos da vida nacional portuguesa, 1987, pp. 24-5 *apud* PEREIRA, 1995, nota de rodapé da p. 5.

Na versão aprovada pela Lei supra referida, o art. 140.º do CP estabeleceu as causas de exclusão da ilicitude do aborto ao abrigo do modelo das indicações nomeadamente: a indicação terapêutica, eugénica e ética. Segundo este modelo, e estando em causa a indicação terapêutica, podiam recorrer as mulheres ao aborto nos casos em que estivesse em causa um perigo para a vida ou um grave perigo para a saúde da mulher grávida (art. 140.º, n.º 1, alíneas (doravante, als.) a) e b) do CP). No segundo caso, indicação eugénica, entendeu o legislador ser causa de exclusão de ilicitude o diagnóstico de grave doença ou malformação do nascituro (art. 140.º, n.º 1, (doravante, al.) c) do CP). Por último, e previsto na al. d), n.º 1 do art. 140.º do CP, a indicação ética reconduzia-se às situações em que se verificassem sérios indícios de que aquela conceção resultou de uma violação<sup>41</sup>.

Não obstante as alterações que a versão original deste diploma foi sofrendo, até ter sido revogada pela Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, a verdade é que, desde os seus primórdios, teve o legislador em consideração os casos em que existindo “(...) seguros motivos para prever que o nascituro venha a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e seja realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez”<sup>42</sup>, para, dessa forma, abrir caminho e tornar possível a vontade da progenitora prosseguir ou não com a gravidez<sup>43</sup>.

Este era apenas um dos fundamentos apresentados pelo legislador para se poder recorrer validamente a esta prerrogativa. Vulgarmente denominado como *indicação eugénica*, aqui se contemplavam os diagnósticos pré-natais de malformações congénitas do feto<sup>44</sup>. Porém, ainda que se vislumbrasse algum progresso, o certo é que era ainda muito redutor o espectro de casos em que se podia recorrer de forma lícita a esta intervenção médica.

Alterada pela última vez em 2015<sup>45</sup>, a Lei da IVG consistiu numa afirmação e defesa dos direitos da mulher e da sua liberdade reprodutiva. A despenalização deste ilícito típico veio permitir às mulheres grávidas a possibilidade de recorrerem a esta prática medicamente assistida, nos específicos casos elencados no art. 142.º do CP.

---

<sup>41</sup> PEREIRA, 1995, p.51.

<sup>42</sup> Cfr. Art. 140.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 6/84, de 11 de maio de 1984.

<sup>43</sup> “Analisando este preceito no conjunto dos seus vários números e alíneas, e à luz das fontes criminológicas, de política criminal e de direito comparado já referidas, nele se tipificam três causas de exclusão da ilicitude do aborto consensual da mulher grávida, a saber acolhem-se os chamados aborto terapêutico [n.º 1, alíneas a) e b)], o aborto eugénico [n.º 1, alínea c)] e o aborto criminológico [n.º 1, alínea d)]”. Cfr. Ac. do TC n.º 25/84 de 4/04/1984, Relator Conselheiro Costa Aroso, Processo n.º 38/84, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>44</sup> ALMEIDA COSTA, 1984, p.28.

<sup>45</sup> Lei n.º 136/2015, de 07 de setembro.

Saliente-se que, apesar de a regra ser a de as mulheres se socorrerem desta intervenção médica, opcionalmente, até às 10 semanas<sup>46</sup>, casos há em que o legislador previu a prorrogação deste prazo para as específicas situações em que se verifique um perigo para a saúde da mãe ou uma malformação grave no feto. Comprovadas tais circunstâncias, ser-lhes-á dada a liberdade de escolha de interromper voluntariamente a gravidez até às primeiras 24 semanas nos casos em que haja “seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita”<sup>47 48</sup>.

Relacionadas que estão com a IVG e o direito da mulher à sua liberdade reprodutiva, as *wrongful life actions* surgem, como aponta MARTA SANTOS SILVA, em virtude de uma atuação negligente ou insuficientemente zelosa do médico responsável pela realização do DPN, obstaculizando o recurso atempado à IVG, culminando no nascimento de uma criança deficiente<sup>49</sup>.

Torna-se, portanto, evidente, a relação análoga entre as *wrongful life actions* e a IVG. Numa primeira aceção, é incontestável afirmar que as duas partem de um mesmo pressuposto, isto é, a verificação de uma doença grave ou malformação congénita. Já numa segunda perspetiva, é seguro afirmar que o incumprimento dos deveres médicos aquando do DPN impede os pais de saberem que o seu filho virá a sofrer de uma doença ou malformação e, por isso, de recorrer à IVG. Consequentemente, a perda desta faculdade poderá originar uma *wrongful life action*.

Inicialmente, o legislador considerou encontrar-se justificada a interrupção voluntária da gravidez no específico caso supra elencado, exigindo-se, em primeira linha, a obtenção de um parecer médico que ateste a ocorrência de uma grave doença ou malformação no feto. Não obstante ser uma condição imperativa e incontornável, FIGUEIREDO DIAS vai mais longe ao expor que o parecer e a previsão que resultam no DPN não podem ser apenas medicamente sustentados, tendo antes que ver, diretamente, com o desenvolvimento da medicina ao tempo da sua realização. Obviamente que este

---

<sup>46</sup> Cfr. Art. 142.º, n.º 1, al. e) do CP.

<sup>47</sup> Cfr. Art. 142.º, n.º 1, al. c) do CP.

<sup>48</sup> Daí que o legislador tenha sido tão cauteloso ao regular esta matéria, impondo o cumprimento de certos quesitos para que as mulheres possam beneficiar desta dilação temporal. Neste âmbito, FIGUEIREDO DIAS, revela que, “Exige-se por isso antes de tudo que sobre o caso recaia um juízo de previsão fundada em motivos seguros. Esta previsão não pode deixar de ser – e ser só – *medicamente* fundada, sendo portanto ainda aqui absolutamente decisivo o estado dos conhecimentos da medicina. Por essa razão, a competência para a certificação é deferida a uma comissão técnica de pelo menos três médicos (...). Claro que a previsão será desde logo integrada pela certeza de que o nascituro sofre já da doença ou malformação (diagnóstico pré-natal).” FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.142.

<sup>49</sup> SANTOS SILVA, 2013, p. 120.

juízo clínico será prestado com base na certeza de que o nascituro é portador de uma doença grave ou malformação pelo que, nas situações em que tal não se verifique, será relevante o grau de probabilidade do surgimento dessa condição<sup>50</sup>.

Depreende-se deste raciocínio que verificados os requisitos médicos supra mencionados, entendeu o legislador ser a *grave doença ou malformação congénita* condição suficiente para que aquela concreta vida não fosse vivida. Por outras palavras, a condição física inerente ao nascimento daquela concreta vida comporta tal sofrimento que poderá a mãe, por sua livre escolha, pôr termo à gravidez.

Atendendo à relação direta entre a IVG e as *wrongful life actions*, conforme anteriormente elencado e cientes dos motivos que fundaram a criação deste preceito legislativo, importa agora focar a nossa atenção no tema central desta dissertação.

Partindo uma e outra da circunstância de o nascituro padecer de grave doença ou malformação congénita, não acolhemos a razão lógica subjacente à atividade do legislador ao considerar, por um lado, lícito o ato da mãe de poder interromper voluntariamente a gravidez nos casos em que seja informada, pelo seu médico, de que o seu filho *virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita*<sup>51</sup>, e, por outro lado, o mesmo legislador desconsiderar a pretensão indemnizatória do filho que, por negligência médica, veio a nascer nessas condições, única e exclusivamente porque foi coartada aos pais a possibilidade de pôr termo à gravidez.

Com esta indagação não pretendemos afirmar que a vida da criança portadora de deficiência é inferior, ou que, no limite, não merece ser vivida, antes acreditamos que o caminho a seguir deveria ser aquele onde o legislador que considerou o fundamento de *grave doença ou malformação congénita* como motivo bastante para que a mãe possa optar por recorrer à IVG, admitisse que a negligência do médico não afasta a sua responsabilidade no nascimento de uma vida com dor e sofrimento, visando a indemnização requerida permitir à criança viver em condições de dignidade, podendo dispor de todas as terapias necessárias e bens essenciais a diminuir o seu sofrimento.

---

<sup>50</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.184.

<sup>51</sup> Cfr. Art. 142.º, n.º 1, al. c) do CP.

### **2.3. A Dignidade Da Vida Vivida Com Grave Doença Ou Malformação Congénita**

Assinada a 30/03/2007, a CDPD, pretendeu “(...) promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”<sup>52</sup>, criando um espaço comum de igualdade, dignidade e autonomia nos Estados ratificantes.

Princípio semelhante, ainda que perspetivado numa vertente mais abrangente, é o princípio basilar da igualdade, previsto no art. 13.º da CRP, corolário de todos os direitos e deveres fundamentais e do próprio sistema global constitucional. Este princípio tem uma dupla vertente: a positiva, enquanto afirmação da dignidade e igualdade de todos os cidadãos perante a lei; e a negativa, enquanto proibição de qualquer tipo de disparidade em razão da “(...) ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”<sup>53</sup>.

Como afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, proibir discriminações não equivale a proibir diferenças de tratamento ou, até mesmo, a exigir uma igualdade absoluta. Ao abrigo do n.º 2 do art. 13.º da CRP, o que se pretende e impõe é que as medidas diferenciadoras sejam materialmente fundadas do ponto de vista jurídico e limitadas em todos os seus aspetos pelo princípio da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade<sup>54</sup>. Por conseguinte, apontam os autores que as disparidades de tratamento serão lícitas nos específicos casos em que: se baseiem numa distinção objetiva de situações, não se fundem no elenco do art. supra referido, o fim que pretendam atingir tem de ser legítimo à luz do sistema constitucional e, por último, têm de ser necessárias, adequadas e proporcionais à prossecução do seu propósito<sup>55</sup>. No fundo, o que se pretende é que seja tratado como igual aquilo que é igual, e tratado como diferente aquilo que é diferente.

