

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

**Pretensões de *Wrongful Life*:
Uma *Alternativa* aos Quadros
Tradicionais da Responsabilidade Civil?**

Lusa Pinto César Correia de Paiva

Mestrado Forense

Orientação: Prof. Doutora Joana Vasconcelos
Co-orientação: Prof. Doutor Jorge Pinto Furtado

Lisboa, 2 de Maio de 2011

*“Law is an artefact and, if social justice requires that there
should be a remedy given for a wrong, then logic
should not stand in the way.”*

THE LAW COMMISSION FOR ENGLAND AND WALES,
Report on Injuries to Unborn Children, 1974

ADVERTÊNCIA E MODO DE CITAR

As indicações de preceitos legais sem referência da fonte legislativa correspondem ao Código Civil Português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, na redacção em vigor em 2 de Maio de 2011.

As referências bibliográficas são citadas pelo autor, título, local de publicação, editora, data e página. Na primeira citação, a obra aparece com todas estas referências, ao passo que nas seguintes surge o nome do autor acompanhado pela abreviatura *op. cit.*, a que se segue a indicação da página.

No final do trabalho, surge uma lista de bibliografia final e fontes utilizadas, em que se apresenta a bibliografia consultada e citada com menção de todos aqueles elementos.

Índice

1. Introdução	5
1.1.Colocação do problema	5
1.2.Delimitação do objecto do estudo	7
2. Enquadramento histórico e comparação de soluções de diversas Ordens Jurídicas	11
2.1.Estados Unidos da América	12
2.2.Reino Unido	15
2.3.Alemanha	17
2.4.Holanda.....	20
2.5.França	22
2.6.Portugal.....	28
3. <i>Wrongful life</i>: acção social ou responsabilidade civil?	31
4. Pressupostos da responsabilidade civil	34
4.1.O facto voluntário do agente.....	35
4.1.1. Aspectos introdutórios referentes ao acto e responsabilidade médica.....	35
4.1.2. O acto médico constitutivo do facto voluntário do agente	43
4.2.Ilicitude	45
4.3.Culpa.....	49
4.4.Dano	54
4.5.Nexo de causalidade	66
5. Posição adoptada: uma <i>alternativa</i> aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?	68
6. Conclusões	79
Bibliografia	83

1. Introdução

1.1. Colocação do problema

O instituto da responsabilidade civil é regulado pelo Código Civil (doravante, CC) nos seus artigos 483 e seguintes, Livro II, que se refere ao Direito das Obrigações. Esta figura assume uma incontestável relevância prática e teórica na criação de vínculos obrigacionais. Apesar da sua longevidade, são ainda várias as questões que se levantam no seu âmbito e com as quais se debatem a doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras.

O presente trabalho, cuja temática se situa no domínio do referido instituto, pretende estudar uma questão prática e jurisprudencial que se vem colocando com alguma frequência nas últimas décadas: a admissibilidade das acções por *wrongful life*, enquanto nova fonte de responsabilidade civil, à luz do Direito português.

Estas famosas e peculiares acções pretendem integrar a responsabilização médica¹ no âmbito de um diagnóstico pré-natal negligentemente efectuado, conduzido ou comunicado, conforme concretizaremos mais à frente.

¹ Utilizamos o termo “responsabilização médica”, aqui, em sentido amplo, por forma a abranger não apenas médicos, mas também outros profissionais de saúde e pessoal hospitalar ou instituições. No mesmo sentido, FERNANDO PINTO MONTEIRO, *Direito à não existência, direito a não nascer*, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 – Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 2006, p. 135, nota (3), VANESSA CARDOSO CORREIA, *Wrongful Birth e Wrongful Life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar in Direito da Saúde e Biodireito*, Subjude: Justiça e Sociedade, nº 38, Janeiro – Março 2007, p. 101 e PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 916 e também, ANDREA MORILLO, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, em *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, nº 27, 2007, p.16. Isto devido à circunstância de, conforme foca ÁLVARO RODRIGUES, “*Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos*

De inegável actualidade, a questão tem-se levantado variadas vezes junto dos tribunais estrangeiros, o que levou ao surgimento de hesitações e incertezas, tanto entre a jurisprudência como entre a doutrina internacionais. Esta circunstância originou um esforço de teorização e análise da questão por parte da doutrina portuguesa, apesar de a problemática só se ter colocado uma única vez junto dos tribunais nacionais². Não obstante a parca análise jurisprudencial da questão, o interesse, dedicação e empenho com que a doutrina portuguesa³ procedeu à apreciação crítica do problema e à tentativa da sua solução são de louvar.

Poderia pensar-se – como, num momento inicial, nós próprios pensámos – que a existência de uma tão vasta investigação doutrinária do tema retiraria o interesse à sua análise. No entanto, é evidente que são ainda várias as dúvidas e perplexidades que uma questão tão polémica quanto a presente levanta.

Médicos”, em *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2005, p. 171, o evento danoso ser, “frequentemente, resultado de uma complexa actividade de uma equipa médica”.

² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001, Processo n.º 01A1008 disponível em www.dgsi.pt ou na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, 2001-2002, n.º 3933, pp. 371-377.

³ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001 e *Procriação medicamente assistida e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)*, em *RLJ*, ano 134, 2001, pp. 377 e ss. e *Portuguese Case Note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 220-224, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 203-223, FERNANDO PINTO MONTEIRO, *op.cit.*, pp. 131-138, CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, pp. 101-108, PAULO MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 915-946, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral, Tomo III – Pessoas*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, n.º 103, pp. 324-332 e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite*, em *Revista de Ordem dos Advogados*, 2008, I, pp. 215 e ss.

O facto de já alguns autorizados civilistas terem procedido à análise deste problema não deverá, no entanto, servir de desincentivo. Pelo contrário, devemos olhar tal circunstância como um estímulo, e, baseando-nos nos ensinamentos desses grandes teóricos, daí partir para um tratamento próprio da questão.

Assim, o nosso objectivo é dar um breve contributo crítico para a análise doutrinária do enquadramento e admissibilidade deste tipo de acções judiciais em Portugal, tentando encontrar alternativas aceitáveis de resolução do problema.

É tarefa de extrema dificuldade proceder à apreciação de um tema com o presente de forma isenta e imparcial. Nomeadamente, sem nos deixarmos influenciar por emoções, sentimentos, concepções filosóficas ou convicções religiosas. Não obstante, faremos o esforço de levar a cabo um análise da questão da forma mais independente que nos for possível, sempre de acordo com os valores éticos enraizados na nossa consciência.

1.2. Delimitação do objecto de estudo

São várias as questões éticas e jurídicas que surgem na investigação de um tema como as *wrongful actions*, mas, antes de nos embrenharmos nos seus meandros, há que fazer um esforço de delimitação do que será o objecto da presente dissertação, uma vez que, dentro daquele conceito mais lato, cabem diversos tipos de acções judiciais.

Com efeito, dependendo da legitimidade activa e da configuração concreta da causa de pedir, desenham-se vários tipos de *wrongful actions*. Pese embora o facto de não existir uma demarcação uniforme e rígida, certa doutrina⁴, que subscrevemos, divide

⁴ MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 916, também DIAS PEREIRA, *op.cit.*, pp. 376-377 e nota (848), se refere expressamente a esta delimitação de conceitos, embora adoptando uma divisão mais genérica entre apenas dois tipos de acção: *wrongful birth* e *wrongful life*. A maioria da doutrina portuguesa adopta igualmente esta divisão, *vide* FERNANDO ARAÚJO, *op.cit.*, pp. 84-86, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op.cit.*, pp. 378-379, JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal, op.cit.*, pp. 500-502 e *Procriação assistida (...)*,

este tipo de acções em três grupos: as acções de *wrongful conception*, de *wrongful birth* e de *wrongful life*.

Comum a todos os tipos de acção é a existência de danos verificados em caso de concepção ou nascimento indesejados de uma criança⁵.

As acções de *wrongful conception* consistem em acções intentadas pelos progenitores, tendo por base uma gravidez indesejada ou em virtude do nascimento não planeado de uma criança saudável, resultado de uma falha médica⁶.

As acções de *wrongful birth* são acções interpostas pelos progenitores contra os profissionais de saúde que os acompanharam, por estes, actuando negligentemente, os terem privado de informações relevantes acerca do estado de saúde do feto, informações essas que, se tivessem sido prestadas (ou prestadas correctamente), teriam permitido aos pais recorrer a uma interrupção voluntária da gravidez⁷, evitando assim o nascimento de uma criança afectada por malformações graves.

Finalmente, nas acções de *wrongful life*, é a própria criança a demandar os profissionais de saúde, requerendo uma indemnização por danos próprios, devido ao facto de ter nascido portadora de graves deficiências. A criança (representada,

op.cit., pp. 380-381. Apesar de a maioria doutrinária proceder à divisão em dois grupos, julgamos ser mais adequada a divisão defendida uma vez que a acção de *wrongful conception* tem contornos próprios, os quais justificam a sua autonomização.

⁵ Conforme nota MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 915.

⁶ Em resultado de uma esterilização ou de uma interrupção da gravidez falhadas. DIAS PEREIRA, p. 376, nota (848), refere que estes casos “relacionam-se com o problema da revelação dos riscos em operações *d’agrément* como é o caso da esterilização pura. (...) existe o dever de esclarecer os riscos de ineficácia da esterilização. A função sancionatória da responsabilidade civil e a teoria da diferença (art. 562) justificam que os pais tenham o direito a exigir uma indemnização”. Concordamos inteiramente com esta tomada de posição, razão pela qual não desenvolveremos as questões relacionadas com estas acções nesta sede.

⁷ Ao abrigo do art. 142, n.º 1, al.c) do Código Penal.

normalmente, pelos seus pais^{8 9)} alega que, apesar de o médico não ter directamente causado a deficiência de que padece, verifica-se que não a detectou ou não informou os pais convenientemente sobre a mesma. Assim, entende dever ser ressarcida pelo facto de ter nascido com graves malformações já que, se o profissional de saúde tivesse adoptado o comportamento lícito alternativo (informando convenientemente os pais da sua deficiência, não violando, assim, o seu dever de diligência), então não teria chegado a nascer, na medida em que os pais teriam optado por interromper voluntariamente a gravidez.

Apenas constituirão objecto do presente estudo este último tipo de acções referido, as acções de *wrongful life*. A nossa decisão de circunscrever a análise apenas a este caso prende-se especialmente com o facto de serem estas as que suscitam maiores perplexidades e espanto tanto à doutrina como aos tribunais de diversos países, quando chamados a apreciar e decidir sobre um pedido com semelhantes contornos. A aliar a esta circunstância está o grande interesse que esta problemática nos suscita.

Resta, por último, proceder apenas a uma nota terminológica e que se relaciona com a inadequação da nomenclatura utilizada para descrever estas acções, circunstância esta sublinhada por variados autores¹⁰. No entanto, apesar de poder indicar substancialmente mais do que está em causa neste tipo de acções, causando alguns equívocos e levando os tribunais e a doutrina a alongarem-se em discussões de carácter metafísico sobre o valor da vida¹¹, escolhemos manter a expressão original, por variadas razões. Porque é a

⁸ Conforme prescrito pelo regime geral de suprimento da incapacidade civil por menoridade, cf. arts. 123 e 124 CC e ainda, relativamente ao poder paternal, art. 1877 e ss., e especificamente quanto ao poder de representação dos filhos, art. 1881 CC.

⁹ O STJ, no seu acórdão de 19 de Junho de 2001, *op.cit.*, p. 377, analisou a questão da legitimidade dos pais para interpor este tipo de acções em representação dos filhos. Mais à frente analisaremos a pertinência das suas conclusões e dos argumentos invocados.

¹⁰ Veja-se, a este propósito, FERNANDO ARAÚJO, *op.cit.*, pp. 96 e 100, muito crítico das expressões utilizadas e propondo as expressões “nascimento indevido” e “vida indevida” e MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 917- 918.

¹¹ HARVEY TEFF, *The Action for Wrongful Life in England and the United States*, em *International and Comparative Law Quarterly*, nº 34, Issue 3, Julho 1985, p. 427, refere que “the

expressão mais utilizada e difundida para descrever esta espécie de pedidos na doutrina e jurisprudência dos diversos países, porque cremos que é a que tem maior poder expressivo¹² e porque foi esta a denominação que estas acções receberam originariamente, aquando do seu surgimento, nos Estados Unidos da América.

Desde que, como adverte certa doutrina nacional¹³, se tenha sempre presente qual a questão discutida e o que se encontra em causa nestas acções, a terminologia não deverá constituir-se como qualquer barreira à busca de uma resposta justa e aceitável aos problemas levantados por estas acções judiciais.

emotive labels “wrongful life” and “wrongful birth” have themselves contributed to the revulsion, colouring judicial reaction by their implicit denigration on life”.

¹² MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 325-326, nota (1177).

¹³ MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 918.

2. Enquadramento histórico e comparação de soluções de diversas ordens jurídicas

A rápida evolução que se verificou, nas últimas décadas, em todos os campos da ciência médica, e nomeadamente, no do acompanhamento pré-natal da mulher grávida e do seu feto, com a possibilidade, entre inúmeras outras, de recorrer a aconselhamento genético, e a técnicas de exame e diagnóstico *in utero* como a amniocentese, vem alterar a concepção de risco existente e também os termos mais restritos em que era estabelecida a responsabilidade médica anteriormente¹⁴.