A este respeito, FILIPE VENADE DE SOUSA afirma, a propósito da CDPD, que o propósito da sua criação não foi instituir novos direitos. O que se pretendeu foi salvaguardar o elenco de direitos adaptados para as pessoas com deficiência

---

<sup>52</sup> Cfr. Art. 1.º da CDPD, disponível em [www.ministeriopublico.pt](http://www.ministeriopublico.pt), consult. 18/01/2022.

<sup>53</sup> Cfr. Art. 13.º, n.º 2 da CRP.

<sup>54</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p. 340.

<sup>55</sup> *Idem*, p.340.

compaginando-os, como não poderia deixar de ser, no mesmo catálogo de direitos reconhecidos às restantes pessoas. Para tal, e impedindo quaisquer diferenciações arbitrárias, criaram-se um conjunto de mecanismos de garantia que permitissem o exercício desses direitos numa base de igualdade de condições para com as pessoas sem deficiência<sup>56</sup>.

A CDPD vai mais longe ao exigir aos Estados ratificantes uma postura que permita garantir e fomentar o cabal exercício, pelas pessoas com deficiência, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, adotando todas as medidas adequadas a suprir qualquer tipo de discriminação com base na sua deficiência<sup>57</sup>.

Destarte, nenhuma dúvida resta quanto à questão de conceber que uma pessoa com deficiência requer um tratamento e apoio totalmente diferentes daqueles que uma pessoa sem essa condição exige.

Assim, defender a dignidade da pessoa com deficiência significa admitir que a sua dignidade passa pelo direito de conduzir a sua vida com a maior autonomia possível independentemente do grau de deficiência de que esta sofra. Claro está que quanto maior for o grau de deficiência, maior será o grau de apoio que o sujeito requererá. Nesse sentido, entende VENADE DE SOUSA, perspetiva com a qual concordamos, que o princípio da dignidade deve permanecer inalterado independentemente do grau de deficiência em causa, alterando-se apenas o grau de proteção consoante as necessidades de cada caso. Pelo exposto, conclui-se que o princípio da dignidade está intimamente ligado com o princípio da autonomia<sup>58</sup>.

Alicerçando o nosso pensamento nestes princípios, e conjugando-os com as *wrongful life actions*, entendemos que, pela sensibilidade do tema, é urgente discuti-lo equacionando uma nova abordagem.

Nesse mesmo sentido se afigura, aos nossos olhos, totalmente legítimo e plausível a procedência das ações de *wrongful life*, enquanto ações que pretendem dignificar a vida daqueles que, por circunstâncias genéticas e totalmente alheias à vontade e intervenção quer dos pais, quer do médico, nascem com alguma doença ou malformação.

Tendo em vista que as ações de *wrongful life* são propostas pela criança, enquanto lesada, esta é uma prerrogativa que decorre de um direito seu, pessoal e intransmissível, como uma manifestação da sua liberdade de agir, reconhecida na CDPD, no seu art. 3.º,

---

<sup>56</sup> VENADE DE SOUSA, 2018, p. 115.

<sup>57</sup> Cfr. Art. 4.º, n.º 1, al. e) da CDPD, disponível em [www.ministeriopublico.pt](http://www.ministeriopublico.pt), consult. 18/01/2022.

<sup>58</sup> VENADE DE SOUSA, 2018, p. 167.

al. a), o qual expõe “O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas”.

Destarte, a indemnização atribuída no âmbito destas ações deve ser perspectivada como um veículo capacitador ao alcance de uma vida digna, de uma vida com um menor sofrimento, incumbindo ao Estado fornecer todos os meios que permitam à pessoa com deficiência levar a cabo uma vida autónoma<sup>59</sup>.

Nesta senda, acreditamos que devem as ações de *wrongful life* ser encaradas de um outro prisma, aquele onde o que se pretende é que a criança portadora de deficiência tenha uma vida digna.

---

<sup>59</sup> VENADE DE SOUSA, 2018, p. 188.

## CAPÍTULO III – A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS

Abordar o tema das *wrongful life actions* implica, necessariamente, tratar do tema dos direitos das crianças e do papel que estas desempenham na defesa dos seus direitos.

Um dos marcos mais importantes na história europeia e nacional a este nível foi a entrada em vigor da CDC. Adotada pela AGNU a 20/11/1989, e ratificada por Portugal em 21/09/1990, a CDC veio definir como criança “(...) todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”<sup>60</sup>.

MARTA SANTOS PAIS vai mais longe no que ao conceito de criança a convenção se refere; para a autora, a CDC incrementou uma nova imagem da criança, encarando-a numa dupla aceção: uma primeira que lhe reconhece a vulnerabilidade e dependência inerente por via da tenra idade, recaindo sobre a família e, em última linha, sobre a sociedade e o Estado a sua proteção. Numa segunda vertente, reconheceu a CDC uma aceção mais dinâmica da criança, ou seja, uma pessoa dotada de personalidade própria, em constante desenvolvimento, e, conseqüentemente, com autonomia<sup>61</sup>.

À luz da CDC, o que se pretendeu foi tentar encontrar um equilíbrio entre a estipulação de normas que permitam proteger as crianças enquanto indivíduos vulneráveis – “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”<sup>62</sup> – e, ao mesmo tempo, conceder-lhes todas as ferramentas para que possam, por si, fazer valer os seus direitos. Pretendeu-se que a fragilidade que lhes é tão inerente não se sobrepusesse à efetivação dos seus direitos e liberdades.

Daí que se possa afirmar que os princípios norteadores desta Convenção são o princípio da não discriminação, previsto no art. 2.º da CDC, e o princípio do superior interesse da criança, estatuído no art. 3.º do mesmo diploma. Por conseguinte, enquanto o primeiro impõe aos estados que a subscreveram que *respeitem e garantam* os direitos aí previstos, adotando, para tal, “(...) todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção (...)”<sup>63</sup>; o

---

<sup>60</sup> Cfr. Art. 1.º da CDC.

<sup>61</sup> SANTOS PAIS, 2019, p.122.

<sup>62</sup> Cfr. Preâmbulo da CDC.

<sup>63</sup> Cfr. Art. 2.º, n.º 2 da CDC.

segundo constrange os órgãos responsáveis pela aplicação das medidas<sup>64</sup> a terem como primeiro, último e único fim o bem estar da criança.

Em paralelo com o princípio da não discriminação, estabelece a nossa CRP um princípio semelhante no seu art. 69.º, ao instituir um conjunto de deveres a cargo do Estado no sentido de prover todas as condições para que todas as crianças, em especial aquelas que se encontrem em situações de vida mais difíceis, se consigam desenvolver num ambiente seguro, estável e livre de qualquer segregação.

A propósito dos direitos da criança, GUILHERMINA MARREIROS alude ao facto de que, apesar de o ordenamento jurídico reconhecer direitos à criança, estes só poderão por ela ser exercidos de forma progressiva, à medida que apresente aptidões para tal. Assim, recairá sobre o seio familiar ser a base de apoio a este desenvolvimento exercendo, sempre que necessário, os poderes-deveres em concertação com o superior interesse da criança<sup>65</sup>.

Quer isto dizer que, nos casos em que a criança não seja capaz de, por si, fazer valer os seus direitos, esse imperativo recairá sobre os pais ao abrigo do exercício das responsabilidades parentais<sup>66</sup>.

### **3.1. As *Wrongful Life Actions* e a Convenção sobre os Direitos das Crianças**

Aprofundando o tema das *wrongful life actions*, e articulando-o com a CDC, é sabido que em causa estão crianças que, por um infortúnio genético, nasceram com alguma doença grave ou malformação.

Não obstante aquela condição, é um direito de cada uma delas viver uma vida condigna, com acesso a todos os mecanismos que lhes permitam minimizar uma realidade que, por si só, é sinónimo de sofrimento.

Preceitua o art. 23.º, n.º 1 da CDC que “Os Estados Partes reconhecem à criança mental e fisicamente deficiente o direito a uma vida plena e decente em condições que garantam a sua dignidade, favoreçam a sua autonomia e facilitem a sua participação activa na vida da comunidade.”, estabelecendo, para tal, “(...) o direito de beneficiar de cuidados

---

<sup>64</sup> Conforme o elenco do art. 3.º, n.º 1 da CDC, integram este âmbito as instituições públicas ou privadas de protecção social, os tribunais, as autoridades administrativas ou órgãos legislativos.

<sup>65</sup> MARREIROS, 2001, p.323.

<sup>66</sup> O conteúdo das responsabilidades parentais foi estabelecido pelo legislador no art. 1878.º do CC.

especiais e encorajam e asseguram, na medida dos recursos disponíveis, a prestação à criança que reúna as condições requeridas e àqueles que a tenham a seu cargo de uma assistência correspondente ao pedido formulado e adaptada ao estado da criança e à situação dos pais ou daqueles que a tiverem a seu cargo.”<sup>67</sup>.

Como se percebe, é a própria CDC a reconhecer a necessidade de o Estado providenciar todas as condições para que a criança disponha dos melhores cuidados de saúde possíveis<sup>68</sup>, de modo a assegurar-lhe “(...) um nível de vida suficiente, de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.”<sup>69</sup>.

Apesar de tudo, parece que este direito à saúde e ao desenvolvimento tantas vezes badalado ao longo de toda a CDC, não deve ser perspetivado apenas no sentido lato do próprio direito, mas antes na especificidade que lhe é inata. Quer isto dizer que o foco não será apenas o direito de viver, na pura aceção da palavra, mas antes o direito de viver com a melhor qualidade possível, promovendo um desenvolvimento integral e sustentado da criança.

Confrontando estas orientações da CDC não concordamos com o facto de, nos casos das *wrongfull life actions*, não seguir o julgador as supra citadas diretivas, coartando à criança portadora de deficiência a indemnização que lhe permitiria pôr em prática tudo aquilo que, em teoria, se apresenta como sendo um direito básico que lhe é inerente.

Tal como se vem adiantando, e contrariamente ao afirmado pela jurisprudência, não acolhemos o motivo de fundo que, sucessiva e perpetuamente, nega a única esperança das crianças alcançarem a tão aclamada dignidade prevista no art. 1.º da CRP.

Fundamentalmente, e socorrendo-nos das palavras de JOÃO PIRES DA ROSA, o que se questiona é “se alguém, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuportável deficiência, que lhe não permite *o direito à vida como um direito à vida com qualidade*, deve ou não deve essa pessoa ser indemnizada pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que essa *não qualidade* transporta? 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?!*”<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. Art. 23.º, n.º 2 da CDC.

<sup>68</sup> Cfr. Art. 24.º n.º 1 da CDC.

<sup>69</sup> Cfr. Art. 27.º, n.º 1 da CDC.

<sup>70</sup> PIRES DA ROSA, 2013, p.48.

## CAPÍTULO IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL

Outra das questões que se encontra intimamente ligada com o tema das ações de *wrongful life* é a responsabilidade civil, em concreto, a responsabilidade médica.

Base de qualquer sociedade, os sujeitos e as relações interpessoais que estabelecem entre si, compõem e representam a essência de todo o sistema jurídico no dinamismo que lhe é característico. Todavia, estes vínculos nem sempre são pacíficos, forçando a uma intervenção de um terceiro imparcial – o legislador.

Prevista no art. 483.º, n.º 1 do CC, entendeu o legislador definir responsabilidade civil como a obrigação de indemnizar o lesado em resultado de uma violação ilícita do seu direito, nos casos em que essa violação seja feita com dolo ou mera culpa<sup>71</sup>.

Ora, a razão de ser desta previsão legal justifica-se pela necessidade de deslocar o dano da esfera do lesado para a esfera do lesante, obrigando este último a ressarcir o primeiro pelo prejuízo que lhe causou. No fundo, o que se pretende é recriminar a conduta do lesante, pelo ato próprio e individual, por se entender que o seu comportamento não se coaduna com a diligência do homem médio, restabelecendo ao lesado, na medida do possível, tudo aquilo de que ficou privado com aquela concreta lesão.

Como aponta MANUEL CARNEIRO DA FRADA, para que o dano seja reparado tem de existir uma lesão da posição jurídica acoplada à titularidade de alguém. Significa isto que, para que o dano seja reparado, a violação ilícita juridicamente censurada tem de ocorrer na esfera de um sujeito de direito. Ou seja, teoricamente, se ao tempo da lesão não existir um sujeito para o direito, também não existirá, ao abrigo do art. 483.º, n.º 1 do CC uma obrigação de indemnizar<sup>72</sup>.

Estabelecendo um paralelismo com as ações de *wrongful life*, apesar de os danos só se demonstrarem depois do nascimento, por não terem sido atempadamente identificados pelo médico responsável, tal circunstância não obstará ao seu ressarcimento<sup>73</sup>. Assim, o que será imprescindível à tutela ressarcitória será o reconhecimento da personalidade ao tempo da lesão para que, desse modo, possa a criança ver compensado o sofrimento que a deficiência de que é portadora lhe causa, tanto ao tempo do seu nascimento, como o que lhe irá causar no futuro<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. Art. 483.º, n.º 1 do CC.

<sup>72</sup> CARNEIRO DA FRADA, 2010, p.307.

<sup>73</sup> *Idem*, 2010, p.309.

<sup>74</sup> *Idem*, 2010, p.309.

Com efeito, podemos distinguir dois tipos de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual. Por responsabilidade contratual entende-se a responsabilidade decorrente da prática de um facto danoso, avaliada à luz das obrigações concertadas num contrato estabelecido entre as partes enquanto manifestação da sua autonomia privada<sup>75</sup>, ao passo que a responsabilidade extracontratual ocorre nas situações em que uma concreta conduta de um sujeito viola as normas de direito, ou seja, direitos absolutos cuja observância se impõe a todos.

Nestes termos, poderá o médico ser responsabilizado em termos civis, pela via contratual, se entre o médico e o paciente foi celebrado um contrato, ainda que tácito, para a prestação de serviços médicos. Poderá, ainda, o médico ser responsabilizado extracontratualmente se estiverem preenchidos dois requisitos, a saber: se em causa estiver a violação de um direito absoluto e se entre o médico e o paciente não for celebrado nenhum contrato, ou seja, se se tratar de um serviço pertencente ao SNS<sup>76</sup>.

São cinco os pressupostos elencados no art. 483.º, n.º 1 do CC que nos permitem aferir da existência de uma obrigação de ressarcimento do dano, a saber: o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Assim, infra, debruçar-nos-emos sobre cada um deles.

## **4.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil**

### **4.1.1. O Facto Voluntário do Agente**

O primeiro dos pressupostos referidos foi o a voluntariedade do facto realizado pelo agente. Ora, com isto não se pretende afirmar que subjacente à atuação do agente reside uma prática deliberada e concertada com a verificação do resultado. Antes, esta voluntariedade englobará todos os casos em que, estando na plena disposição de todos os seus poderes, o agente se conformou com aquela atuação. Isto não invalida nem exclui os casos em que o facto voluntário corresponda a uma omissão.

---

<sup>75</sup> Cfr. Art. 405.º, n.º 1 do CC.

<sup>76</sup> RAPOSO, 2013, pp. 29 e 30.

### 4.1.2. A Ilicitude da Conduta do Agente

A ilicitude da conduta do agente avoca uma ideia de antijuridicidade ou contrariedade ao direito. Deste modo, o foco não será o dano, mas sim a conduta enquanto ato violador. É por isso que a grande função da ilicitude é a de circunscrever a zona dos danos indemnizáveis, aos mesmo tempo que traduz uma reprovação sobre a conduta.

Portanto, no concreto caso da responsabilidade médica, o que se vai avaliar é a conduta do profissional de saúde à luz das *legis artis* – deveres específicos adstritos ao exercício da profissão – a que se encontra vinculado.

### 4.1.3. A Culpa do Agente

A culpa exprime uma conexão entre a conduta e o lesante, um juízo reprovador. Todavia, a culpa não é um elemento linear e estático que se verifica sempre nos mesmos termos. Ao invés, a culpa pode assumir a forma de erro, dolo ou negligência e pode ser graduada consoante a sua intensidade, isto é, grave ou leve.

Nestes termos, a culpa será determinada mediante a imputabilidade do agente (art. 488.º do CC) e o critério do homem médio.

Exige-se, portanto, a culpa do médico na prática do facto ilícito. Por essa mesma razão se fala de uma responsabilidade subjetiva, isto é, de uma responsabilização por danos emergentes da conduta culposa. Para tanto, e como aponta o aresto do STJ de 24/05/2011, não basta a teoria do risco profissional para que exista uma obrigação de indemnizar independentemente de culpa<sup>77</sup>.

Por conseguinte a culpa do profissional de saúde será aferida à luz do paradigma daquilo que se considera um médico medianamente competente, sensato e prudente, com as mesmas capacidades e conhecimentos académicos e profissionais, e da atuação que este teria tido perante uma igualdade de circunstâncias, na data da prática do facto ilícito<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Ac. do STJ de 24/05/2011, Relator Helder Roque, Processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>78</sup> Ac. do TRP de 01/03/2012, Relator Filipe Carço, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Reportando-se as ações de *wrongful life* a situações onde o que existe é uma negligência médica, esta é encarada como a expressão de uma atitude pessoal de descuido ou leviandade face aos deveres objetivos de cuidado que deviam ter sido observados e não foram.

Segundo VERA LÚCIA RAPOSO, a negligência médica pode resultar de imperícia, imprudência, desatenção, negligência *stricto sensu* ou inobservância dos regulamentos<sup>79</sup>.

#### 4.1.4. O Dano

O dano, enquanto resultado desfavorável, pode ser de ordem patrimonial ou não patrimonial. Será patrimonial se comprometer negativamente o património do lesado, isto é, se acarretar um prejuízo para o mesmo, podendo ser avaliado em dinheiro. Por outro lado, estaremos perante um dano não patrimonial se a concreta lesão se refletir no íntimo da pessoa impossibilitando a exatidão do *quantum* indemnizatório.

Na tentativa de rebater o preenchimento do dano como um dos requisitos da responsabilidade civil, têm sido apontados três argumentos: o da não existência, o da falha no *conterfactual test*<sup>80</sup> e o de que em causa estará a preferência da morte face à vida com deficiência.

Em primeiro lugar, e contrariamente ao que vem sendo apontado, a criança não pretende limitar o seu direito à vida diminuindo-lhe o seu valor. Ao invés, reclama para si o reconhecimento de um direito que decorre da própria vida, a dignidade.

Para além deste argumento, vem sendo apontada uma falha no *conterfactual test*, isto é, a falha no encadeamento factual onde o erro do médico deixa a criança numa situação pior do que aquela em que ela se encontra. À luz desta afirmação, o que se pretende fazer crer é que dano não se reflete numa diferença negativa uma vez que o único termo de comparação seria a não existência.

Um terceiro apontamento crítico é o de que com estas ações e subsequente afirmação de um dano, se tenha de preferir a morte à vida com deficiência. Alude-se a uma ideia de indisponibilidade da vida por esta não poder ser considerada, mesmo com

---

<sup>79</sup> RAPOSO, 2013, p. 87.

<sup>80</sup> ROCHA, 2018, p.15.

deficiência, como um dano<sup>81</sup> <sup>82</sup>. No entanto, acreditamos que esta é uma comparação que não deve ser feita. O dano não é a vida, mas a deficiência que na sequência do ato negligente do médico se veio concretizar.

#### 4.1.5. O Nexo de Causalidade

O último dos requisitos elencados foi o nexo de causalidade que exprime a relação de causa entre o facto ilícito e culposo e o dano.