Com efeito, se estão já disponíveis meios e tecnologias avançadas que permitem um melhor e mais precoce diagnóstico de doenças genéticas e malformações fetais, então é compreensível que tenha aumentado a exigência de uma actuação diligente e conforme às *leges artis* por parte dos profissionais de saúde. Este aumento da exigência relativamente à actuação médica, aliado a uma alteração de mentalidades, a uma proliferação de meios de controlo de natalidade e ainda às recentes permissões legais de interrupção voluntária da gravidez (dentro de certos limites), vieram originar o crescimento de acções judiciais intentadas contra médicos e instituições de prestação de cuidados de saúde, em que é alegada a negligência dos mesmos no tratamento de doentes¹⁵.

Todas estas circunstâncias tiveram como consequência o surgimento e proliferação das acções por *wrongful life*, em que é, geralmente, invocada uma conduta médica negligente, no âmbito do aconselhamento genético ou do diagnóstico pré-natal.

Desta forma, o profissional de saúde, ao não cumprir correctamente o seu dever de informação, não permitiu aos pais escolherem livre e informadamente sobre a

¹⁴ TEFF, *op.cit.*, p. 423.

¹⁵ HARRY F. KLODOWSKI JR., *Comment - Wrongful life and a fundamental right to be born healthy: Park v. Chessin; Becker v. Schwartz in Buffalo Law Review*, nº 27, pp. 537-538.

possibilidade de interromper licitamente a gravidez, levando ao nascimento de uma criança gravemente deficiente.

O Supremo Tribunal de Justiça português só se pronunciou uma vez, e recentemente, sobre esta questão, pelo que, face à inexistência de mais decisões jurisprudenciais, em Portugal, sobre o assunto, um enquadramento histórico da evolução e resolução judicial destas acções tem, necessariamente, de se interligar com uma análise comparativa dos diferentes enquadramentos que as mais importantes ordens jurídicas estrangeiras deram a este polémico tema.

Creemos ser de inegável interesse para a nossa investigação, uma breve análise da solução dada às questões que este tema levanta, por outras ordens jurídicas. Não poderemos, nesta sede, analisar todas aquelas em que a questão se levantou, pelo que nos cingiremos às ordens jurídicas nas quais a questão foi analisada e debatida mais veementemente, esperando ter oportunidade de aprofundar este estudo de direito comparado futuramente.

Assim, faremos referência à equação do problema nos ordenamentos norte-americano, inglês, alemão, holandês e francês. Sem esquecer, no entanto, que a questão também foi discutida pelos tribunais austríacos, espanhóis e italianos, entre outros.

2.1. Os Estados Unidos da América¹⁶ foram o berço das acções de que presentemente nos ocupamos. Foi aqui que teve também origem a sua designação, por menos feliz que possa parecer, sendo no entanto de realçar que surgiu com um significado diferente¹⁷ daquele que lhe é atribuído actualmente.

¹⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal (...)*, *op.cit.*, p. 504, DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 379, nota (853), MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 918-919, CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, pp. 101 e 102, nota (9).

¹⁷ KLODOWSKI, *op.cit.*, p. 538, THOMAS KEASLER FOUTZ, *Comment -- Wrongful life: the right not to be born*, em *Tulane Law Review*, nº54, 1979-1980, pp. 485-486, TEFF, *op.cit.*, p. 425, CAREL J.J.M. STOLKER, *Wrongful life: the limits of liability and beyond*, em *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 1994, p. 521, entre vários outros autores, referem que foi relativamente ao caso *Zepeda v.*

Um dos mais conhecidos casos de *wrongful life* decididos por tribunais americanos (neste caso, pelo *New Jersey Supreme Court*) e que evidencia a sua tendência jurisprudencial para, num momento inicial, rejeitar estes pedidos, é o caso *Gleitman v. Cosgrove*¹⁸, cuja decisão data de 1967.

Esta acção foi interposta pelos pais de uma criança nascida com graves deficiências, em seu nome (a acção de *wrongful birth*) e também em representação do filho (acção de *wrongful life*). Esta criança nasceu com várias deficiências causadas por uma doença (rubéola) contraída pela mãe durante a gravidez, não tendo os médicos informado a mãe da probabilidade das sequelas de que o feto poderia vir a sofrer, em consequência da doença. Violaram, deste modo, o seu dever de informação para com o seu paciente.

O tribunal rejeitou a concessão de qualquer indemnização, tanto pelos danos sofridos pelos pais como pelos danos sofridos pela própria criança, considerando que conceder tal compensação seria contrariar a preciosidade da vida humana, que não foram os médicos que causaram tal deficiência e que é logicamente impossível comparar a vida com deficiência da criança com uma situação de não existência, pelo que não seria possível calcular o dano a indemnizar.

Em sentido diferente, é de referir a também famosa decisão do caso *Park v. Chessin*¹⁹, de 1977, em que foi considerado procedente um pedido por *wrongful life*,

Zepeda (1963), que esta expressão primeiro foi utilizada. Com contornos diferentes pois trata-se de um caso em que uma criança saudável interpõe uma acção de responsabilidade civil contra o seu pai biológico, tencionando ser indemnizada pelos danos que alega ter sofrido em virtude do seu estatuto de filho ilegítimo. Estas acções passaram, mais tarde, como refere a doutrina, a ser designadas como *dissatisfied life actions*, sendo, invariavelmente, rejeitadas pelos tribunais.

¹⁸ *Gleitman v. Cosgrove*, 49. N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967). Decisão referida por vária doutrina que analisou a resolução desta questão pelos tribunais americanos, cf., KLODOWSKI, *op.cit.*, pp. 540-541 e 542-543, TEFF, *op.cit.*, pp. 429-430, FOUTZ, *op.cit.*, p. 481, nota (11), fazendo ainda referência a outros casos anteriores a 1977 que recusam conceder indemnizações no âmbito destas acções e pp. 486 e ss e MICHAEL DAVIES, *Textbook on medical law*, London : Blackstone Press Limited, 1996, pp. 91 e ss.

¹⁹ KLODOWSKI, *op.cit.*, pp. 543 e ss., FOUTZ, *op.cit.*, pp. 480 e ss.

tendo sido concedida uma indemnização à criança por danos próprios sofridos. Parece ter este tribunal conceptualizado um direito fundamental da criança a nascer saudável, como ser humano inteiro e funcionante, muito criticado pela doutrina portuguesa²⁰.

Opostamente, um tribunal superior (*New York Court of Appeals*, em Dezembro de 1978) afastou esta jurisprudência, através da decisão do caso *Becker v. Schwartz*²¹, em que nega tal direito²², revogando a decisão do tribunal inferior que tinha observado a jurisprudência estabelecida no caso *Park v. Chessin*²³.

Já em 1980, é de sublinhar a decisão do caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*²⁴, a única até essa data a conceder indemnização numa acção por *wrongful life* pela generalidade dos danos sofridos.

No ordenamento jurídico norte-americano, alguns estados optaram por impedir por completo a proposição deste tipo de acções, através da aprovação de diplomas legislativos²⁵.

²⁰ V., p.ex., JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal*, *op.cit.*, p. 504.

²¹ Caso de uma criança nasceu com síndrome de *Down*. O risco de nascer uma criança afectada por este síndrome é maior na faixa etária em que se inseria a mãe (37 anos), mas os seus médicos não a informaram dessa possibilidade, assim como não a informaram da possibilidade de realizar uma amniocentese, exame que permitira detectar as deficiências da criança. Factos descritos por KLODOWSKI, *op.cit.* p. 544 e FOUTZ, *op.cit.*, p. 481.

²² V., p.ex., JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal*, *op.cit.*, p. 504.

²³ KLODOWSKI, *op.cit.*, pp. 544 e 549 e ss., FOUTZ, *op.cit.*, pp. 481 e ss.

²⁴ TEFF, *op.cit.*, p. 426, nota (23), MICHAEL DAVIES, *op.cit.*, pp. 179-180, este último autor refere que foi defendido neste caso que a base da acção de *wrongful life* é o facto de a criança existir e de estar a sofrer. Isto, devido à actuação negligente de outrem.

²⁵ De acordo com o referido por MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 920, nota (10), BERNARD DICKENS, *Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law in Legal Issues in Human Reproduction*, edited by Sheila McLean, Aldershot: Gower, 1989, p. 91, JEAN LOUIS BAUDOIN, *Wrongful life : un aperçu de droit compare in Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni*, n° 6, Europa,

No entanto, contrariamente à tendência jurisprudencial, há variados autores norte-americanos que demonstram uma grande abertura à aceitação deste tipo de acções, fazendo uma tentativa de ultrapassar as dificuldades tradicionalmente erigidas aos pedidos de *wrongful life*²⁶.

2.2. Também o Direito do Reino Unido merece referência²⁷ neste âmbito. Os tribunais britânicos decidiram um pedido de *wrongful life* no caso *Mckay v. Essex Area Health Authority*²⁸, considerado o *leading case* deste tipo de acções nesta ordem jurídica²⁹.

A causa de pedir era a típica destas acções, o autor alega que o médico não lhe causou a deficiência mas que deveria ter alertado ao mãe da possibilidade das suas malformações e da hipótese que teria de recorrer a uma interrupção voluntária da gravidez.

Foi recusada a pretensão indemnizatória da criança com os argumentos de que se verifica uma impossibilidade de proceder à fixação dos danos, pois teria de se recorrer a uma comparação entre uma vida com deficiência ou uma situação de não existência³⁰; de que, considerar procedente um tal pedido, poderia levar à possibilidade de haver tentativas futuras de responsabilização dos médicos, por não proporem à grávida

Milano, Novembro – Dezembro 2005, p. 1178, trata-se dos Estados da Pensilvânia, Geórgia, Missouri, Minnesota, Dakota do Sul e Utah.

²⁶ Cf. indicações bibliográficas de MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 919, nota (8).

²⁷ DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 378, nota 851, MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 923-924, MICHAEL DAVIES, *op.cit.*, pp. 175-181, STOLKER, *op.cit.*, pp. 522 e ss., STOLKER/M.P. SOMBROEK-VAN DOORM, *Dutch Case Note in European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, p. 233, BRENDA DALY, *Wrongful birth, wrongful conception, and the Irish constitution in The International of Children's Rights*, The Hague, vol. 12, nº1, Março de 2005, pp. 59 e ss, e BAUDOUIN, *op.cit.*, p. 1178.

²⁸ [1982], *Q.B.*, 1166, [1982] 2 *W.L.R.*, 890.

²⁹ Assim se refere a este caso, MICHAEL DAVIES, *op.cit.*, p. 178.

³⁰ Nas palavras do *Chief of Justice* do Quebec, referidas por MICHAEL DAVIES, *op.cit.*, p. 178, “*It is clearly impossible to compare the situation of the infant after his birth with the situation in which he would have been if he were not born. Merely to state the problem shows its illogicality*”.

recorrer a um aborto mesmo em casos de deficiência menores, e de que poderia levar à tentativa de responsabilização dos próprios pais por decidirem prosseguir com a gravidez, mesmo depois de estarem correctamente informados sobre as malformações do feto.

O tribunal baseou ainda a sua decisão na consideração de que o médico não tem qualquer obrigação legal para com o nascituro, especialmente a de assegurar que não nasça, e considerar o contrário é atentar contra o carácter sagrado da vida, e de que, em suma, o dano, na grande maioria destes casos, não é resultado causal de um acto do médico mas sim da doença/infecção/deficiência genética da mãe. Apontou, por último, que é contra a *public policy* considerar uma vida com deficiência como menos valiosa do que uma vida “normal”³¹.

Este caso foi ainda decidido segundo a *common law* (pois o nascimento ocorreu antes de 1976), mas os mesmos princípios se encontram vertidos no *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* de 1976, lei que foi aprovada em consequência do *Report on Injuries to Unborn Children*³² da *Law Commission's*³³, cuja intenção era precluir a possibilidade da existência de uma acção por *wrongful life*³⁴.

³¹ Último argumento referido por MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 924 e os restantes por DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 378, nota 851, MICHAEL DAVIES, *op.cit.*, p. 177, BAUDOIN, *op.cit.*, p. 1178.

³² Law Com. Nº 60, Cmnd 5709 (1974).

³³ Trata-se de um corpo independente criado pelo *Law Commissions Act 1965*, que tem como objectivo rever a lei e recomendar alterações que considere necessárias. Para mais desenvolvimentos sobre esta instituição ou sobre as suas funções, www.lawcom.gov.uk.

³⁴ V. STOLKER, *op.cit.*, p. 522, nota 6 que refere algumas críticas dirigidas a este diploma legal, nomeadamente a dúvida sobre se, em última instância, se aplica ou não a este tipo de acções e ainda, p. 522, as conclusões relativas à admissibilidade de semelhante causa de pedir da *Law Commission's* no *Report on Injuries to Unborn Children*: “Such a cause of action, if it existed, would place an almost intolerable burden on medical advisers in their socially and morally exacting role. The danger that doctors would be under subconscious pressures to advise abortions in doubtful cases through fear of an action for damages is, we think, a real one. It must not be forgotten that in certain circumstances, the parents themselves might have a claim in negligence.”.

Trata-se de um diploma com um vasto âmbito de aplicação, regulando tanto ocorrências anteriores à concepção como actuações negligentes durante o processo de desenvolvimento *in utero* do feto³⁵.