A este respeito importa atender ao vertido no preceito 563.º do CC que enuncia que “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Ora, acolhendo a teoria que se afigura mais pacífica entre os mais altos pensadores do direito – a teoria da causalidade adequada –, define-a INOCÊNCIO GALVÃO TELES como “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes possibilidades de o originar”<sup>83</sup>.

De facto, o que se pretende é concluir, no exercício de análise retrospectiva, se um facto danoso idêntico ao facto lesivo seria, ou não, idóneo a produzir um resultado similar ao verificado.

No âmbito destas ações, o fundamento de recusa circunscreve-se à alegação de que a malformação já existia ao tempo do DPN pelo que o reconhecimento do nexo de causalidade nestas situações conduziria a uma solução injusta e chocante<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> “Pretender que a própria vida é, em si mesma, um dano para com base nisso aceder a uma indemnização seria juridicamente inconcebível, porque inconciliável.” CARNEIRO DA FRADA, 2008, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>, consult. em 1/03/2023.

<sup>83</sup> Relativamente à não consideração da vida como um dano, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, ainda que numa vertente distinta, defende que, casos há em que as ações de *wrongful life* se destinam a cobrir as necessidades que possam existir e ser graves, merecendo a atenção da ordem jurídica. Assim, do seu ponto de vista, não deve ser levada à letra a argumentação do sujeito de que a vida em si mesma é um dano, sendo esta apenas uma forma responsabilizar o médico pela vida com deficiência. *Idem*, 2008, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>, consult. em 1/03/2023.

<sup>84</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELES, 1997, p.405.

<sup>84</sup> CARNEIRO DA FRADA, 2008, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>, consult. em 1/03/2023.

## 4.2. A Responsabilidade Médica e a Posição do Nascituro

Conhecidos os pressupostos da responsabilidade civil, importa agora tentar decodificar qual a posição assumida pelo nascituro, enquanto lesado, no âmbito da relação estabelecida entre o médico e a progenitora.

Aquando do momento do estabelecimento da relação profissional entre o médico e a mulher grávida, o primeiro assume para com esta determinadas obrigações, nomeadamente a de “exercer a sua profissão de acordo com as *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade.”<sup>85</sup>.

À luz dessa relação, o médico vincula-se a agir, prudente e diligentemente, ao abrigo dos conhecimentos científicos conhecidos à data da prática do ato. Nessa senda, incorrerá sobre este como obrigação principal, um conjunto de prestações que passarão por um dever de observação, diagnóstico, terapêutica, vigilância e informação<sup>86</sup>. Estes deveres decorrem expressamente do art. 64.º da CRP que estatui o direito e o livre acesso por todos à saúde.

A responsabilidade médica surge, neste seguimento, como uma falha na realização e/ou análise do DPN, ou seja, dos exames “executados antes ou durante uma gravidez, com a finalidade de obtenção de informação genética sobre o embrião ou o feto, considerando-se assim como caso particular destes o diagnóstico pré-implantatório.”<sup>87</sup>.

Por conseguinte, podemos inferir que do ato médico, ilícito, perpetrado pelo profissional de saúde, resultará um dano não só para os progenitores, como para a própria criança. Assim, as ações de *wrongful life* preenchem um caso típico de erro de diagnóstico por falta de realização dos exames exigidos.

Ora, apesar de ser indiscutível que a conduta omissa do médico nada tem que ver com o dano propriamente dito, nem tão só a sua eventual prática significaria uma cura, o certo é que a não realização dos exames de DPN representam uma violação clara das *leges artis*.

Nestes termos, o desrespeito pelas *leges artis* e o dever de informação a que se encontra adstrito, impedem os pais de recorrer à IVG e pôr termo aquela vida considerada pela própria lei como um dano.

---

<sup>85</sup> Art. 4.º n.º 1 do CDOM.

<sup>86</sup> Ac. do TRP de 01/03/2012, Relator Filipe Carço, Processo 9434/06.6TBMTS.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>87</sup> Art. 10.º, n.º 5 da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro.

Por conseguinte, a violação destas obrigações pelo profissional de saúde representa já umnexo de causalidade suficiente, ainda que indireto, entre o facto de a criança ter de suportar o dano de uma vida de sofrimento e a conduta omissa do médico<sup>88</sup>.

Todavia, importa fazer a destrição entre as supra citadas responsabilidades civil contratual e extracontratual aferindo a possibilidade de a criança se poder fazer valer deste instituto.

Relativamente ao primeiro tipo de responsabilidade elencado, por lhe estar subjacente um contrato de prestação de serviços celebrado entre o médico e os pais, o devedor da prestação (o médico) omite um ato devido – a informação. Nessa medida, por ser um facto que livremente omite, o seu comportamento será passível de sobrevir responsabilidade civil na modalidade contratual.

No que concerne à ilicitude contratual, por se traduzir na inobservância dos deveres principais ou acessórios que nessa convenção ficaram estipulados, e dos quais se destacam o dever de informação e a obtenção do consentimento informado<sup>89</sup>, a ilicitude da conduta posicionar-se-á na desinformação da mãe, privando-a de tomar uma decisão esclarecida sobre o futuro daquela gestação. Não obstante esta realidade, para que este requisito esteja preenchido, esses deveres de informação terão de proteger a mãe, mas também o nascituro. Se assim se for, também aqui poderemos dar como preenchido este requisito.

A este respeito, PAULO MOTA PINTO admite a existência de um contrato com eficácia de proteção para terceiros de modo a estender os efeitos do contrato estabelecido entre os pais e o nascituro<sup>90</sup>.

Em sentido contrário, MANUEL CARNEIRO DA FRADA considera que estes deveres de informação jamais se poderão estender à criança atendendo ao facto de que “(...) nenhum médico pode fazer um prognóstico minimamente seguro no sentido de uma vontade futura de não viver da criança (...)”<sup>91</sup>.

A nosso ver, parece-nos claro que a criança tem todo o interesse em que a sua mãe, independentemente do resultado, tome uma decisão ciente do diagnóstico do nascituro, pelo que também os deveres de informação terão a função de a proteger.

---

<sup>88</sup> RAPOSO, 2010, p.86.

<sup>89</sup> Rocha, 2018, p.13.

<sup>90</sup> MOTA PINTO, 2007, p. 933.

<sup>91</sup> CARNEIRO DA FRADA, 2008, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>, consult. em 1/03/2023.

Relativamente ao requisito da culpa, opera a regra da inversão do ónus da prova, recaindo sobre o médico o ónus de fazer prova de que o incumprimento contratual não resultou de culpa sua (arts. 799.º e 350.º, n.º 1 do CC).

Quanto ao dano, e superados os argumentos enunciados no ponto 4.1.4., entendemos que não é a vida que é um dano, mas antes as deficiências que a mesma acarreta, pelo que a pretensão da criança será legítima e atendível.

Por último, e consubstanciando o requisito que mais controvérsia gera, também o nexos de causalidade se encontra preenchido. Como demonstrámos, o nexos de causalidade será aferido segundo um critério de causalidade adequada, ou seja, de acordo com uma análise de adequação entre a conduta e o resultado. Aplicando ao caso concreto, é evidente que o incumprimento dos deveres de informação aos pais impediram-nos de recorrer à IVG e terminar com aquela gestação. Assim, e uma vez que acolhemos a tese do contrato com eficácia de proteção para terceiros, o incumprimento deste dever por parte do médico repercute-se também na esfera do nascituro porque, também ele, é indiretamente parte na relação estabelecida entre o profissional de saúde e os pais beneficiando de certos deveres laterais.

Assim, e revisitando os pressupostos da responsabilidade civil supra elencados, fica evidente que todos eles se encontram preenchidos, pelo que o médico poderia ser responsabilizado no âmbito da responsabilidade civil contratual.

No tocante à responsabilidade civil extracontratual, e de forma a evitarmos repetições, iremos referir-nos apenas aos requisitos que, por oposição à responsabilidade civil extracontratual determinam a análise de outros pressupostos, dando como preenchidos todos aqueles que não especificarmos.

Iniciando pelo pressuposto do facto voluntário do agente, ficou claro que o médico, ao omitir um ato que se encontrava deontologicamente obrigado a praticar, assumiu livre e voluntariamente essa conduta, pelo que, ao abrigo do art. 486.º do CC tal omissão desencadeará a obrigação de reparar o dano.

Quanto ao requisito da ilicitude, este será aferido à luz da figura das normas legais que visam proteger interesses alheios. No entanto, para que se subsumam estes encargos ao tipo supra referido é necessário que estejam preenchidos três requisitos: que a lesão dos interesses de particulares corresponda a violação de uma norma legal – no caso os arts. 19.º, 20.º e 25.º do CDOM –; que em causa estejam direitos alheios ou legalmente legítimos ou juridicamente atendíveis pelo escopo dessa norma – o que no caso também se verifica uma vez que o CDOM visa salvaguardar os direitos dos pacientes; e, por

último, é necessário que a lesão se verifique no bem jurídico que a lei pretende proteger – uma vez mais, também este requisito se encontra protegido.

Relativamente à culpa, avaliada e compreendida enquanto negligência, esta terá de ser provada pelo lesado segundos os arts. 342.º e 487.º, n.º 1 do CC.

Conclui-se, portanto, que se encontram preenchidos todos os requisitos da responsabilidade civil extracontratual do médico, podendo ser responsabilizado pela sua omissão, devendo, por isso, ressarcir a criança pelo seu sofrimento.

## CAPÍTULO V – PERSPETIVAS INTERNACIONAIS SOBRE AS AÇÕES DE *WRONGFUL LIFE*

Encarado como um vértice de eterna discórdia, tanto ao nível nacional como internacional, as ações de *wrongful life* têm feito correr muita tinta sem, todavia, lograrem atingir um terreno pacífico semeado por uma solução unívoca. Seja por motivações éticas, religiosas ou morais, os argumentos são muitos e dos mais diversos, relegando para segundo plano a vertente que devia emergir em primeiro lugar, a vertente jurídica.