De fixar é o facto de esta legislação seguir o sentido da jurisprudência e do *Report on Injuries to Unborn Children*, restringindo aos pais a indemnização por uma gravidez indesejada e excluindo, mesmo quanto a estes, a compensação pela “perda económica que resulta do custo de educar uma criança”³⁶ (por *upbringing the child*). No entanto concede uma compensação monetária aos pais da criança pelas despesas adicionais resultantes da sua deficiência, nos casos em que esta nasce gravemente deficiente (considerando, pois, procedente os pedidos por *wrongful birth* deduzidos nestes termos).

2.3. Também os tribunais alemães^{37 38} foram chamados a pronunciar-se sobre acções judiciais do género analisado. Estas instâncias, regra geral, aceitam o pedido de *wrongful birth*, atribuindo uma compensação pelas despesas excepcionais de sustento da criança deficiente e pelos danos morais sofridos pelos pais mas, no entanto, rejeitam o

³⁵ Para mais desenvolvimentos sobre as regras contidas neste diploma, MICHAEL DAVIES, *op.cit.*, pp. 176 e ss.

³⁶ MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 923.

³⁷ É variada a doutrina portuguesa e internacional que se refere à abordagem judicial do problema na ordem jurídica alemã. Assim, DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 379, nota 852, MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 325 e ss., MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 921 e ss., STOLKER, *op.cit.*, pp. 521-536, ERWIN DEUTSCH/ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2008, *op.cit.*, pp. 220 e ss. V. mais indicações em MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, p. 325, nota 1177 e ss, e em MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 922, nota 19 e ss.

³⁸ A hierarquia dos tribunais judiciais alemães é composta pelo *Landesgericht* (Tribunal de Primeira Instância), pelo *OLG, Oberlandesgericht* (Tribunal de Apelação), e pelo *BGH, Bundesgerichtshof*, o Tribunal Federal da União (Supremo Tribunal). Por fim, o *BverfG, Bundesverfassungsgerichts*, o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

pedido ressarcitório formulado pela criança por danos próprios, por ter nascido com graves deficiências³⁹ (pedido de *wrongful life*)⁴⁰.

Interessante é referir o caso⁴¹ decidido por estes tribunais, em sentidos diversos, pelas diferentes instâncias e que gerou, como já é usual neste tipo de decisões, grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária.

O médico que acompanhava a gravidez de uma mulher, falhou negligentemente ao não diagnosticar que a mesma havia contraído rubéola e ao não a informar dos riscos atinentes a esta doença. Desta forma, a interrupção da gravidez⁴², que teria sido possibilitada aos pais ao abrigo da lei alemã, devido a esta doença e à sua conhecida propensão para criar malformações fetais, não foi considerada como opção. Não foi, assim, concedido aos pais o direito de escolha entre a realização de um aborto ou o prosseguimento da gravidez, devido incumprimento do dever de diagnóstico e de informação do médico.

A criança vem a nascer, em Fevereiro de 1977, com várias deficiências e, em consequência deste nascimento, foi o médico demandado judicialmente pelos pais (*wrongful birth*) e pela própria criança (*wrongful life*).

³⁹ DIAS PEREIRA, *op.cit.*, pp. 379-380.

⁴⁰ É importante notar que, de acordo com o referido por DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 379, nota 852 e MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 921, os tribunais alemães tendem igualmente a conceder uma indemnização pelas despesas resultantes de um nascimento não planeado, causado negligentemente pelos médicos devido a falhas em operações de esterilização ou em interrupções voluntárias da gravidez. Cf., designadamente, as decisões do BGH 18 de Março de 1980, in *NJW*, 1980, pp. 1450 e ss. e BGH 19 de Junho de 1984, in *NJW*, 1984, pp. 2625 e ss. De notar que estas acções configuram-se como acções por *wrongful conception*, de acordo com a concepção por nós adoptada, V. p. 3 e ss do presente trabalho.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 326-328.

⁴² *In casu*, era certo que a mãe, se houvesse sabido das malformações que a doença de que padecia iria (muito provavelmente) provocar ao feto, teria escolhido proceder à interrupção da gravidez, de acordo com o referido por STOLKER, *op.cit.*, p. 521.

O *Landesgerischt München* admite o pedido ressarcitório dos pais, embora não o da própria criança, mas o *OLG München*⁴³ recusou também a pretensão indemnizatória dos pais.

O *BGH*, a 18 de Janeiro de 1983⁴⁴, pronunciou-se contra este entendimento, decidindo no mesmo sentido da primeira instância. Assim, manteve a recusa do pedido por *wrongful life*⁴⁵, mas admitiu o direito à indemnização dos pais (com base numa pretensão contratual), sustentando que estes tiveram obrigações alimentares relativamente à filha superiores às normais devido às suas deficiências, que não teriam tido se não fosse a negligência médica que não lhes possibilitou optar pela interrupção da gravidez⁴⁶. Relativamente ao pedido de *wrongful life*, o tribunal considerou que nenhum acto ilícito havia sido cometido pelo médico face à criança, não existindo nenhum dever jurídico (escrito ou não escrito) para o médico de abortar crianças deficientes. Além disso, do contrato celebrado entre a mãe e o médico não decorre para a criança deficiente qualquer direito “a ser abortada”⁴⁷. O *BGH* pronunciou-se de modo semelhante sobre outro caso a 22 de Novembro de 1983⁴⁸.

Numa decisão⁴⁹ emanada pelo 2º Senado do *Bundesverfassungsgerichts*, a 28 de Maio de 1993, sobre o regime da interrupção voluntária da gravidez, levantou este tribunal objecções a tal jurisprudência, afirmando que não pode ser admitida a

⁴³ *OLG München* 27 de Fevereiro de 1981, *JZ*, 1981, pp. 586-589.

⁴⁴ *BGHZ* 86, 1983, pp. 240 e ss.

⁴⁵ Foi considerado em julgamento que “em casos como o presente, os limites dentro dos quais é aceitável um pedido judicial [indemnizatório] foram definitivamente alcançados e ultrapassados”, segundo STOLKER, *op.cit.*, p. 521. Nas precisas palavras do *BGH*: “*dass in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt die Grenzen erreicht und überschritten sind, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar ist*”, vide *BGH* 18.01.1983, *JZ* (1983), p. 450.

⁴⁶ Fundamentação referida por AART HENDRICKS, *Wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar in European Journal of Health Law*, vol.12, Junho 2005, p. 99.

⁴⁷ *BGH*, *JZ* 1983, p. 450.

⁴⁸ *BGH*, *JZ* 1984, pp. 414-417. Este era o caso de uma gravidez de risco devido ao escalão etário da mulher, não tendo o médico recomendado o diagnóstico pré-natal. Veio assim a nascer uma criança afectada por síndrome de *Down*.

⁴⁹ *BverfGE*, vol. 88 (1993), pp. 203 e ss.

existência de uma criança como dano, devido à garantia da intangibilidade da dignidade humana, vertida no art.º 1º da Constituição Alemã⁵⁰.

Não obstante, considerando não ser vinculativa tal decisão, o *BGH* entendeu posteriormente manter a sua jurisprudência, tendo vindo mesmo a conseguir a adesão do 1º Senado do *Bundesverfassungsgerichts*⁵¹.

É também esta a posição sufragada pela doutrina dominante na Alemanha, sendo de notar a posição contrária (favorável à admissibilidade tanto de pretensões indemnizatórias por *wrongful birth* como por *wrongful life*) de ERWIN DEUTSCH, manifestada primeiramente em anotação ao acórdão do BGH de 18 de Janeiro de 1983⁵².

Através desta breve referência às decisões jurisprudenciais mais relevantes sobre semelhante tipo de acções na ordem jurídica alemã, podemos notar que também neste país é acesa a querela entre tribunais e doutrina acerca da admissibilidade destes pedidos, tendo sido decidida da forma mais habitual, esgrimindo-se argumentos entre a doutrina e jurisprudência, tanto no sentido de apoiar a negação da concessão de uma indemnização, por danos próprios, à criança, como no sentido contrário.

2.4. Mais recentemente⁵³, foi a vez de o *Hoge Raad*⁵⁴ holandês se pronunciar sobre um pedido de *wrongful life*⁵⁵, a 18 de Março de 2005⁵⁶, no caso que ficou

⁵⁰ Decisão e fundamentação referidas por MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 328-329 e MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 921-922.

⁵¹ *BverfG* de 12 de Novembro de 1997 in *BverfGE* 96 (1998), pp. 375 e ss.

⁵² E. DEUTSCH, *Anmerkung*, *JZ* 1983, pp. 451-452, referido por MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, p. 327, nota (1187), e por STOLKER/DOORM, *op.cit.*, p. 231, descreve a decisão do *Bundesgerichtshof* como “*eine paternalistische Beschränkung des Schutzbereichs auf die Eltern erscheint seltsam altertümlich*”.

⁵³ O Supremo Tribunal holandês já se havia pronunciado, na sua decisão datada de 21 de Fevereiro de 1997, in *Jurisprudence néerlandaise* 1999, p. 145, no sentido de admitir a reparação os danos sofrido pela própria criança, além dos sofridos pelos pais.

⁵⁴ Supremo Tribunal holandês.

conhecido como “*Baby Kelly*”. Tal como nas restantes ordens jurídicas, surgiu alguma controvérsia relativamente a esta decisão.

Vejamos.

Semelhante acção judicial foi intentada em resultado do nascimento de *Kelly Molenaar*, criança afectada por uma grave alteração genética que lhe causou severas deficiências (não ouve nem vê bem, não fala, não anda, sofrendo ainda de autismo, asma e dores constantes⁵⁷).

Tal alteração genérica era identificável durante a gravidez através de um teste de diagnóstico pré-natal, cuja realização foi inclusivamente requerida pela mãe da criança. No entanto, a sua realização foi negada pelo médico, na medida em que o referido teste era apenas indicado para casos em que anteriormente a mulher grávida tivesse sofrido três abortos espontâneos, sendo que a mãe só havia sofrido dois.

O tribunal de primeira instância considerou o hospital e o médico como responsáveis pela violação do interesse da mãe em interromper a gravidez, sendo condenados ao pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais causados aos pais da criança. Foi, deste modo, apenas considerado procedente o pedido por *wrongful birth*.

No entanto, a segunda instância e mais tarde o *Hoge Raad* reconheceu à criança o direito a uma indemnização por danos próprios, ao considerar que também o nascituro se constituía como parte da relação contratual, existindo assim para os médicos deveres para com os nascituros, deveres estes que não deveriam ser violados⁵⁸.

⁵⁵ Cumulado, como habitual, com o pedido indemnizatório deduzido pelos pais (*wrongful birth*).

⁵⁶ *JOL*, in www.kluwer.nl, 2005, n° 162.

⁵⁷ CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, p. 104.

⁵⁸ AART HENDRICKS, *op.cit.*, p. 100, defensor da posição contrária, em artigo no qual aduz variados argumentos para sustentar a negação de tal acção, refere que o *Hoge Raad*, na sua decisão, considerou que o dever de diligência médica também protege interesses de pessoas que não são parte do contrato de prestação de serviços médicos pelo que os médicos podem ser responsabilizados pelos danos

Tanto o médico como o hospital foram condenados no pagamento aos pais das despesas médicas e de sustento de *Kelly* até aos 21 anos de idade, pelo menos, de uma compensação monetária por danos não patrimoniais por violação do direito individual à auto-determinação e ainda dos custos com tratamentos psiquiátricos para a mãe. A *Kelly* foi atribuída uma compensação monetária por danos não patrimoniais sofridos⁵⁹.

2.5. Foi em França⁶⁰ que várias decisões da *Cour de Cassation*⁶¹, desde o famoso caso *Perruche*, gerarem o mais acalorado debate, o qual ganhou contornos tais que a Assembleia Nacional acabou por intervir, pondo fim à querela jurisprudencial e doutrinária por via legislativa⁶².

De entre os diferentes casos decididos nos vários países aos quais nos referimos, a evolução jurisprudencial, social e, finalmente, legislativa da questão na ordem jurídica francesa merece uma atenção especial, pelo que nos dedicaremos à sua descrição e análise um pouco mais alongadamente.

causados negligentemente, nomeadamente pela perda da hipótese de escolha informada do aborto eugénico.

⁵⁹ CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, p. 105.

⁶⁰ Por ser a decisão mais famosa dentro deste tema, todos os autores, nacionais e estrangeiros se referem a ela, à polémica que causou e à legislação aprovada na sua sequência, cf., p. ex., entre outros, DIAS PEREIRA, *op.cit.*, pp. 381 e ss., FERNANDO PINTO MONTEIRO, *op.cit.*, pp. 132 e ss., CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, pp. 102 e ss., MOTA PINTO, *op.cit.*, pp. 919 e ss., A.M. DUGUET, *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions in European Journal of Health Law*, vol. 9, Junho 2002, pp. 139-149, BELLIVIER/ROCHFELD, *Législation française – Droit de la santé publique et droit des malades – qualité du système de santé. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°3, Julho-Setembro 2002, pp. 574 e ss, BAUDOIN, *op.cit.* pp. 1175-1181.

⁶¹ Supremo Tribunal francês.

⁶² Através da *Loi 2002-203 du 4 mars 2002*. Vide BELLIVIER/ROCHFELD, *op. cit.*, p. 581 e ss. sobre esta lei e algumas relevantes críticas à mesma.

O caso de *Nicolas Perruche* foi a primeira acção por *wrongful life* considerada procedente neste país⁶³, numa decisão da *Cour de Cassation* de 17 de Novembro de 2000. Este é considerado um acórdão histórico e que ficará recordado como um dos mais polémicos de sempre.

A factualidade é análoga aos casos já referidos. Uma mulher grávida, após ter sofrido problemas semelhantes em gravidez anterior, informou o médico que a seguia de que pretendia interromper a gravidez, se estivesse infectada por rubéola. Foram feitas análises a três amostras de sangue. A primeira cultura indicou que não estavam presentes anticorpos (pelo que não estaria infectada), mas as duas outras acusaram a presença de tais anticorpos. O seu médico considerou que a mulher não estava infectada, quando na verdade estava.

Veio a nascer, a 14 de Janeiro de 1983, *Nicolas Perruche*, uma criança com graves deficiências, causadas pela doença que afectou a mãe.

Nesta sequência foram interpostas contra o médico e o laboratório (que analisou as amostras de sangue) duas acções judiciais, uma de *wrongful birth* e outra de *wrongful life*.

A primeira instância concedeu à criança uma indemnização pelos seus danos próprios, mas a *Cour d'Appel* julgou o caso da forma habitual neste tipo de situações: concedeu uma indemnização apenas pelos danos sofridos pela mãe, recusando a concessão de qualquer indemnização à criança pelos seus próprios danos. Considerou o tribunal que não estava estabelecido o nexo de causalidade, pressuposto indispensável à concessão da tutela ressarcitória através do instituto da responsabilidade civil⁶⁴.

A *Cour de Cassation*^{65 66}, em recurso posterior à recusa da *Cour d'Appel* em aplicar a jurisprudência já estabelecida pelo Supremo Tribunal em 26 de Março de

⁶³ De acordo com o observado por CARDOSO C ORREIA, *op.cit.*, p. 104.

⁶⁴ Ordenando a devolução da quantia concedida a título de indemnização em primeira instância.

⁶⁵ Cf. *Arrêt n.º 457 du 17 novembre 2000*, (www.courdecassation.fr/arrets/visu.cfm?num=700).

1996, veio a reconhecer à criança deficiente o direito a ser indemnizada pelos danos sofridos. Este tribunal considerou que a actuação negligente do médico e do laboratório (ao falharem no diagnóstico da doença de que padecia a progenitora) privou a mãe do direito a ter escolhido informadamente interromper a gravidez, evitando o nascimento de *Nicolas*. Considerou assim verificados os pressupostos de responsabilização, admitindo tanto o pedido por *wrongful birth* como o pedido por *wrongful life*.

Esta decisão gerou tal debate e controvérsia⁶⁷ que o *Comité Consultatif National d'Éthique* francês⁶⁸ emitiu um parecer⁶⁹ no qual refere que a sociedade tem um dever de solidariedade face aos seus membros, particularmente face aos menos afortunados e que tem de assegurar o cumprimento desse dever de modo que a escolha da mãe não dependa de dificuldades financeiras.

O *CCNE* condenou a decisão “*Perruche*”, sublinhando que o reconhecimento à criança deficiente de um direito a não nascer em certas condições poderia colocar os pais e médicos sob pressão, com base em considerações eugénicas. Realça ainda, na sua recomendação, que a definição de um limite mínimo de gravidade como único critério normativo que legitime a eliminação de um feto anormal, sem ter em conta a opinião da mãe, não é aceitável do ponto de vista bioético.

⁶⁶ Já existia jurisprudência anterior, mas não tão explícita, conforme nota MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 920, nota (11), indicando resumidamente os acórdãos e bibliografia.

⁶⁷ Verificaram-se, inclusivamente, greves por parte dos ecografistas até que fosse regulada a sua responsabilidade num diploma legislativo, como referem DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 382, nota (859) e CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, p. 103, nota (14).

⁶⁸ De notar que também já o *Conseil d'État* havia analisado esta questão a 14 de Fevereiro de 1997, num caso similar. Para detalhes, <http://www.conseil-etat.fr/cde>. Também DIAS PEREIRA, *op.cit.*, pp. 379-380, nota (854), CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, p. 102, nota (10), referem o sentido da pronúncia do *Conseil d'Etat*.

⁶⁹ Cf. *Avis n.º 68 – 29 mai 2001*, disponível em <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis068.pdf>.

Apesar da decisão da *Cour de Cassation*, a *Cour d'Appel* resistiu à aplicação desta jurisprudência⁷⁰, não considerando indemnizáveis os danos da criança, por não se encontrar estabelecido o nexo de causalidade entre o erro de diagnóstico e a enfermidade da criança.

O Supremo Tribunal francês confirmou a jurisprudência *Perruche* em três decisões de Julho de 2001⁷¹ e em duas de Novembro⁷² do mesmo ano, não obstante a acesa contestação de que foi alvo e as duras críticas que lhe foram dirigidas pela doutrina e que incidem, primordialmente, a nível do não preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (por considerarem que não está verificado o nexo de causalidade e que é impossível considerar a vida como um dano).

No entanto, há que atentar no facto de a *Cour de Cassation*, nas suas decisões proferidas em Julho de 2001⁷³, ter procedido à restrição do âmbito de aplicação da sua jurisprudência aos casos em que o condicionalismo e as malformações fetais possibilitariam à mãe recorrer ao aborto eugénico licitamente, dentro dos critérios legais.

Nos acórdãos proferidos em Novembro de 2001⁷⁴, este tribunal alargou a jurisprudência *Perruche* a casos análogos de crianças afectadas por síndrome de *Down*.

⁷⁰ Nomeadamente em dois casos, a *Cour d'Appel en Provence 21 mars 2001* e a *Cour d'Appel Orleans 22 october 2001* negou a aplicação da jurisprudência “*Perruche*”, conforme nota DUGUET, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁷¹ *Arrêts n.º 478, 479 e 480, 13 juillet 2001.*

Disponíveis em (<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/97-17359arr.htm>).

Apesar de a *Assemblée Plénière* da *Cour de Cassation* ter rejeitado os recursos interpostos das decisões da *Cour d'Appel*, que recusavam conceder a indemnização à criança deficiente por danos próprios, e portanto, tendo confirmado estas decisões, a verdade é que nestes casos a matéria de facto não permitia suportar devidamente a existência de um nexo de causalidade. No entanto, a *Cour de Cassation* não reconsiderou o princípio estabelecido anteriormente na jurisprudência “*Perruche*”, tendo-o, inclusivamente, reafirmado.

⁷² *Arrêts 485 e 486, 28 novembre 2001.*

Disponíveis em <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197arr485.htm>.

⁷³ Cf. DUGUET, *op. cit.*, pp. 143-145, para mais informações sobre estes casos e decisões.

⁷⁴ Cf. DUGUET, *op. cit.*, pp. 145-146, para detalhes sobre a factualidade destes casos.

A polémica manteve-se, o que levou o legislador francês a intervir⁷⁵, através da aprovação⁷⁶ da *Loi 2002-203, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*.

Esta lei tem como objectivo primordial impedir as acções de “*wrongful life*”, tal como é de inferir do disposto no seu art.1º, nº 1:

“*Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance.*”

Não é admitida a concessão de indemnização pelo prejuízo de viver. Esta lei estabelece, ainda, que a criança deficiente só pode ser indemnizada por danos próprios se a culpa do médico estiver directamente na origem do seu prejuízo, o tiver agravado ou não tiver permitido a tomada de providências para o evitar⁷⁷. É, desta forma, exigida a verificação de um nexo de causalidade directo.

O restante regime⁷⁸ norteia-se pela pretensão de remeter para o Direito social e para a solidariedade nacional o apoio aos cidadãos deficientes, na medida em que é estabelecido que, em caso de culpa do médico que não tenha directamente causado o dano da criança mas que tenha impedido o seu diagnóstico, só pode ser ressarcido o

⁷⁵ No entanto, conforme nota MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 920, nota 10, não foi o único legislador a intervir neste tema, pois, além do Inglês, foi antecedido pelo legislador do estado do *Utah*, Estados Unidos da América, que em 1983 aprovou um “*Wrongful Life Act*”, que proíbe a invocação do nascimento e da perda de possibilidade de abortar, como dano. Cf. o mesmo autor, para referências bibliográficas sobre este diploma.

⁷⁶ Para uma referência resumida às soluções preconizadas pelos vários projectos de lei apresentados na Assembleia e que vieram a dar origem à aprovação desta lei, DUGUET, *op. cit.*, pp. 146 e 148, nota 19.

⁷⁷ “*La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé ou n’a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l’atténuer.*”

⁷⁸ DIAS PEREIRA, *op.cit.*, pp. 385-386 e CATHERINE PALEY-VINCENT, *La Responsabilité du Médecin*, Paris: Masson, 2002, pp. 108.

dano moral dos pais (o que exclui as despesas de sustento da criança deficiente ao longo da sua vida, que deverão ficar a cargo da solidariedade social⁷⁹).

Procedeu, assim, o legislador francês à proibição das acções por *wrongful life* e à restrição da indemnização concedida aos pais nas acções por *wrongful birth*.

Apesar da aparente clareza deste diploma legislativo, a controvérsia não cessou, desta feita em torno dos princípios consagrados legalmente.

Várias associações de defesa de crianças deficientes protestaram, mostrando o seu descontentamento devido ao facto de o apoio e a compensação pela solidariedade nacional não estarem ainda organizados ao tempo da primeira⁸⁰ aplicação jurisprudencial da lei “*anti-Perruche*”, exigindo a sua revogação⁸¹.

Esta lei foi ainda alvo de contestação por parte da doutrina⁸², especialmente por estabelecer nesta área um regime mais favorável de responsabilidade médica do que na generalidade. Também lhe são dirigidas críticas por estabelecer regimes opostos para casos que são em tudo semelhantes, dependendo apenas de terem sido os próprios pais ou os pais em representação da criança a interpor a acção, nomeadamente por poder constituir uma violação do direito de acesso aos tribunais (na medida em que, ao remeter para um mecanismo de solidariedade social que à data ainda não se encontrava constituído, privava os pais de receberem a compensação pelas despesas de sustento da criança deficiente, podendo ser contrária a Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

⁷⁹ “(...) *Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.*”

⁸⁰ Decisão da *Cour d’Appel* de Paris, 29 de Março de 2002, referida por DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 386, nota 869.

⁸¹ CARDOSO CORREIA, “*Wrongful Birth (...)*”, *op.cit.*, pp. 103.

⁸² DIAS PEREIRA, *op.cit.*, pp. 384-386, CARDOSO CORREIA, *op.cit.*, p. 101, BELLIVIER/ROCHFELD, *op.cit.*, p. 581, CATHERINE PALEY-VINCENT, *op.cit.*, p. 108.

2.6. A ordem jurídica portuguesa não escapou à querela doutrinária e jurisprudencial em torno deste problema.

Com efeito, e apesar de única, até agora, no nosso sistema jurídico, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça português, de 19 de Junho de 2001⁸³, que apreciou pela primeira em Portugal um pedido de *wrongful life*, reveste-se de um enorme interesse.

A matéria de facto já é nossa conhecida. André Filipe, natural de Ovar, nasceu a 29 de Outubro de 1996, com graves e irreversíveis deficiências⁸⁴. A gravidez da mãe era uma gravidez de risco, pois esta sofria de uma malformação uterina, facto de que o médico que a seguia tinha conhecimento (pois tinha seguido uma sua gravidez anterior). Depois de analisar uma radiografia entregue pela mãe, o médico solicitou-lhe a realização de novo exame (novamente uma radiografia), para acompanhar a evolução da gestação. A mãe do autor realizou tal exame junto de um gabinete de radiologia.

O réu, conforme foca o tribunal⁸⁵, chegou mesmo a afirmar por escrito que a gravidez era de risco, notando ainda que o volume uterino era ligeiramente inferior à idade gestacional determinada através de ecografia. No entanto, não tomou qualquer providência para apurar a causa deste facto⁸⁶.

Após exame da nova radiografia como de outras que foram sendo feitas ao longo da gravidez, nada referiu aos pais, não solicitou exames mais pormenorizados, constando inclusivamente do relatório do laboratório da clínica onde foi realizada a primeira ecografia que “não são aparentes anomalias fetais evidentes”.

⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001, Processo n.º 01A1008 disponível em www.dgsi.pt ou na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, 2001-2002, n.º 3933, pp. 371-377.

⁸⁴ Nas duas pernas e na mão direita.

⁸⁵ Ac. STJ, 19 de Junho de 2001, *op.cit.*, p.373.

⁸⁶ Designadamente, exigindo a realização de exames adicionais que permitissem aferir as medições embrionárias, através da medição do comprimento do fémur, o que permitiria o diagnóstico correcto das malformações do feto.

Os pais prosseguiram com a gravidez até ao seu termo, na certeza de que tudo estaria bem com o seu filho. No entanto, este vem a nascer afectado por uma grave deficiência, diagnosticável não fosse a negligência e falta de cuidado dos prestadores de cuidados de saúde que acompanharam a gravidez da mãe.

Não fosse o desrespeito das *leges artis* e a negligência do médico e da clínica, haveriam sido diagnosticadas as deficiências do autor e teria sido dada à mãe a hipótese de interromper a gravidez, com esse fundamento.

Foi assim interposta por André, representado pelos seus pais, uma acção judicial contra o médico e a clínica privada que acompanharam a sua mãe durante a gravidez, exigindo o pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais causados ao autor pela conduta negligente dos réus.

Tal como na maioria das decisões que anteriormente analisámos, o tribunal recusou a pretensão indemnizatória da criança, negando assim o pedido de *wrongful life*.