Partindo de uma base comum – as ações de *wrongful life* –, têm sido inúmeras as posições assumidas internacionalmente quanto a este tema que se vislumbra longe de um consenso. Não obstante, esta só será uma questão equacionável nos sistemas jurídicos onde a IVG esteja legalmente prevista como um meio lícito de pôr término a uma gestação diagnosticada com algum tipo de doença grave ou malformação<sup>92</sup>. Para além disso, é ainda necessário que o diagnóstico dessa condição não tenha sido realizado, como seria expectável, na fase pré-natal, por negligência médica.

### 5.1. As *Wrongful Life Actions* nos EUA

Apesar de o entendimento aplicado nos tribunais e, de um modo geral, no ordenamento jurídico ser o de não se conceder indemnizações com base nas pretensões de *wrongful life*, tem-se assistido a um progresso nesta matéria e, conseqüentemente, ao aumento de casos onde estas ações merecem provimento.

Ainda que a propositura de ações deste tipo não fosse uma novidade nos tribunais norte americanos, o certo é que foi com a entrada em vigor, em 1973, da Lei que despenalizou o aborto<sup>93</sup>, que se assistiu a um aumento da discussão e da controvérsia sobre o facto de se poderem ou não considerar estas reivindicações como legítimas<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Neste sentido ANDREA MORILLO, “3. en el ordenamiento jurídico en que se producen tales hechos está reconocida la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, bien de forma general o bien, al menos, para el supuesto concreto del motivo embriopático.” MORILLO, 2011, p.85.

<sup>93</sup> Cfr. *Roe v. Wade* (1973), 410 U.S. 113, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>.

<sup>94</sup> Referimo-nos aqui ao caso *Park v. Chessin* que, por decisão datada de 1976, concedeu aos pais uma indemnização, em nome do filho, por se ter concluído que a atuação negligente do obstetra os impediu de saberem que o seu segundo filho teria elevadas probabilidades de nascer com a mesma doença que causou a morte de um filho anterior. Fatidicamente, também o segundo filho veio a falecer em virtude da mesma doença. *Park v. Chessin* (1977) 60 A.D.2d 80 [400 N.Y.S.2d 110], disponível em <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1>.

Volvidos quarenta anos sobre essa data, têm-se verificado alguns progressos em determinados estados americanos com a entrada em vigor de leis ímpares que reconhecem e atribuem à criança uma indemnização pelo seu sofrimento.

Exemplo precursor disso mesmo é o Estado do Iowa que, relativamente às ações de *wrongful life*, veio introduzir uma regulação específica nesta matéria, discriminando, os casos em que a procedência destes processos é admitida. Assim, apesar de não admitir ações de *wrongful life* e, conseqüentemente, indemnizações com base na alegação de que a criança não devia ter nascido<sup>95</sup>, o legislador entendeu que situações existem em que esta realidade deve conhecer exceções. Por conseguinte, foram duas as situações em que considerou estarem reunidas as condições para poderem ser tidas em conta as pretensões destas crianças. A primeira exceção é aquela que decorre da instauração de uma ação em virtude da verificação de danos causados de forma intencional ou por negligência grosseira – na vertente de ação ou omissão –, que constituem uma ofensa pública<sup>96</sup>. A segunda exceção, e aquela que se enquadra especificamente no âmbito deste estudo, refere-se aos casos em que perante a falha dos deveres médicos a que estava obrigado, o profissional de saúde não prestou todas as informações necessárias aos pais para que estes pudessem decidir sobre o futuro daquela gravidez perante a verificação de doença ou malformação no nascituro<sup>97</sup>.

Seguindo a mesma linha de pensamento, ainda que numa vertente mais lata, foi no Estado do Kansas que também o legislador considerou ser necessário fazer algumas ressalvas ao princípio da não admissibilidade das ações de *wrongful life*. Neste caso, são admitidas ações em que se conclua que existia a possibilidade de prevenir, curar ou melhorar a lesão ou possível morte da mãe, ou a doença ou deficiência do nascituro, se não tivesse ocorrido a negligência médica<sup>98</sup>. Quer isto dizer que, sendo provado que a condição clínica do nascituro podia ter sido atempadamente detetada permitindo aos pais decidir em conformidade, considerarão os tribunais admitir esta causa.

À semelhança destes Estados, o legislador do Maine considerou admitir as ações que vêm sendo analisadas, com base no facto de em causa estarem crianças cuja saúde se encontra comprometida em consequência da negligência médica<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Cfr. Anexos (1).

<sup>96</sup> Cfr. Anexos (2).

<sup>97</sup> Cfr. Anexos (3).

<sup>98</sup> Cfr. Anexos (4).

<sup>99</sup> Cfr. Anexos (5).

Já no Estado do Minnesota, também o legislador regulou, concretamente, esta questão introduzindo uma nova abordagem quanto à admissibilidade destes litígios. Assim, apesar de considerar como legítima a pretensão de *wrongful life* como consequência direta da negligência médica<sup>100</sup>, não admite a argumentação de que essa negligência precluiu a possibilidade de os pais recorrerem à IVG e também assim, esse incumprimento ser tido em conta na medida dos danos<sup>101</sup>.

Já o legislador do Michigan, embora admita estas ações, faz depender a sua propositura da verificação de negligência grosseira, ainda que não inteiramente limitada, a uma ação ou omissão penalmente punida<sup>102</sup>.

Percebe-se, da exposição supra, que não obstante as ações de *wrongful life* serem, em primeira linha, proibidas, verifica-se uma crescente atendibilidade e sensibilidade do legislador dos EUA quanto aos casos em que a negligência médica impede a deteção de um diagnóstico que ditará uma vida de sofrimento.

## **5.2. As *Wrongful Life Actions* na Grã-Bretanha**

Em 1990, com a alteração à Lei do Aborto de 1967<sup>103</sup>, passou a prever-se no ordenamento jurídico da Grã-Bretanha, a possibilidade dos pais se socorrerem, a todo o tempo da gestação, do mecanismo da IVG desde que dois médicos atestassem a forte possibilidade de o nascituro vir a sofrer de graves anomalias psíquicas ou físicas ou de uma deficiência severa<sup>104</sup>.

Todavia, à semelhança de muitos outros países, apesar de se considerar o diagnóstico supra referido como suficiente para se interromper a gravidez, certo é que já não se admite a procedência das ações de *wrongful life* que partem, precisamente, do mesmo quadro clínico. Nesta senda, entrou em vigor em 1976 a Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, que precluiu qualquer possibilidade de provimento deste tipo de ações.

---

<sup>100</sup> Cfr. Anexos (6).

<sup>101</sup> Cfr. Anexos (7).

<sup>102</sup> Cfr. Anexos (8).

<sup>103</sup> A alteração foi introduzida pela Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

<sup>104</sup> Cfr. Anexos (9).

Quanto a esta questão, muitos são os autores que têm manifestado a sua opinião, introduzindo pontos de vista inovadores que contribuem com perspectivas distintas para que se repense sobre o futuro destes litígios.

A este respeito, DAVID ARCHARD defende aquilo que designa por “*birthright claim*”, isto é, o direito que a criança tem a não nascer perante a elevada probabilidade de que a sua vida implicará um elevado sofrimento<sup>105</sup>. O autor vai mais longe, sustentando que existe um dever de não prosseguir com a gravidez nos casos em que é diagnosticada uma grave doença ou malformação tendo em conta que, nestes casos, o direito da criança a não nascer nessas condições é muito mais importante<sup>106</sup>.

Em sentido semelhante, JOEL FEINBERG afirma que a criança pode reclamar e ser ressarcida pelo facto de a condição com que nasceu lhe comprometer o futuro na perspectiva de que, sendo conhecido o seu diagnóstico, o nascimento não foi evitado. Acrescenta que, nos casos em que aquela condição era conhecida e, mesmo assim, nada se fez para o impedir, então também as pessoas que tinham essa informação devem ser responsabilizadas pela violação do seu direito<sup>107</sup> – nomeadamente, o médico.

Posicionando-se de forma idêntica, BONNIE STEINBOCK afirma que é errado a criança nascer com uma deficiência tão severa que a impeça de viver uma vida “minimamente digna” – “*minimally decente existence*” – a que todos os sujeitos têm direito<sup>108</sup>.

Destaca-se, também, a posição da autora ROSAMUND SCOTT que, não sendo tão extremista quanto ao direito à não existência, entende que as ações de *wrongful life* não devem ser encaradas, e muito menos se subsumem, a um direito a nascer saudável ou a nascer de todo<sup>109</sup>. Na opinião desta, é em virtude do cenário de aconselhamento pré-natal negligente – caso contrário teriam os progenitores recorrido à IVG – que a criança nasce em condições tão dolorosas que, por essa mesma razão, poderá peticionar a responsabilização ao abrigo das ações de *wrongful life*<sup>110</sup>. No entanto, para a autora, a atendibilidade e procedência destas ações depende da verificação de um diagnóstico restrito a determinados quadros clínicos, como por exemplo a doença de Tay-Sachs e a síndrome de Lesch-Nyhan<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> ARCHARD, 2004, p. 404.

<sup>106</sup> *Idem*, 2004, p. 417.

<sup>107</sup> JOEL FEINBERG *apud* ARCHARD, 2004, p. 404.

<sup>108</sup> BONNIE STEINBOCK *apud* ARCHARD, 2004, pp. 404 e 405.

<sup>109</sup> SCOTT, 2013, p.127.

<sup>110</sup> *Idem*, 2013, p.130.

<sup>111</sup> *Idem*, 2013, p.133.