Na sua decisão, depois de analisar as especificidades do contrato de prestação de serviços médicos, da responsabilidade médica e da inserção do pedido do autor dentro da categoria da responsabilidade contratual ou extracontratual, o tribunal negou a concessão de qualquer indemnização ao autor com diversos argumentos.

Primeiramente, referiu a desconformidade entre o pedido e a causa de pedir⁸⁷, por o autor invocar danos sofridos por si próprio, assentando, no entanto, o seu direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida aos seus pais (a possibilidade de interrupção da gravidez).

Depois de concluir que foi violado o dever de informação que o médico tinha face aos pais, o tribunal refere que o autor invoca um pretense direito seu à não existência. No entanto, conforme foca o tribunal, tal direito não existe na ordem jurídica portuguesa.

⁸⁷ Ac. STJ, 19 Junho de 2001, *op.cit.*, p. 375.

Originalmente, o tribunal finaliza a sua decisão analisando a legitimidade activa do autor, referindo que qualquer acção de *wrongful life*, só poderá ser proposta pelo próprio filho quando a lei vigente lhe conceder o poder de pleitear por si próprio, ou seja, quando, ao atingir a maioridade, adquira plena capacidade de exercício e, consequentemente, capacidade judiciária⁸⁸.

Mais à frente, iremos proceder à análise dos fundamentos desta decisão do Supremo, de forma que possamos concluir acerca da bondade dos mesmos.

⁸⁸ Artigos 122º, 123º, 130º CC e 9º nº 1 e nº 2 do Código de Processo Civil.

3. *Wrongful life*: acção social ou responsabilidade civil?

Posto o que ficou dito, uma pergunta liminar se impõe fazer.

Será que a acção de *wrongful life* se insere verdadeiramente no âmbito da responsabilidade civil, ou exula desta, inserindo-se mais apropriadamente no domínio da acção social?

Com efeito, apesar de ambos visarem um objectivo final que parece ser idêntico, a reparação de danos, entre o instituto da responsabilidade civil e os esquemas de segurança social existem diferenças de relevo quanto às suas finalidades e pressupostos, que vale a pena sublinhar. Ora, conforme sublinha a doutrina⁸⁹, a segurança social baseia-se em considerações de justiça colectiva e consiste num mecanismo de repartição colectiva dos riscos ou encargos de reparação dos danos, promovendo tal reparação independentemente da ilicitude ou culpabilidade do acto que os originou. Já o instituto da responsabilidade civil, refere-se a um problema de justiça individual, estando-lhe subjacente a ideia de equilíbrio entre a liberdade de cada um e o respeito devido aos direitos alheios.

São vários os autores⁹⁰ que, ao analisar esta questão, sublinham que este tipo de acções já não deverão ser inseridas nos quadros do instituto da responsabilidade civil. De facto, defendem que esta problemática e as necessidades acrescidas das pessoas nascidas nestas condições devem ser supridas pelo sistema de segurança social. Incluir as acções por *wrongful life* dentro dos limites da responsabilidade civil é, argumentam, ir longe demais, ultrapassando as fronteiras desta figura.

⁸⁹ Cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 553-554.

⁹⁰ Entre eles, JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, *op. cit.*, p. 502, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 384, CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como dano? (...)*, *op. cit.*, pp. 6-7. É também esta a solução expressamente adoptada em França pela *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*. A favor a possibilidade de, pelo contrário, este problema ser resolvido ainda nos quadros da responsabilidade civil, manifestam-se FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 100, MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 945-946 e, embora com muitas dúvidas, DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 391.

Apesar de motivada por louváveis intenções, não cremos ser esta a solução adequada a dar a estes casos, razão pela qual não aderimos a tal posição. Com efeito, as limitações do sistema de segurança social português são de conhecimento público e, muitas vezes, a ajuda tarda a chegar ou não chega de todo àqueles que dela mais necessitam.

Por outro lado, e conforme tentaremos demonstrar, foi cometido um facto ilícito pelo médico/clínica/laboratório, que não deverá passar impune, especialmente numa área onde a hipótese de ocorrência de danos é vasta e com consequências provavelmente gravosas⁹¹.

Remeter liminarmente o tratamento desta questão e o apoio à pessoa nascida nestas condições para o campo da segurança social é possibilitar a irresponsabilidade médica nesta área. Esta consequência avoluma-se quando os pais não tiverem a possibilidade de propor a acção em seu próprio nome⁹² e a propositura da acção de *wrongful life* seja a única via pela qual a criança deficiente obteria o ressarcimento dos danos que lhe foram causados.

Enviar a resolução deste problema para os quadros do direito social é optar pela solução mais fácil, deixando-nos impressionar por considerações não jurídicas, metafísicas e morais. Esta metodologia afigura-se errada, já que não cabe ao direito tutelar convicções religiosas.

Parece-nos que esta matéria *ainda* cabe dentro dos limites do instituto da responsabilidade civil, não os extravasando, razão pela qual não é em vão que se deverão fazer esforços no sentido de encontrar uma solução para o caso dentro das fronteiras desta figura, que é, dadas as suas finalidades ressarcitórias e sancionatórias, sem dúvida, a que proporciona uma tutela mais justa e adequada da posição jurídica do lesado.

⁹¹ FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 100.

⁹² Refere esta possibilidade, p. ex., BOTKIN, *The Legal Concept of Wrongful Life*, em *Journal of the American Medical Association*, 259, 1988, p. 1545.

Com este objectivo em mente, propomo-nos analisar estas acções, de modo a encontrar para as mesmas uma resolução apropriada, justa e imparcial, no seio deste instituto.

4. Os pressupostos da responsabilidade civil

É sabido que a responsabilidade civil⁹³ repousa basicamente em cinco pressupostos clássicos (indicados pelo art. 483) a saber:

- a) O facto voluntário do agente;
- b) A ilicitude;
- c) A culpa;
- d) O dano;
- e) O nexo de causalidade entre o facto do agente e o dano;

Todo o estudo da problemática das acções de *wrongful life* que tenha em vista perscrutar a sua subordinação à responsabilidade civil, deverá, pois, analisá-la à luz de cada um destes pressupostos.

Só a sua subsunção a cada um e todos estes requisitos poderá, com efeito, arregimentá-la dentro do instituto, dispensando remetê-la para o quadro da acção social.

Dada a escassez de espaço e de tempo, não nos perderemos em considerações gerais acerca das noções básicas e das questões mais comumente discutidas pela doutrina acerca destes requisitos do instituto, remetendo um estudo mais aprofundado de tais questões para os ensinamentos dos autores mais conceituados nesta área⁹⁴.

⁹³ Estes pressupostos são comuns às formas de responsabilidade civil a que presentemente nos referimos, a responsabilidade civil extracontratual e contratual. Não nos referiremos, por não terem interesse directo nesta sede, à responsabilidade por factos lícitos ou pelo risco, etc.

⁹⁴ Entre variados outros, salientamos as obras de ANTUNES VARELA, *op.cit.*, pp. 518 e ss., MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 6ª edição, Almedina: Coimbra, 2007, pp. 283 e ss., ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., rev. e act., Almedina: Coimbra, 2009, pp. 557 e ss.

4.1. O facto voluntário do agente

4.1.1. Aspectos introdutórios referentes à responsabilidade médica

Começamos pela qualificação jurídica da relação firmada entre médico e doente, e pelo regime jurídico aplicável.

Por via da regra, a relação que se estabelece entre médico e doente assume natureza contratual⁹⁵.

Com efeito, entre médico (enquanto profissional liberal) e doente é geralmente celebrado um verdadeiro contrato que não necessita de qualquer forma especial para ser válido.

Através dele, o médico aceita prestar ao consulente a assistência médica que este requer ou de que necessita (corporizada, na prática, pela realização de um ou mais actos médicos⁹⁶), assumindo certas obrigações, mediante o pagamento pela contraparte de uma retribuição⁹⁷.

⁹⁵ Cf., entre outros, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro in Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972, p. 329, ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR, *A responsabilidade Civil do Médico in Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, pp. 341- 343, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico in Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 85 e ss, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica (Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 127 ss) e ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos (Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, p. 180).

⁹⁶ De acordo com a definição que nos é trazida pela jurisprudência, o acto médico deve ser definido como o “acto, executado por um profissional de saúde, que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas” (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de Março de 2008, Processo 08A183, disponível em www.dgsi.pt).

⁹⁷ Muito embora a doutrina foque que a retribuição paga pelo doente ao médico não é elemento essencial deste contrato. Vide HENRIQUES GASPAR, *op.cit.*, p. 341.

Estamos, naturalmente, perante um contrato – oneroso, sinalagmático, *intuitu personae* – socialmente típico mas legalmente atípico (uma vez que não encontra regulamentação legal específica⁹⁸), que se insere na categoria mais abrangente dos contratos de prestação de serviços (art. 1154 CC).

Tratar-se-á, então, de um contrato de prestação de serviços médicos⁹⁹, cujo regime legal deverá ser encontrado junto da regulação legal do contrato de mandato, conforme prescreve expressamente o art. 1156 CC.

Por via do contrato celebrado, o médico fica adstrito a várias obrigações, que podem ser repartidas numa obrigação principal e em várias obrigações secundárias.

A obrigação principal assumida pelo médico para com o doente é a obrigação de tratamento¹⁰⁰.

Esta obrigação, refere a doutrina dominante¹⁰¹, deve ser considerada como uma obrigação de meios ou de diligência e não de resultado¹⁰², só devendo ser encarada

⁹⁸ Alguns autores manifestam-se pela tipificação legal deste tipo contratual, dadas as suas características específicas (cf. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental - Considerações de lege ferenda in Scientia Juridica*, Tomo XXXIII, 1984, p. 107.

Não vemos qualquer inconveniente em que o legislador, em futura revisão do CC, proceda à elaboração de uma regulamentação legal específica deste contrato, a qual traria certamente inúmeros benefícios, resolvendo questões divergentes na doutrina e contribuindo para uma diminuição da litigação.

⁹⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, p. 87, ÁLVARO RODRIGUES, *op.cit.*, p. 180.

¹⁰⁰ Dividindo-se esta obrigação, por sua vez, em outras prestações distintas que se corporizam em actividades de observação, diagnóstico, terapêutica e de vigilância, conforme foca HENRIQUES GASPARGAS, *op.cit.*, p. 342, FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 107-109, TEIXEIRA DE SOUSA, *op.cit.*, pp. 123-124, ÁLVARO RODRIGUES, *op.cit.*, pp. 181-182.

¹⁰¹ Vide, entre outros, MOITINHO DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 329 e 336, FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op.cit.*, p. 45, mas contra FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 110 e ss.

¹⁰² A consideração como obrigação de meios não contende com a qualificação do contrato como contrato de prestação de serviços, como poderia pensar-se após uma leitura do art. 1154 CC que refere expressamente o “resultado do seu trabalho intelectual ou manual”. Com efeito, o “resultado” deverá ser encarado, não como a própria cura da enfermidade do doente mas sim como a assistência e os cuidados de saúde a serem prestados pelo médico, os próprios meios empregados “com o intuito de (mas não necessariamente) alcançar certo efeito final, meios esses e tarefas que, em si mesmas, são já e

como obrigação de resultado em certos casos excepcionais¹⁰³, como em certas intervenções de cirurgia estética, transfusões de sangue e no campo das análises clínicas e outros meios laboratoriais de diagnóstico.

A obrigação assumida pelo médico é, na esmagadora maioria das vezes, uma obrigação de meios, e não de resultados.

O médico não se obriga a alcançar um resultado – a cura – vincula-se, sim, a utilizar os seus conhecimentos, desenvolvendo determinados esforços e diligências, necessários ao tratamento, para tentar alcançar a cura ou evitar a doença.

Parece-nos óbvio que o médico não pode assegurar o resultado, uma vez que este depende não apenas dos seus esforços, mas também de uma série de circunstâncias que lhe são alheias e sobre as quais não detém inteiro controlo¹⁰⁴.

Além desta obrigação, o médico assume ainda certos deveres secundários ou instrumentais¹⁰⁵, como o dever de sigilo (arts. 85 a 93 Código Deontológico), o dever de permitir o acesso a documentos, o dever de consideração pela pessoa, idade, sexo, convicções do doente e natureza da doença no exame clínico e tratamento do doente (art. 39, n^{os} 1 e 2 do mesmo diploma), e o dever de informação sobre o prognóstico, diagnóstico e terapêutica, sobre alterações de tratamento e riscos envolventes (art. 44).

imediatamente um certo resultado do trabalho manual ou intelectual dispendido”, nas palavras de HENRIQUES GASPAR, *op.cit.*, 343.

¹⁰³ Estes casos excepcionais em que a obrigação do médico deverá ser encarada como de resultado prendem-se com aqueles casos em que, por exemplo, “ao cumprimento da obrigação é alheia qualquer investigação ou observação científica, limitando-se à observância de regras técnicas”, nas palavras de MOITINHO DE ALMEIDA, *op.cit.*, p. 329.

¹⁰⁴ Como a idade, vulnerabilidade, outras características pessoais do doente e outros factores alheios à actividade médica. Assim, é referido que a cura do doente é de natureza aleatória, dependendo de variados factores que não apenas dos cuidados e actividade dispendidos pelo profissional de saúde.

¹⁰⁵ Relativamente a estes deveres, cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O fim da arte silenciosa – O Dever de Informação dos Médicos*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, 1995/1996, pp. 101 e ss, FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 112-114, TEIXEIRA DE SOUSA, *op.cit.*, p. 124, e ÁLVARO RODRIGUES, *op.cit.*, 183-184.

De entre os deveres acessórios enunciados é de sublinhar, pela sua inegável relevância para a análise do presente tema, o dever de informação a que está adstrito o profissional de saúde no exercício da medicina, relativamente ao doente.

O objecto desta obrigação é muito vasto, e a sua base jurídica pode ser encontrada no disposto pelo art. 157 do Código Penal¹⁰⁶ e no nº 1, al. e) da XIV Base da Lei de Bases da Saúde¹⁰⁷.

No que consideramos relevante para a nossa investigação, deve ser objecto do dever de informar e comunicar, o diagnóstico, meios, fins, riscos, benefícios e alternativas do tratamento, assim como riscos identificados depois da execução de exame de diagnóstico e um dever de comunicar eventuais erros médicos praticados¹⁰⁸.

Em concreto e relativamente aos meios de diagnóstico pré-natal¹⁰⁹, vigora um dever de propor a realização do diagnóstico pré-natal¹¹⁰ e um dever de informar a mulher grávida das finalidades e riscos do procedimento, dos resultados típicos possíveis e das medidas subsequentes possíveis (entre elas, a interrupção da gravidez). Caso estejam em causa suspeitas de defeitos genéticos, o dever de informar assume-se como de “aconselhamento genético”.

¹⁰⁶ Uma vez que este preceito legal refere “o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento”.

¹⁰⁷ A Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei 48/90, na Base XIV, sob a epígrafe “estatuto dos doentes”, refere, na sua al. e), o direito que assiste aos doentes a “ser(em) informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”.

¹⁰⁸ Sobre outras circunstâncias que são também objecto de dever de informar, DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 371.

¹⁰⁹ Conjunto de procedimentos com o objectivo de avaliar se um embrião ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita.

¹¹⁰ Nos casos considerados de risco, em que tal é aconselhado, referidos no 2.1 do Despacho nº 5411, de 6 de Agosto de 1997, da Ministra da Saúde, publicado na 2.ª série do *Diário da República*, n.º 180, de 6 de Agosto de 1997, e segundo os requisitos referidos no seu nº 3.

Este dever de informação tem como fundamento o princípio da dignidade humana, o direito à integridade física e moral do doente e, especialmente, o direito à autonomia e à autodeterminação nos cuidados de saúde.

Neste âmbito, o objectivo é assegurar a possibilidade de escolha e consentimento informado do consulente que lhe permita assumir os riscos da intervenção médica, caso contrário, estes deverão ser assumidos pelo médico.¹¹¹

Além do cumprimento daquelas obrigações, impõe-se, finalmente, um dever de actuar de acordo com as *leges artis*.

Paralelamente à protecção constitucional e penal dos direitos do doente, e como seu desenvolvimento, deparamo-nos com a salvaguarda dos mesmos no nível do Direito Civil, através do instituto da responsabilidade civil, que impõe o ressarcimento dos danos causados aos lesados.

Desta forma, de acordo com a doutrina, deverá admitir-se como civilmente exigível tudo aquilo que contribua para um efectivo exercício do direito à autodeterminação pessoal e à livre disposição do próprio corpo.

As infracções do dever de informação médica ou das *leges artis* são, habitualmente, a falta de proposição do diagnóstico pré-natal a uma grávida considerada de risco, a má execução de uma técnica, a má interpretação de resultados ou a falta de comunicação de resultados à interessada¹¹².

As situações de incumprimento contratual pelo médico que poderão dar origem à sua responsabilização serão, mais propriamente, de *cumprimento defeituoso*¹¹³.

¹¹¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas (...)*, *op.cit.*, pp. 210-211, DIAS PEREIRA, *op.cit.*, p. 370.

¹¹² Tanto a má execução da técnica como a má interpretação de resultados podem traduzir-se em falsos negativos (sendo omitida uma malformação grave do nascituro ou nascendo este com deficiências graves) ou, no caso da má execução da técnica, na provocação de lesões físicas na mulher grávida ou no feto, ou, ainda, no caso de má interpretação de resultados, dando origem a um falso positivo (que poderá eventualmente traduzir-se na interrupção errónea da gravidez, em casos de um feto saudável), GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas (...)*, *op.cit.*, p. 215.

¹¹³ BAPTISTA MACHADO define *cumprimento defeituoso* como “aquele em que a prestação efectuada não tem os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal

Verificando-se tal situação de incumprimento, ou seja, “quando o médico, por causa que lhe seja imputável, não efectue ou efectue defeituosamente a prestação de cuidados a que se obrigou, causando danos ao doente, credor dessa prestação, constitui-se no dever de reparar o prejuízo causado”¹¹⁴, estará sujeito à responsabilização civil, em sede contratual (art. 798 ss CC).

Neste âmbito, é de focar a existência de uma presunção de culpa por parte do devedor, pelo que será ao médico que caberá provar, nos termos do art. 799 CC, que o incumprimento do contrato não provém de culpa sua. Assim, tendo o credor (doente) provado a existência de incumprimento do contrato por parte do médico, é sobre este que recai o ónus de provar que usou de toda a diligência exigida no caso concreto¹¹⁵.

Por outro lado, a semelhante responsabilidade contratual não estará sujeito o médico que exerça medicina numa clínica¹¹⁶ ou hospital privado, ao qual se encontre ligado por contrato de trabalho. Neste caso, o contrato é, em princípio, celebrado pelo doente directamente com a clínica/hospital, mas, aí, a clínica e o médico serão responsáveis se se encontrarem preenchidos os requisitos de aplicação do art. 800, nº 1, CC.

como este resulta do contrato e do princípio geral da correcção de boa fé” — *Resolução por Incumprimento*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, p. 386.

De acordo com o referido por FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, p. 116-117, o cumprimento deverá ser considerado como defeituoso quando exista desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efectivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos, devendo ser entendida a desconformidade como não correspondência com as *leges artis*, de acordo com o estágio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde.

¹¹⁴ HENRIQUES GASPAR, *op.cit.*, pp. 343-344

¹¹⁵ Mais à frente, quando analisarmos mais aprofundadamente o pressuposto essencial da responsabilidade civil que é a culpa, teremos oportunidade de expor as razões que nos levam a não concordar com os autores (por exemplo, TEIXEIRA DE SOUSA, *op.cit.* pp. 129 e ss) que defendem que, nos casos de responsabilidade civil médica cuja fonte seja contratual, não há motivos que justifiquem a aplicação de semelhante presunção de culpa, havendo, pelo contrário, razões relevantes que propendem no sentido de tal aplicação contribuir para um desequilíbrio processual entre as partes, onerando demasiadamente a posição do médico.

Pensamos, no entanto, que é precisamente a necessidade de assegurar um certo equilíbrio das posições processuais das partes e o facto de ser o médico, e não o doente, aquele que está em melhores condições de provar que o incumprimento não provém de culpa sua, uma vez que tem, por exemplo, acesso directo à sua documentação e informações clínicas sobre os doentes.

¹¹⁶ Enquanto empresa organizada para a prestação de serviços médicos.

Por aplicação de tal normativo¹¹⁷, a clínica responderá contratualmente pelos actos praticados por todas as pessoas que utilizar no cumprimento das suas obrigações¹¹⁸ e que tenham intervindo no diagnóstico.

O médico não é parte do contrato de prestação de serviço celebrado entre clínica e doente, sendo unicamente um “auxiliar ou pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação” (art. 800, nº 1) podendo, eventualmente, responder extracontratualmente se se preencherem os pressupostos desta responsabilidade¹¹⁹.

Análoga é a situação em que o médico trabalha num hospital público, em que deverá ser aplicado o diploma legal que estabelece o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades¹²⁰. Resulta deste diploma, para o médico, um regime mais favorável do que aquele que ressalta das regras que regulam a responsabilidade civil vertidas no CC.

Com efeito, o médico só é responsável pelo ressarcimento dos danos causados ao doente se, segundo o art. 8º, nº 1, da referida lei, tiver procedido “com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo”.

No entanto, mesmo nestes casos, é o Estado ou a instituição pública para a qual o médico trabalha que fica directamente responsável pela a indemnização ao lesado, gozando depois de direito de regresso contra o médico (art. 8º, nº 3).

¹¹⁷ Tal aplicação a estes casos é afirmada pela maioria da doutrina portuguesa, MOITINHO DE ALMEIDA, *op.cit.*, p. 344, FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op.cit.*, p. 51 e pp. 91-94, FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 91-92.

¹¹⁸ Uma nota impõe-se. Conforme salienta MOITINHO DE ALMEIDA, *op.cit.*, não subsistindo contrato, a clínica só responde por actos de terceiros, desde que seus comitidos e no exercício das respectivas funções (art.º 500 CC). Se a direcção da clínica não for exercida por médicos, a falta de possibilidade de dar ordens e instruções exclui a relação de comissão relativamente àqueles que nela pratiquem, dentro dos limites do exercício dos actos próprios da profissão médica, pelo que não responderá extracontratualmente.

¹¹⁹ Para mais pormenores sobre os variados tipos de relações que podem ser estabelecidas entre médico, doente, clínica, empresa, *vide* FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 85-98.

¹²⁰ Lei nº 67/2007, de 21 de Dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 31/2008, de 17 de Julho, que revogou o Decreto-Lei nº 48 051, datado de 21 de Novembro de 1967, que regulou, durante décadas, o essencial do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

Se o acto tiver sido cometido no exercício das funções e por causa desse exercício, prescreve o art. 8º, nº 2, a responsabilidade solidária entre o agente e a instituição pública. Quando a acção ou omissão ilícita tiverem sido cometidas com *culpa leve*, o médico não será responsabilizado, mas apenas “o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público” (art. 7º, nº 1).

Relevante é, ainda, referir que pode ocorrer uma situação de concurso de fontes de responsabilidade civil, uma vez que o mesmo facto pode constituir uma violação do contrato e um ilícito extracontratual¹²¹ quando a actuação do médico, além de violar o contrato a que se encontra adstrito, consubstancia também uma violação de direitos absolutos ou de interesses legalmente protegidos do doente. Impor-se-á, então, esclarecer que solução se há-de dar ao caso de concurso de fontes de responsabilidade do médico.

Apesar de alguns Autores¹²² defenderem que, quando haja uma situação de concurso, apenas se devem aplicar as regras resultantes da responsabilidade contratual, que consomem as da responsabilidade extracontratual, consideramos mais acertada a posição contrária.

Sufragada pela maioria da doutrina nacional¹²³, esta posição defende que deve ser aceite a solução da concorrência de responsabilidades. Esta poderá reflectir-se numa resolução da questão através de um sistema de opção por uma das formas de responsabilidade, ou de um sistema de cúmulo, numa mesma acção, de regras de uma e

¹²¹ FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op.cit.*, p. 40.

¹²² ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 551-552.

¹²³ A tese da aceitação do concurso de responsabilidades é, entre nós, sufragada por vasta doutrina, MOITINHO DE ALMEIDA, *op.cit.*, p. 331, HENRIQUES GASPAS, *op.cit.*, p. 345, FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op.cit.*, p. 40, FERREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 81-82, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina: Coimbra, 1982, p. 411, RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 209 e ss, entre outros.

de outra forma de responsabilidade, à escolha do lesado, consoante as que considere mais favoráveis e conformes aos seus interesses¹²⁴.

4.1.2. O acto médico constitutivo do facto voluntário do agente

O pressuposto usualmente indicado pela doutrina em primeiro lugar é intuitivo e prende-se com a circunstância de ser exigido um facto voluntário do agente.

Pois bem.

Quanto às acções de *wrongful life*, parece óbvio o preenchimento do facto voluntário do agente. Com efeito, as mais das vezes, trata-se de uma omissão negligente ou de violação das *leges artis* por parte do médico, que no caso tinha a seu cargo o dever específico de identificar ou revelar certos factos, propor determinados testes, efectuar dado diagnóstico.

Não o tendo cumprido cabalmente, pode verificar-se uma responsabilidade extracontratual ou contratual.

Efectivamente, quanto à última, existindo um contrato de prestação de serviço médico celebrado entre médico e consulente¹²⁵, o devedor da prestação (o médico) omite um acto devido — a informação¹²⁶ — ou seja, neste caso específico, a informação relativa aos exames de diagnóstico disponíveis ou aconselháveis a uma condição que devia ser detectada na progenitora e às malformações que daí poderiam advir à criança.

O seu comportamento faltoso será então susceptível de desencadear os mecanismos de responsabilidade civil na vertente contratual (arts. 798 ss).

¹²⁴ Por exemplo, estando em confronto as regras de cada uma das formas de responsabilidade respeitantes à prescrição (arts. 498 e 309), à prova da culpa (arts. 487, n° 1 e 799, n° 1) e à responsabilidade por actos praticados por auxiliares (arts. 500, n° 2 e 800, n° 1, CC).

¹²⁵ Conforme referimos no número anterior, esta é a situação mais usual na prática médica em Portugal.

¹²⁶ O dever de informar encontra-se entre os deveres acessórios, complementares ou laterais do contrato médico, de acordo com o já referido nas pp. 31-33 do presente trabalho.

Na perspectiva da responsabilização civil extracontratual do médico, podemos concluir que se verifica igualmente este pressuposto, uma vez que a omissão da informação ou a sua revelação errada, o erro na execução de exames, entre outros circunstancialismos que podem ocorrer, são inequivocamente de classificar enquanto actos controláveis pela vontade humana e, portanto, *factos voluntários*, tanto quando se tratem de acções (art. 483) como de omissões (art. 486)¹²⁷.