Numa decisão sem precedentes, e contrariando o caminho que vem sendo trilhado de não admissibilidade deste tipo de ações<sup>112</sup>, a 21/12/2020 foi proferida a sentença no caso *Evie Toombes v. Dr. Philip Mitchell* onde foi reconhecido o direito da lesada a peticionar uma indemnização em virtude da negligência médica, no âmbito das ações de *wrongful life*. O caso em questão reconduz-se a uma criança, Evie Toombes, que nasceu com uma doença congénita causando, entre outros, problemas ao nível da mobilidade. Questionado sobre a viabilidade de uma futura gravidez, o médico responsável pelo acompanhamento da sua mãe, num ato negligente, não a alertou para os perigos de uma futura conceção<sup>113</sup>. Ficou provado que se o médico tivesse cumprido com os seus deveres de informação e diagnóstico, Evie nunca teria nascido<sup>114</sup>. Ultrapassando a barreira imposta pela Lei *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, a juíza considerou estarem preenchidos os três requisitos que, até esta decisão, impediam a procedência deste tipo de ações. Em primeiro lugar, a verificação de um ato negligente; em segundo lugar, o facto de essa negligência concorrer diretamente para a verificação de um evento, – uma conceção sem os cuidados necessários –, e, por último, o nascimento de uma criança com deficiência<sup>115</sup>.

Percebe-se, perante o cenário supra, que apesar de ainda ser longo o caminho até à meta – a admissibilidade das ações de *wrongful life* – começam a ser visíveis os progressos nesta área.

### **5.3. As *Wrongful Life Actions* na França**

É incontornável, quando o tema são estas ações e a sua evolução em França, falar da famosa decisão *Arrête Perruche*<sup>116</sup>, proferida a 17/11/2000. Reportando-se a um caso de negligência médica, discutia-se nesta situação até que ponto poderia o médico ser responsável por não ter diagnosticado, durante a gravidez, o contágio do nascituro com rubéola – doença de que a mãe padecia.

---

<sup>112</sup> Referiu-se já a Lei *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* que ainda se encontra em vigor e que impede as crianças de proporem, por si, ações por negligência médica.

<sup>113</sup> No caso, esta doença congénita poderia ser evitada se a mãe, no momento da conceção, tivesse tomado ácido fólico.

<sup>114</sup> Cfr. “3. The facts which have been agreed include that, but for the breach of duty, the Claimant would not have been conceived.” <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2020/3506.html>.

<sup>115</sup> Cfr. Ponto 56 <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2020/3506.html>.

<sup>116</sup> Cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>.

No caso concreto, a mãe alertou o médico para o facto de, sendo descoberta esta patologia no feto, a mesma optaria por recorrer à IVG. Erroneamente, o profissional de saúde não detetou a doença, o que culminou no nascimento da criança com malformações neurológicas e cardíacas. Abrindo um caminho sem precedentes na Europa, entendeu o tribunal conceder uma indemnização tanto à criança, por ter nascido com graves deficiências, como aos pais.

A agitação em torno desta decisão foi tanta que o legislador francês publicou, a 4/03/2002, a Lei n.º 2002-303 relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde<sup>117</sup>. Com a publicação desta Lei, inverteu-se o progresso alcançado, regulando e obstando a possibilidade de a criança nascida nestas condições, peticionar a responsabilização do profissional médico responsável, sendo indemnizada por essa circunstância<sup>118</sup>. Não obstante ter o legislador impedido a propositura das ações de *wrongful life*, certo é que admitiu as ações de *wrongful birth*, limitando a indemnização ao dano sofrido exclusivamente pelos pais, ou seja, recusou a compensação por qualquer encargo acrescido que o nascimento daquela criança acarretaria<sup>119</sup>.

Contrariamente ao que seria expectável, a entrada em vigor desta lei não encerrou a discussão sobre o tema, tendo mesmo chegado ao TEDH. Em causa estiveram as duas decisões de 6/10/2005 (*Affaires Maurice e Draon*<sup>120</sup>), perante as quais veio o TEDH condenar o Estado francês por ter aplicado retroativamente a Lei n.º 2002-303, de 4/03/2002, privando os requerentes de uma indemnização, cujo montante era expectável receberem em virtude da jurisprudência fixada, à data dos acontecimentos, pelos tribunais franceses<sup>121</sup>.

Perante esta realidade, parece estar longe de encerrada a discussão sobre o tema no seio do ordenamento francês.

---

<sup>117</sup> Cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015/2003-07-22/>.

<sup>118</sup> Cfr. Anexos (10).

<sup>119</sup> Cfr. Anexos (11).

<sup>120</sup> A decisão encontra-se disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-%201464002-1529999#%7B%22itemid%22:%5B%22003-1464002-1529999%22%5D%7D>.

<sup>121</sup> Anexos (12).

#### 5.4. As *Wrongful Life Actions* na Alemanha

Focando a atenção no resultado produzido, o legislador alemão optou por tratar deste tema de uma forma diferente dos seus pares europeus. Assim, incidindo a sua atenção no resultado danoso – o nascimento indesejado de uma criança –, entendeu o legislador não existir uma verdadeira distinção entre as ações de *wrongful birth* e *wrongful conception*.

Nessa senda, criou aquilo que designou como a teoria da separação (*Trennungslehre*), isto é, a teoria segundo a qual se pretende fazer uma distinção entre o dano do nascimento da criança e o dano económico resultante dos elevados custos de apoio e desenvolvimento daquela criança, apenas sendo acolhida a indemnização por este último tipo de danos<sup>122</sup>.

Todavia, relativamente às ações de *wrongful life* a orientação maioritária tem sido a de se recusarem estas pretensões, existindo algumas vezes que se pronunciam em sentido contrário<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> MORILLO, 2003, p.104.

<sup>123</sup> Aludimos aqui a autores como HARRER e MERKEL citados por MORILLO, 2003, p.105.

## CAPÍTULO VI – A NOSSA PERSPETIVA

Trilhado este longo caminho, consideramos ser relevante solidificarmos a posição que temos vindo a manifestar, pontualmente, à medida que desenvolvemos o presente trabalho.

Cientes da complexidade e sensibilidade do tema, e dos desafios ético-jurídicos que o mesmo acarreta, iniciámos este estudo pela abordagem do tema da personalidade e da respetiva possibilidade de esta se estender ao nascituro.

Assente a ideia de que o nascituro é já pessoa humana – e por isso merecedor desde o período pré-natal de uma proteção integral por parte do ordenamento jurídico<sup>124</sup> – a questão que nos propusemos debater foi a de perceber se a estatuição do art. 66.º, n.º 1 do CC, que faz depender do nascimento a aquisição da personalidade, poderá ou não conhecer algumas exceções. Do nosso ponto de vista a resposta será afirmativa isto porque, e tal como professa ORLANDO DE CARVALHO, a “(...) personalidade jurídica não surge *ex abrupto* com o nascimento, sendo antes de *formação progressiva*. Assim, a tutela da personalidade jurídica abarca a defesa do indivíduo no período intra-uterino – donde, se presume que o direito à indemnização por lesões pré-natais se vai, bem assim, constituindo paulatinamente.”<sup>125</sup>.

Assim, reconhecer a personalidade jurídica do nascituro implicará, consequentemente, reconhecer-lhe as posições jurídicas em cuja titularidade há interesse e cuja violação ditará o seu ressarcimento<sup>126</sup>.

Por essa razão, acreditamos que a personalidade jurídica se deve estender ao período pré-natal permitindo ao nascituro ser encabeçado de um conjunto de direitos que, futuramente, lhe vão permitir peticionar uma indemnização no âmbito das ações de *wrongful life*.

Porém, acolher esta tese é apenas um dos pressupostos para que se aceitem as ações em quesito. Como vimos, também a previsão legal 142.º, n.º 1, al. c) do CP, contribui, na nossa perspetiva, para esse objetivo.

---

<sup>124</sup> Neste sentido MANUEL CARNEIRO DA FRADA afirma que “Essa tutela da vida, beneficiando todo o ser humano, tem de ser integral e não pode restringir-se ao período posterior ao nascimento. (...). Há na nossa ordem jurídica uma regra básica, constitucionalmente assegurada, segundo a qual todo o ser humano é pessoa e reconhecido como tal, fruindo a sua vida de proteção por imperativo constitucional.” CARNEIRO DA FRADA, 2010, p.314.

<sup>125</sup> ORLANDO DE CARVALHO *apud* FIGO, 2013, p.100.

<sup>126</sup> FIGO, 2013, p.129.

Nessa medida, entendemos que a estatuição deste tipo legal como fundamento lícito para interromper a vida de um nascituro portador de grave doença ou mal formação só fará sentido se, simultaneamente, for admitida à criança que nasceu nessas condições ver restituída a sua posição.

A afirmação deste ponto de vista resulta, necessariamente, da afirmação dos preceitos constitucionais da igualdade e dignidade, impedindo quaisquer discriminações com base na deficiência humana, objetivo primordial da CDPD<sup>127</sup>. Garantir a estas crianças uma indemnização será garantir-lhes “(...) o direito a uma vida plena e decente em condições que garantam a sua dignidade, favoreçam a sua autonomia e facilitem a sua participação activa na vida da comunidade.”<sup>128</sup>.

No entanto, estas crianças, vendo-lhes reconhecidos todos os pressupostos acima referidos, terão ainda de ultrapassar a querela da responsabilidade civil, seja na vertente contratual, seja na vertente extracontratual. Como vimos, para que essa intenção logre sucesso, é necessário que se preencham os cinco requisitos da responsabilidade civil.

No que respeita à posição do nascituro relativamente à relação contratual estabelecida entre o médico e a grávida, marcada por uma omissão voluntária por parte do médico dos deveres legalmente contratados, aludimos supra que a criança será tida como um terceiro para esses efeitos. Fugindo aos quadros tradicionais da responsabilidade civil, o contrato com eficácia de proteção para terceiros afigura-se como uma relação dual provida de deveres principais, secundários e acessórios recíprocos, onde o devedor tem o ónus de proteger terceiros.