No caso decidido pelo STJ em 19 de Junho de 2001¹²⁸, o médico violou o seu dever de informação. Estando ao dispor do profissional de saúde dados que lhe permitiriam concluir pela probabilidade de existência de malformações do feto, entre os quais o facto de a gravidez ser de risco e o volume uterino inferior ao normal para a idade gestacional¹²⁹, o médico tinha o dever de solicitar a realização de exames mais específicos, através dos quais teria, com toda a certeza, detectado as malformações que afligiam o nascituro.

Não tendo procedido desta forma, conforme as *leges artis*, o médico omitiu informações relevantes, tendo os progenitores prosseguido com a gravidez na expectativa de que o feto seria saudável, o que não chegou a verificar-se, facto de que os pais só se aperceberiam aquando do nascimento. Não fosse a omissão do médico, os pais de André Filipe teriam, face às graves malformações do feto, tido a hipótese de interromper voluntária e licitamente a gravidez.

Antes de formularmos conclusões acerca da ilicitude da conduta do médico, convém agora reter que se encontra preenchido, para efeitos de responsabilidade civil extracontratual (art. 483) e contratual (art. 799), o seu primeiro pressuposto. De facto, verifica-se inequivocamente que as actuações do médico se constituem como *factos voluntários*.

¹²⁷ Neste caso, o dever jurídico especial impende sobre o médico de praticar um acto (cumprir correctamente o seu dever de informação) que, muito provavelmente, teria impedido a verificação do dano.

¹²⁸ Vide Ac. STJ, 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, pp. 371-377 e o ponto 2.6. da presente dissertação.

¹²⁹ Ac. STJ, 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, p. 373.

4.2. Ilicitude

O segundo pressuposto do instituto da responsabilidade civil é a ilicitude da conduta do agente.

A ilicitude¹³⁰ corporiza-se num juízo de censura por parte da ordem jurídica relativamente ao comportamento do agente. O art. 483, influenciado pelo sistema alemão de cláusula fechada, estabelece duas formas de ilicitude. A primeira refere-se à violação de direitos subjectivos e a segunda à violação de interesses legalmente protegidos.

Optando o lesado pela tutela conferida pela responsabilidade contratual, não necessitará de recorrer ao preenchimento destas formas de ilicitude, já que, neste âmbito, a violação ou defeituoso cumprimento do contrato celebrado entre as partes se constitui como um facto ilícito.

Isto só é válido, naturalmente, quanto à acção proposta pelos pais em seu próprio nome (acção de *wrongful birth*)¹³¹, uma vez que o contrato médico é celebrado entre eles e o profissional de saúde que violou as *leges artis* ou seus deveres de informação e esclarecimento. É então aplicável o regime da responsabilidade contratual dos arts. 798 e ss.

No respeitante à acção de *wrongful life*, afigura-se decerto muito difícil a inclusão de idêntica pretensão da própria criança nesta base. Quanto a ela, tentaremos adiante outra construção.

Por outro lado e no plano da responsabilidade civil extracontratual, verificamos que, mais uma vez, há diferenças de relevo a apontar entre a acção de *wrongful birth* e a de *wrongful life*.

Com efeito, ao suprimir aos pais a possibilidade de recurso a uma interrupção voluntária da gravidez, lícita ao abrigo do art. 142, nº 1, al. c), CP, através de

¹³⁰ Para uma análise mais aprofundada deste pressuposto e questões conexas, vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 472 e ss, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 530 e ss, MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 289 e ss, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 561 e ss.

¹³¹ É também esta a opinião defendida por MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 330-332.

informações erradas ou omissas, o médico incorre naquela primeira forma de ilicitude, pois assim viola direitos subjectivos deles, designadamente, o seu direito à autodeterminação pessoal e à livre disposição do próprio corpo, além de atentar contra a sua liberdade reprodutiva.

E quanto à *criança*? Não se poderá considerar ter sido cometido um facto ilícito relativamente a ela?

Esta interrogação leva-nos directamente à questão da titularidade de direitos pelo nascituro, uma vez que, à data do facto voluntário do médico, a criança ainda não era nascida.

Na verdade, e independentemente de qualquer posição tomada a propósito da atribuição ou não de personalidade jurídica ao nascituro já concebido¹³², é inegável a protecção legal de interesses dos mesmos¹³³.

A sua condição de nascituro não o exclui, pois, só por si, da invocação da ilicitude do acto do agente.

A questão que prontamente se suscita é a de saber se o ilícito praticado perante os pais, acima referido, será o mesmo que o ocorrido face ao nascituro — e prontamente concluímos que não é.

Com efeito, o que logo se pensa que a criança reivindicará perante o médico será o seu "direito a não nascer".

A este respeito, porém, tal como um importante sector doutrinário aponta¹³⁴, também nós duvidamos da adequação do emprego de uma “linguagem dos direitos” na análise deste tipo de acção.

¹³² Esta é uma querela doutrinária já antiga e que tem dividido a doutrina portuguesa. Para um resumo das diversas posições assumidas acerca desta questão, *vide* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 70 e ss.

¹³³ Veja-se os exemplos dos arts. 952º, 2033, nº 1, 1878º, 2240, nº 2, no direito civil.

¹³⁴ NANCY JECKER, *The ascription of rights in wrongful life suits*, em *Law and Philosophy*, nº 6, 1987, pp. 150 e ss, FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, pp. 84 e ss, MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 932 e ss, FERNANDO DIAS SIMÕES, *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana*, em *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13, 2010, pp. 198 e ss.

Afirmar que o que está em causa nessa hipótese é um pretense “direito a não nascer” ou “direito à não existência”¹³⁵ parece presumir que a pretensão do autor tem de se ancorar num suposto direito deste género, o que não corresponde à realidade, como tentaremos demonstrar¹³⁶.

Simplesmente, a ilicitude que se verifica perante os pais, em face do erro médico, insere-se na violação dos seus direitos subjectivos, integrando uma responsabilidade civil nos termos do art. 798, ao passo que, perante a criança, que não interveio na consulta médica, já não poderá certamente falar-se de uma directa violação dos seus direitos.

Na acção de *wrongful life*, a transposição da responsabilidade civil resultante de um acto praticado perante os pais para o ilícito sofrido pela criança implicaria, como se tem notado, designadamente no acórdão do nosso Supremo Tribunal de Justiça, como temos referido, uma "desconformidade entre o pedido e a causa de pedir".

Em nosso parecer, a questão só poderá ser ultrapassada se entendermos que, não havendo efectivamente uma directa ofensa de direitos subjectivos da criança, ainda assim, o pressuposto da ilicitude poderá quanto a ela assentar recorrendo-se à ideia do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*, figura enquadrável no âmbito das teorias que sustentam a existência de uma *terceira via* da responsabilidade civil¹³⁷.

Já alguma doutrina nacional e estrangeira, conforme indicaremos, apontou esta via como uma alternativa que possibilitaria a admissão das pretensões de *wrongful life*. No entanto, não foi ainda devidamente explorada esta opção, pois a maioria dos autores

¹³⁵ Ac. STJ 19 Junho 2001, *op. cit.*, p. 376-377, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 383, FERNANDO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 137. Tanto o acórdão como estes autores invocam como argumento a favor da inadmissibilidade deste tipo de acções a inexistente consagração legal, na nossa ordem jurídica, de semelhante direito.

¹³⁶ V. ponto 6 da presente dissertação.

¹³⁷ Já adiantando, é este o caminho que nos propomos a analisar com mais detalhe (no ponto final do presente trabalho), em ordem a decidir da sua bondade para sustentar uma eventual pretensão deste género na ordem jurídica portuguesa. Não obstante, julgamos de fulcral importância continuar com a análise crítica dos restantes pressupostos do instituto da responsabilidade civil, uma vez que em todos se levantam questões pertinentes e que poderão influir numa tomada de decisão acerca da viabilidade deste tipo de acções e na adopção, ou não, da referida teoria.

opta por apenas fazer uma breve referência à referida possibilidade, não se retendo em considerações mais alongadas sobre a mesma.

Como já indicámos, é justamente este o nosso objectivo.

4.3. Culpa

No Direito Civil português, a regra é a de que a responsabilidade civil pressupõe a culpa (art. 483, nº 1), não existindo sem ela¹³⁸. Este é o pressuposto¹³⁹ que menos problemas suscita, quando analisado em referência às acções de *wrongful life*.

Não obstante, deve ser alvo de umas breves palavras.

A culpa consubstancia-se como um juízo de reprovação dirigido pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, porque, nas circunstâncias concretas do caso e dada a sua capacidade, podia e devia ter agido de modo diverso¹⁴⁰. Trata-se, pois, da omissão da diligência que seria exigível ao agente, de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe¹⁴¹.

Este pressuposto deverá ser apreciado em abstracto, segundo a diligência do homem médio¹⁴², de acordo com o critério tradicional contido no art. 487, nº 1¹⁴³.

No que respeita à actividade médica, a culpa deverá ser aferida pelo zelo, qualidades, pelo discernimento que em cada caso concreto teria tido um médico normalmente competente, cuidadoso, um profissional que, sem ter de ser excepcionalmente competente, atinja, pelo menos, o nível médio dos da sua classe¹⁴⁴. Assim, a culpa caracterizar-se-á, nesta área, pela omissão do dever de cuidado exigível

¹³⁸ Com excepção dos casos especificados na lei, de acordo com o art. 483, nº 2. De acordo com este artigo, os casos de responsabilidade objectiva ou pelo risco são excepcionais.

¹³⁹ Para mais desenvolvimentos acerca das questões gerais ligadas a este pressuposto, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op.cit.*, pp. 474 e ss., ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 566 e ss., MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 313 e ss., ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 578 e ss.

¹⁴⁰ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 474.

¹⁴¹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 313.

¹⁴² Ideia romana do *bonus pater familias*.

¹⁴³ Este critério de apreciação é comum a ambas a formas de responsabilidade, por remissão do art. 799, nº 2.

¹⁴⁴ HENRIQUES GASPAR, *op. cit.*, p. 344.

na actuação do médico, segundo o desenvolvimento dos conhecimentos da ciência médica no momento da realização do acto¹⁴⁵.

Nos casos em que existe um incumprimento, por parte do médico, dos deveres que lhe incumbem, serão muito raros aqueles em que tenha havido dolo ou a intenção de prejudicar o doente, dada a formação ética de tais profissionais¹⁴⁶.

De facto, no seio da responsabilidade civil médica, a doutrina constata que, na esmagadora maioria das vezes, a responsabilidade advirá da falta de “perícia, de aptidão, de zelo, de cuidado, de senso, de experiência”¹⁴⁷, portanto, de negligência¹⁴⁸.

Nas acções judiciais que analisámos, com efeito, o profissional de saúde infringiu claramente as *leges artis*, violando o dever de cuidado e diligência que sobre si impendia e que lhe era exigível, não tendo, no entanto, procedido com dolo ou intenção de prejudicar.

Na nossa análise, deparámos sempre com situações em que o médico não propôs ou recusou um exame de diagnóstico pré-natal quando o deveria ter feito (como no caso americano *Becker v. Schwartz*¹⁴⁹ ou no caso decidido na Holanda¹⁵⁰); em que não diagnosticou, como cumpria, uma doença que afectava a mãe e que teria como prováveis consequências as malformações do nascituro (caso alemão, decidido pelas várias instâncias deste país¹⁵¹); em que interpretou mal os resultados de análises, não tendo assim diagnosticado a doença da mãe (caso *Perruche*, decidido pelas várias instâncias francesas¹⁵²), em que não identificou as deficiências, nem alertou para a

¹⁴⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁶ MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 333 e ÁLVARO RODRIGUES, *op. cit.*, p. 206.

¹⁴⁷ HENRIQUES GASPAR, *op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁸ Efectivamente, os casos que analisámos permitem-nos extrair a mesma conclusão.

¹⁴⁹ *New York Court of Appeals, Becker v. Schwartz*, decisão datada de Dezembro de 1978, com a factualidade descrita por KLODOWSKI, *op. cit.*, p. 544 e FOUTZ, *op. cit.*, p. 841.

¹⁵⁰ Cf. referência a esta decisão no ponto 2.4. do presente trabalho e nota 58.

¹⁵¹ Cf. referências a estas decisões no ponto 2.3. do presente trabalho e notas 45 – 54.

¹⁵² Cf. para referências bibliográficas e sobre a factualidade deste famoso caso, o ponto 2.5. do presente trabalho, notas 62 – 84.

possibilidade da sua ocorrência (caso inglês *Mckay v Essex Area Health Authority*¹⁵³ ou em que, como em Portugal¹⁵⁴, houve leitura negligente de radiografias.

Uma importante referência impõe-se, quanto ao regime de prova da culpa do agente, que assume diferentes contornos, consoante a responsabilidade do agente seja extracontratual ou contratual.

Na responsabilidade delitual, de acordo com o art. 487, n.º 1¹⁵⁵, é, regra geral, o lesado que deve efectuar a prova da culpa do lesante¹⁵⁶.

Pelo contrário, na responsabilidade contratual, segundo o art. 799, n.º 1, vigora uma presunção legal de culpa, operando, pois, uma inversão do ónus da prova (art. 350, n.º 1), que passa a recair sobre o autor da lesão.

Desta forma, para evitar a obrigação de indemnizar o lesado, o agente deve efectuar prova de que a falta ou o cumprimento defeituoso da obrigação não provêm de culpa sua, demonstrando que observou todos os cuidados exigíveis, enquanto ao credor bastará provar a situação de incumprimento contratual por parte do médico.