Ora, aplicando esta tipificação legal ao caso em estudo, é certo que o nascituro, apesar de terceiro, é um interessado direto de tudo aquilo quanto for estabelecido entre as primitivas partes. SINDE MONTEIRO explica que “não parece existir qualquer objeção séria à eficácia em relação a terceiros, quando é desde o início claro que o conselho ou informação se destinam em primeira linha a influenciar a decisão de pessoa diferente do parceiro contratual”<sup>129</sup>. Daí que possamos acolher a tese, também ela defendida por PAULO MOTA PINTO<sup>130</sup>, de que este será um exemplo paradigmático do contrato com eficácia de proteção para terceiros, tendo o nascituro uma posição atendível e legítima no momento da responsabilização pelo incumprimento ou pelo cumprimento defeituoso.

---

<sup>127</sup> Cfr. Art. 4.º, n.º 1 da CDPD, disponível em [www.ministeriopublico.pt](http://www.ministeriopublico.pt), consult. 18/01/2022.

<sup>128</sup> Cfr. Art. 23.º, n.º 1 da CDC.

<sup>129</sup> MONTEIRO, 1989, p. 523.

<sup>130</sup> MOTA PINTO, 2007, p. 933.

No âmbito extracontratual, relativamente à ilicitude, vimos que esta se traduz na contrariedade e inobservância por parte do médico das regras que lhe são deontologicamente impostas. Uma vez que este acompanhamento médico é feito durante a gravidez, o que aqui se impõe ao profissional de saúde é que este realize o DPN, à luz dos conhecimentos científicos à data, para que dessa forma possa informar, com a verdade possível<sup>131</sup>, os pais relativamente ao estado da gestação<sup>132</sup>. Considerando o exposto, e sendo o nascituro um terceiro nesta relação, cremos que os deveres de informação visam proteger simultaneamente a mãe e a própria criança, que nada mais é do que a principal visada.

Um argumento muitas vezes utilizado para fundamentar a ilicitude do comportamento do médico é a invocação de um direito à não existência. No Ac. do STJ de 17/01/2013, o douto tribunal pronunciou-se sobre esta questão alegando que considerar um direito à não existência seria contrariar os preceitos 1.º, 24.º e 25.º da CRP relativos à “proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do “ser”, quer na vertente do “não ser””<sup>133</sup>. Esta decisão contou com o voto de vencido do Conselheiro PIRES DA ROSA que, na sua declaração, salientou o facto de não fazendo apelo a um direito à não existência, admite-o em tese, desde que o legislador previu a não punibilidade da gravidez, deixando o bem vida na disposição dos homens. Não obstante, considera que esta é uma alegação totalmente desnecessária para que o pressuposto da ilicitude seja preenchido.

Quanto a nós, acreditamos que a sugestão de um tal direito preconiza uma discussão seriamente questionável, que nada mais é do que uma tentativa forçada de desconsiderar a questão fundamental que aqui se impõe – o direito da criança a ser ressarcida por uma vida de dor e sofrimento. Este direito, a nosso ver, decorre, como temos vindo a referir, da violação das *legis artis* e dos deveres de informação<sup>134</sup>.

Para que o facto voluntário e ilícito do médico lhe possa ser imputado, é necessário que este tenha agido com culpa, seja na vertente dolosa ou negligente. Nas hipóteses que

---

<sup>131</sup> A medicina é uma ciência em constante evolução dependente dos avanços científicos, pelo que a verdade de hoje poderá não ser a verdade do amanhã. Nessa medida, impõem-se que a prática médica seja constantemente atualizada de modo a diminuir a margem de erro. Cfr. Art. 4.º, n.º 8 do CDOM.

<sup>132</sup> A este respeito MARLENE CARDEIRA invoca que “Desta forma o médico não terá apenas o dever de propor a realização de exames de diagnóstico pré-natal, como terá o dever de os realizar de forma diligentemente e ainda de informar de forma correta quanto aos seus resultados”. CARDEIRA, 2022, pp. 1371 e 1372.

<sup>133</sup> Ac. do STJ de 17/01/2013, Relator Ana Paula Boularot, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>134</sup> Relembrar que relativamente aos deveres de informação e à ilicitude, desenvolvemos no ponto 4.1.2.

ora tratamos, a culpa do médico será aferida à luz dos conhecimentos, diligências e cuidados que seria expectável que um outro médico tivesse na sua posição<sup>135</sup>. Como *in casu* este tipo de ações se prende com a não realização ou a análise deficiente do DPN, é possível depreender que, na grande maioria dos casos, as patologias do nascituro já seriam visíveis ao tempo desse diagnóstico, pelo que podemos concluir que o médico atuou com negligência. Assim, na vertente contratual terá de ser o médico a fazer prova do seu cumprimento (arts. 799.º e 350.º, n.º 1 do CC), ao passo que na vertente extracontratual recairá sobre a criança a demonstração da negligência (arts. 342.º e 487.º, n.º 1 do CC).

Relativamente ao dano, e considerando que os argumentos geralmente apresentados nesta sede já se encontram ultrapassados<sup>136</sup>, reiteraremos que a propositura destas ações é justamente a afirmação de que a criança está viva e é um sujeito de direito<sup>137</sup>. Nestes casos, e contrariamente ao que vem sendo apontado, entendemos que o dano não é o da concreta vida, mas antes o sofrimento que aquele nascimento representa para a criança. Isto é, um sofrimento de tal modo limitador e incapacitante que o que se pretende é atribuir à criança uma compensação por toda a dor que terá de suportar. Para tal, a indemnização terá como único e principal objetivo proporcionar à criança todos os meios para que o seu sofrimento seja mitigado.

A nosso ver, também o pressuposto do nexo de causalidade se encontra superado por meio da teoria da causalidade adequada que nos permite concretizar que, na eventualidade das *legis artis* e dos deveres de informação serem cumpridos, poderiam os pais tomar uma decisão consciente e esclarecida relativamente ao futuro daquela gestação. Portanto, apesar de o comportamento do médico não ser concludente com o resultado danoso, nem por isso deixa de ser determinante para o desencadear<sup>138</sup>.

Por conseguinte, é notório que o instituto da responsabilidade civil será um meio adequado a combater os desafios propostos pelas ações de *wrongful life*<sup>139</sup>, seja contratual ou extracontratualmente.

---

<sup>135</sup> RAPOSO, 2010, p.86. No que respeita à atuação médica enquanto atividade exercida de acordo com as *legis artis* e os conhecimentos científicos à data, importa atender ao disposto no art. 4.º, n.º 1 e 8 do CDOM.

<sup>136</sup> Cfr., neste sentido, o desenvolvido no ponto 4.1.4.

<sup>137</sup> ROCHA, 2018, p.16.

<sup>138</sup> *Idem*, 2018, p.19.

<sup>139</sup> Discordando com o instituto da responsabilidade civil como a solução para este tipo de ações, MANUEL CARNEIRO DA FRADA admite que cabe à ordem jurídica e aos juristas a busca de uma resposta adequada de modo que as necessidades dos sujeitos nestas condições sejam atendidas. CARNEIRO DA FRADA, 2008, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>, consult. em 1/03/2023.

Por tudo o exposto, e sendo a questão da dignidade das pessoas um tema tão badalado nos nossos dias, acreditamos que o melhor caminho será aquele em que o Direito reconheceria a devida importância às crianças que, sem culpa nenhuma, vivem uma vida de sofrimento. Acolhendo por completo as palavras do Conselheiro PIRES DA ROSA “Indignidade será, a meu ver, não lhe possibilitar pela via indenizatória uma quantia que lhe permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de uma forma mais ... digna.”<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Ac. do STJ de 17/01/2013, Relator Ana Paula Boularot, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## CONCLUSÃO

Chegados aqui, foi nosso objetivo com a presente dissertação alertar para a necessidade de serem tidas em consideração as ações de *wrongful life* à luz daquelas que são as primeiras e principais lesadas – as crianças. Para tal, pretendemos abordar um conjunto de temas que, na nossa perspectiva, contribuem ativamente para que esta questão seja equacionada, dada a especial sensibilidade que lhe é inerente.

Um desses temas, e o primeiro a ser referido, foi o da personalidade jurídica, consagrada no art. 66.º, n.º 1 do CC, que faz depender a sua aquisição do nascimento completo e com vida. Todavia, e não obstante esta previsão, acreditamos que devem existir exceções a este preceito, podendo a personalidade jurídica estender-se à fase pré-natal.

Prosseguimos o nosso estudo com a breve invocação dos tipos de *wrong actions*, definindo, sucintamente, cada uma delas. Dada a especialidade do nosso trabalho, centramos a nossa atenção nas ações de *wrongful life*. Ainda neste capítulo, procedemos à análise da Lei da IVG, em particular do art. 142.º, n.º 1, al. c) do CP, ou seja, dos casos em que o fundamento seja o da *grave doença ou malformação congénita*. Concluímos que é difícil perceber a diferença de tratamento desta previsão legal como justificação bastante para terminar uma vida ainda em gestação, porém, já não ser um motivo suficiente para que, no âmbito das ações em estudo, sejam consideradas indemnizações por uma vida de sofrimento vivida nesses precisos termos. Com esta consideração, não advogamos que a vida desta criança é indigna ou que, no limite, não merece ser vida. Ao invés, cremos que indigno será não proporcionar à lesada a única hipótese de alcançar uma existência, na medida do possível, ausente de qualquer sofrimento.

Para além de esta ser uma questão intimamente ligada com os princípios da dignidade e da igualdade, previstos, a nível interno, na CRP, vimos que existe uma estreita relação com diploma internacional da CDC, do qual o estado português é signatário. Sob a orientação primacial do princípio do superior interesse da criança, eleva-se a criança a um estágio de progressiva independência. Reconhece-se-lhe capacidade de defender os seus direitos e de aferir aquilo que considera ser o melhor para si, limitando o papel dos pais e do Estado nas suas escolhas.

Enquadradas no âmbito do Direito Privado, tentámos perceber se o instituto da responsabilidade civil seria idóneo a solucionar este arquétipo jurídico, como meio apto

a responsabilizar o médico pela sua atuação negligente. Da análise dos seus pressupostos pudemos retirar que todos se encontravam preenchidos, pelo que recorrer a este instituto será o caminho correto a seguir.

No Capítulo V debruçámo-nos sobre as ações de *wrongful life* ao nível externo, nomeadamente, EUA, na Grã-Bretanha, na França e na Alemanha, examinando o seu progresso e realçando pequenas iniciativas que têm sido tomadas em prol da sua admissibilidade.

Terminámos o trabalho com a apresentação da nossa posição face ao tema, apontando os argumentos que, do nosso ponto de vista, sustentam aquela que acreditamos ser a única solução possível – a admissibilidade das ações de *wrongful life*.

## ANEXOS

(1) Chapter 613.15B, n.º 2 “A cause of action shall not arise and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on a wrongful life claim that, but for an act or omission of the defendant, the person bringing the action would not or should not have been born”, disponível em <https://www.legis.iowa.gov/docs/ico/chapter/613.pdf>.

(2) Chapter 613.15B, n.º 3 “a. A civil action for damages for an intentional or grossly negligent act or omission, including any act or omission that constitutes a public offense.”, disponível em <https://www.legis.iowa.gov/docs/ico/chapter/613.pdf>.

(3) Chapter 613.15B, n.º 3 “b. A civil action for damages for the intentional failure of a physician to comply with the duty imposed by licensure pursuant to chapter 148 to provide a patient with all information reasonably necessary to make decisions about a pregnancy.”, disponível em <https://www.legis.iowa.gov/docs/ico/chapter/613.pdf>.

(4) 60-1906 (b) Nothing in this section shall be deemed to create any new cause of action, nor preclude any otherwise proper cause of action based on a claim that, but for a person's wrongful action or omission, the death or physical injury of the mother would not have occurred, or the handicap, disease or disability of an individual prior to birth would have been prevented, cured or ameliorated in a manner that preserved the health and life of such individual, disponível em [https://www.ksrevisor.org/statutes/chapters/ch60/060\\_019\\_0006.html](https://www.ksrevisor.org/statutes/chapters/ch60/060_019_0006.html).

(5) Chapter 21§2931 “3. Birth of unhealthy child; damages limited. Damages for the birth of an unhealthy child born as the result of professional negligence are limited to damages associated with the disease, defect or disability suffered by the child”, disponível em <https://www.mainelegislature.org/legis/statutes/24/title24sec2931.html>.

(6) 145.424 Subd.3. “Nothing in this section shall be construed to preclude a cause of action for intentional or negligent malpractice or any other action arising in tort based on (...) the negligent conduct of another, tests or treatment would have been provided or would have been provided properly which would have made possible the prevention, cure, or amelioration of any disease, defect, deficiency, or disability (...)”, disponível em <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/145.424>.

(7) 145.424 Subd.3. “The failure or refusal of any person to perform or have an abortion shall not be a defense in any action, nor shall that failure or refusal be considered

in awarding damages or in imposing a penalty in any action.”, disponível em <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/145.424>.

(8) 600.2971 (4) “The prohibition stated in subsection (1), (2), or (3) does not apply to a civil action for damages for an intentional or grossly negligent act or omission, including, but not limited to, an act or omission that violates the Michigan penal code, 1931 PA 328, MCL 750.1 to 750.568.”, disponível em <https://law.justia.com/codes/michigan/2020/chapter-600/statute-act-236-of-1961/division-236-1961-29/section-600-2971/>.

(9) Section 1, n.º 1 “(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped”, , disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1/2022-08-30>.

(10) Art. 1.º, n.º 1 “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance”, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015/2003-07-22/>.

(11) Art. 1.º, n.º 1 “(...) les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap” disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015/2003-07-22/>.

(12) “Le législateur français a ainsi privé les requérants d’une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par le Conseil d’Etat”, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-%201464002-1529999#%22itemid%22:\[%22003-1464002-1529999%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-%201464002-1529999#%22itemid%22:[%22003-1464002-1529999%22]}).

## BIBLIOGRAFIA

ARCHARD, DAVID, "Wrongful Life", *Philosophy*, Vol. 79, N.º 309, Jul/2004, pp. 403-420.  
<https://www.jstor.org/stable/3751888>, consult. em 28/Fev/2023.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE (1992) - *Lições de Direitos da Personalidade*, Coimbra Editora.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE - "O início da pessoa humana da pessoa jurídica", *Revista da Ordem dos Advogados*, (2001), pp. 1257-1268.

CANOTILHO, J.J. GOMES E VITAL MOREIRA (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.º edição, Coimbra Editora.

CAPELO DE SOUSA, RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO (1995) - *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora.

CARDEIRA, MARLENE FILIPA SOARES – “WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE - O REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL”, *RJLB*, Ano 8 (2022), n.º 2, pp. 1349-1405.

CARVALHO FERNANDES, LUÍS e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (2014) – “Comentário ao Código Civil: parte geral”, Universidade Católica Editora.

COSTA, ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA – “Aborto e Direito Penal - Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez”, *Separata da Revista Da Ordem dos Advogados*, Ano 44 (1984), Coimbra Editora, Lisboa, Dezembro 1984

DIAS, JORGE FIGUEIREDO (1999) - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora.

FIGO, TIAGO (2013) - *Tutela Juscivilística da vida pré-natal - O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Editora.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA - "A Proteção juscivil da vida pré-natal", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70 (Jan./ Dez. 2010), pp. 299 - 323.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - "A Própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, vol. 1 (2008), <http://www.oa.pt/Conteúdos/Artigos/>, consult. em 15/Nov/2016.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD (2003) - *A parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina.

LIMA, PIRES DE E ANTUNES VARELA (1997) - *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.º edição, Coimbra Editora.

MARREIROS, GUILHERMINA (2001) - *Estudos Em Homenagem A Cunha Rodrigues, A Criança, o Direito e os Direitos*, Volume II, Coimbra Editora, pp. 291 - 324.

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE (1989) - *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina.

MORILLO, ANDREA MACÍA (2003) - *La Responsabilidad por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales, (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Madrid, Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madrid.

MORILLO, ANDREA MACÍA – "EL TRATAMIENTO DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE A LA LUZ DE LA NUEVA LEY SOBRE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 23, I (2011), pp. 83 – 89.

PAIS, MARTA SANTOS – "A Convenção dos Direitos da Criança - um marco decisivo na promoção dos direitos humanos e na construção de um mundo livre de violência", *Revista do CEJ*, II (2019), pp. 119 a 132.

PEREIRA, RUI CARLOS (1995) - *O Crime de Aborto e a Reforma Penal*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

PIMENTA, RAFAELA DE ARAGÃO (2017) - *As lesões pré-natais - Reflexão acerca da (eventual) tutela penal da integridade física pré-natal*, Dissertação em Mestrado Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA (2005) - *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4.º edição, 2005, Coimbra Editora

PINTO, PAULO MOTA (2007) - *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume III, Coimbra Editora.

RAPOSO, VERA LÚCIA - "As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21 (2010), pp. 61-99.

RAPOSO, VERA LÚCIA (2013) - *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina.

ROCHA, PAULA NATÉRCIA - "Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação", *JULGAR Online*, novembro de 2018, pp. 1-21.

ROSA, JOÃO PIRES DA - "Não Existência - um direito", *JULGAR*, 21 (2013), pp. 47-55.

SANTOS, AGOSTINHO DE ALMEIDA, MICHEL RENAUD E RITA AMARAL CABRAL, "Procriação Medicamente Assistida", Julho de 2004, [www.cneqv.pt](http://www.cneqv.pt), consult. 20/Dez/2022.

SCOTT, ROSAMUND, "RECONSIDERING "WRONGFUL LIFE" IN ENGLAND AFTER THIRTY YEARS: LEGISLATIVE MISTAKES AND UNJUSTIFIABLE ANOMALIES", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 72, N.º. 1, Mar/2013, pp. 115-154 <https://www.jstor.org/stable/41819977>.

SILVA, MARTA SANTOS (2013) - *(IN)ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES POR “VIDA INDEVIDA” NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA*, Direitos de Personalidade e a Sua Tutela, Manuel da Costa Andrade, Vol. I, Letras e Conceitos, pp. 119-147.

SOUSA, FILIPE VENADE DE (2018) - *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento Jurídico Português, Contributo para a Compreensão do Estatuto Jusfundamental*, Almedina.

TELES, INOCÊNCIO GALVÃO (1997) - *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE (2017) - *Direito de Personalidade*, Almedina.

## **JURISPRUDÊNCIA**

Ac. do STJ de 4 de junho de 2020, Relator Francisco Caetano, Processo n.º 43/16.2GTBJA.E1.S1, disponível em [www.direitoemdia.pt](http://www.direitoemdia.pt).

Ac. do STJ de 12 de março de 2015, Relator Helder Roque, Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. do STJ de 17 de janeiro de 2013, Relator Ana Paula Boularot, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. do STJ de 24 de maio de 2011, Relator Helder Roque, Processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. do TC n.º 25/84, de 4 de abril de 1984, Relator Conselheiro Costa Aroso, Processo n.º 38/84, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Ac. do TRP de 01/03/2012, Relator Filipe Carço, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Evie Toombes v. Dr Philip Mitchell, Case No: QB-2019-001503, Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL (21/12/2020), disponível em <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2020/3506.html>.

Park v. Chessin (1977) 60 A.D.2d 80 [400 N.Y.S.2d 110], disponível em <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1>.

*Roe v. Wade* (1973), 410 U.S. 113, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>.

DRAON c. FRANCE et MAURICE c. FRANCE, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, (6/10/2005), disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-%201464002-1529999#{%22itemid%22:\[%22003-1464002-1529999%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-%201464002-1529999#{%22itemid%22:[%22003-1464002-1529999%22]}).