No seio da responsabilidade civil médica, este regime funciona sem restrições, o que parece, aliás, ser a solução mais justa.

Não concordamos¹⁵⁷, pois, com a posição sufragada por alguns autores¹⁵⁸, que defendem que a presunção legal de culpa vigente para a responsabilidade contratual não deve aplicar-se à responsabilidade civil médica.

Argumentam que a inversão do ónus da prova vem sobrecarregar a posição do médico com a demonstração de resultados que não garantiu nem podia garantir, porque

¹⁵³ [1982]. Q.B., 1166, [1982] 2 W.L.R., 890.

¹⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001, Processo n.º 01A1008 disponível em www.dgsi.pt ou na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, 2001-2002, n.º 3933, pp. 371-377.

¹⁵⁵ O mesmo resulta do art. 342, n.º1.

¹⁵⁶ Excepto em casos de presunção legal de culpa, como, por exemplo, os contidos nos arts. 491, 492, n.º 1, 493, n.º 1 e 493, n.º 2.

¹⁵⁷ Conforme notámos anteriormente, no ponto 3, nota 117, do presente trabalho.

¹⁵⁸ MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 337 e TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 136.

a sua obrigação, sendo de meios e não de resultado, deverá levar o lesado a ter de provar a culpa do médico, de modo que se possa alcançar uma igualdade relativa entre partes.

Os argumentos invocados por estes autores não devem proceder, antes de mais porque a inversão do ónus da prova é claramente imposta pelo art. 799, nº 1.

Depois, fazer impender sobre o médico o ónus de provar que actuou com toda a diligência não será sobrecarregá-lo de modo desproporcional, dada a posição mais débil do lesado perante o médico, pois, na maioria dos casos, tratar-se-á de um leigo.

A acrescer a isto, vem o facto de o médico ter acesso directo à sua documentação, informações clínicas sobre os seus doentes e respectivos tratamentos, assim como ao acervo de conhecimentos técnicos. Indubitavelmente, encontra-se em melhores condições para provar que agiu com a diligência necessária e de modo conforme às *leges artis* e que o dano não se deve a culpa sua.

Por fim, deve notar-se que a qualificação da obrigação do médico como obrigação de meios e não de resultado não deverá levar a outra conclusão. De facto, tal como refere FERREIRA DE ALMEIDA¹⁵⁹, “ou se considera que o tratamento defeituoso é desconforme com os “meios” que deveriam ter sido usados, competindo ao médico provar que não poderia ter empregue os adequados; ou se faz recair o encargo da prova da culpa sobre o lesado, violando ostensivamente a referida presunção legal de culpa”. O médico deverá provar que não lhe era exigível outro comportamento, que utilizou os meios adequados (ou que “não poderia ter empregue os adequados”) e de que actuou com a diligência exigida e conforme às *leges artis*, caso o lesado logre fazer provar da existência do contrato e do seu incumprimento/cumprimento defeituoso¹⁶⁰.

A classificação doutrinária entre obrigação de meios e de resultado não deverá alterar as regras legalmente estabelecidas sobre a repartição do ónus da prova, sob pena da sua violação¹⁶¹.

¹⁵⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 118.

¹⁶⁰ ÁLVARO RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 209

¹⁶¹ Alinhamos, assim, com o sector doutrinário encabeçado por FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 45-47, FERREIRA DE ALMEIDA *op. cit.*, pp. 117-119, e ÁLVARO RODRIGUES, *op. cit.*, que defende também ser aplicável esta presunção legal de culpa no âmbito da responsabilidade civil médica.

Deste modo, a presunção legal de culpa do art. 799 deve ser utilizada quanto à responsabilidade civil médica de fonte contratual e devem, ainda, por outro lado, vigorar as regras gerais de repartição do ónus da prova relativamente aos casos em que a responsabilização médica é extracontratual.

No caso analisado em Portugal, o autor começou por pedir ao tribunal o ressarcimento dos danos que sofreu de acordo com as normas da responsabilidade extracontratual (art. 483 e 485, nº 2) mas, depois, evidenciando alguma confusão, tentou, nas alegações de recurso¹⁶², recorrer aos princípios de responsabilidade contratual, considerando em vigor entre as partes um contrato de prestação de serviço médico (art. 1154), pelo que seria de aplicar a presunção de culpa do art. 799. O tribunal concluiu que o pedido se deveria situar no campo da responsabilidade contratual¹⁶³.

Referindo-se especificamente à culpa do agente, o tribunal decidiu que esta assenta não no facto de o médico não ter garantido a cura, mas sim na circunstância de não ter usado todos os seus “conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão necessariamente impõe e com os quais seria possível dar a conhecer aos pais do autor as malformações da filha”¹⁶⁴ — e entendeu, portanto, que o réu actuou negligentemente.

Em nossa opinião, não poderia o tribunal ter julgado de outro modo, fixando-se assim a culpa do agente (na modalidade de negligência) e dando-se este pressuposto da responsabilidade civil como verificado.

Mais ainda, considerou o tribunal aplicável ao caso o regime da responsabilidade contratual, o que inclui a presunção de culpa do lesante (por falta de indicação em contrário na decisão) e a consequente inversão do ónus probatório operada pelo art. 799.

Concordamos com a decisão do STJ quanto a estes pontos.

¹⁶² Ac. STJ, 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, pp. 372-373.

¹⁶³ Ac. STJ, 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, p. 375.

¹⁶⁴ Ac. STJ, 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, p. 376.

4.4. Dano

O dano é definido doutrinamente como a lesão causada no interesse juridicamente tutelado¹⁶⁵, e constitui-se como outro requisito da existência de responsabilidade civil.

De entre as várias espécies de dano enunciadas pelos civilistas¹⁶⁶, importa sublinhar a distinção entre dano real e dano de cálculo, assim como a classificação que diferencia os danos em patrimoniais e não patrimoniais.

Foi larga a discussão acerca da admissibilidade da indemnização por danos não patrimoniais no seio da responsabilidade civil contratual¹⁶⁷, nos casos em que o prejudicado recorre à tutela desta figura.

A relevância da questão prende-se com o facto¹⁶⁸ de, nas acções de *wrongful life*, tal como na maioria das restantes relacionadas com a responsabilidade civil médica, existir a hipótese de o lesado, podendo beneficiar dos dois regimes de responsabilidade civil, optar pelo que lhe for mais favorável ou tentar cumular regras de ambos, na medida em que, conforme referimos, é admissível o concurso de responsabilidades nesta sede.

Inclusivamente, no caso discutido em Portugal, o autor começou por fazer apelo a princípios e regras respeitantes à responsabilidade extracontratual¹⁶⁹, mas, posteriormente, acabou por socorrer-se da tutela que lhe era conferida no seio da responsabilidade contratual (dada a existência de um contrato de prestação de serviço).

¹⁶⁵ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 598.

¹⁶⁶ Para mais desenvolvimentos sobre outras espécies de danos, cf. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 597 e ss, MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 332 e ss., ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 590 e ss.

¹⁶⁷ Para uma clara e sucinta exposição das várias posições defendidas no âmbito desta problemática, RUI SOARES PEREIRA, *Responsabilidade por danos não patrimoniais no incumprimento das obrigações no direito civil português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 250 e ss.

¹⁶⁸ E também com o facto de, conforme já referimos, na maioria das vezes a relação estabelecida entre médico e paciente, assume contornos contratuais.

¹⁶⁹ Recorrendo, p. ex., ao art. 485, n° 2 (Ac. STJ, 19 Junho 2001, *op. cit.*, pp. 372 e 375).

No entanto, apesar de ter sido uma questão controvertida, a doutrina e a jurisprudência largamente maioritárias, hoje em dia, admitem que também nos casos em que a violação ocorre no âmbito de execução de um contrato de que resultam danos não patrimoniais, devem estes ser igualmente ressarcíveis. É, pois, decerto admissível o ressarcimento dos danos não patrimoniais¹⁷⁰, tanto no seio da responsabilidade civil extracontratual como contratual e, portanto, em qualquer que seja a forma de tutela que o lesado escolha para enquadrar a sua pretensão de *wrongful life*.

Os opositores, porém, à admissibilidade desta pretensão, têm contra ela aduzido argumentos de diversa índole, no âmbito do dano que integra a responsabilidade civil. É, na verdade, em sede de semelhante pressuposto que se situam os problemas mais difíceis de ultrapassar.

No entanto, não deixa de ser certo que os vários obstáculos suscitados, apesar de aparentemente lógicos, se prendem mais propriamente com objecções de fundo filosófico, religioso ou metafísico, do que com uma análise juridicamente isenta da questão.

Repare-se. Antes de mais, deparamo-nos com o argumento da “auto-contradição” (ou problema da “não-identidade”), que, segundo invocam os seus defensores, tornaria logicamente impossível demonstrar a existência de um dano.

O argumento consiste essencialmente em afirmar que, neste tipo de acções, a criança não pode ter qualquer pretensão indemnizatória contra aquele sem cujo comportamento errado não teria chegado a existir.

É que — dizem — com esta causa de pedir, o autor faz com que o seu próprio pedido indemnizatório acarrete a destruição dos pressupostos da responsabilidade civil

¹⁷⁰ De acordo com as directrizes contidas no art. 496, que estabelece que os danos não patrimoniais susceptíveis de compensação são apenas aqueles que pela sua gravidade o justifiquem.

que têm de ser preenchidos (especialmente, o dano) para que o médico possa ser condenado a indemnizar¹⁷¹.

Supomos, todavia que não colhe o argumento. Sublinha PAULO MOTA PINTO¹⁷², com razão, que não há uma inevitabilidade na destruição dos pressupostos indispensáveis à responsabilidade civil pelo facto de o acto que deu vida ao autor e sem o qual ele não existiria, ser o mesmo que este ataca por considerar que lhe causou danos: a existência da criança mal-formada é um facto, uma circunstância, um dado real, que, no entanto, não é afectado pela formulação do pedido, e, por isso, não deve poder ser posto em causa para efeitos de fixar a sua legitimidade.

Na verdade, defender que o autor destrói a base do seu próprio pedido de indemnização, é uma argumentação que encerra em si própria uma ofensa à criança que exige ser ressarcida, uma vez que as circunstâncias e as malformações com que nasceu não poderiam ter sido outras, a criança não poderia ter chegado à existência de outro modo — e, no entanto, existe.

Semelhante argumentação contém em si mesma uma renovação da ofensa que a criança sofreu, ao impedir que tente obter uma reparação do seu prejuízo.

Na verdade, apesar de o facto cometido pelo médico ter beneficiado a criança (trazendo-a à vida), o argumento não deve ser utilizado como uma defesa completa contra a procedência destas acções. Poderá, quando muito, servir para amenizar o sofrimento atroz provocado pelas deficiências severas que acompanharam tal benefício¹⁷³.

Também FOUTZ tenta ultrapassar o argumento, recorrendo a uma comparação¹⁷⁴, através da qual demonstra que muitas acções seriam consideradas improcedentes, caso

¹⁷¹ “(...) *were it not for the act of birth the infant would not exist. By his cause of action, the plaintiff cuts from under himself the ground upon which he need to rely in order to prove his damage*”, G. TEDESCHI, *On tort liability for wrongful life*, em *Israel Law Review*, 1, 1966, pp. 529.

¹⁷² Cf., *op. cit.*, p. 935.

¹⁷³ FOUTZ, *op. cit.*, p. 494

¹⁷⁴ Refere-se tal comparação ao caso de A, doente, ser amputado de um membro (para lhe salvar a vida), pelo médico B, vindo mais tarde a descobrir-se que poderia e deveria ter sido utilizado outro tratamento (administração de antibiótico), que teria tido igualmente sucesso no seu tratamento, evitando a amputação. Propondo A acção contra B pela perda da sua perna (devida à negligência de B, ao não ter

fosse utilizado tal raciocínio. Conforme refere, este tipo de argumentação acerca da impossibilidade lógica das pretensões de *wrongful life* parece não se prender tanto com questões de lógica, mas sim com preferências filosóficas ou valorativas.

Um mesmo acto pode, na verdade, ter consequências danosas mas ter, igualmente, consequências benéficas. Invocar o acto médico que permitiu à criança nascer como base para sustentar um pedido indemnizatório por danos que esse mesmo acto causou, não deve ser considerado contraditório.

Além da terminologia pela qual são designadas, é certo que também a forma como muitas vezes são expostos os factos pelos autores nestes tipos de acções (os pais, em *wrongful birth*, e a criança, representada pelos pais, em *wrongful life*), não contribui para a sua aceitação.

Com efeito, o facto de os pais afirmarem que, “se o profissional de saúde não houvesse sido negligente, a criança não teria nascido”, e de a própria criança, não obstante estar viva, afirmar que teria sido melhor para ela, dadas as suas deficiências, “nunca ter chegado a existir”, cria sérios problemas a uma apreciação isenta do seu conteúdo, uma vez que nos envia para a questão de saber “como pode a vida ser considerada um dano”, e mesmo dúvidas sobre se a admissão destas acções não feriria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Temos de as encarar de uma perspectiva diferente e que nos permita evitar os problemas metafísicos que são levantados por estas acções, desmistificando a invocação, pela criança, de que “teria sido melhor não ter nascido”.

É imperativa a tomada de uma posição pragmática. É tempo de encarar a realidade sem subterfúgios e soluções artificiais ou enviesadas, como, em grande parte, tem sido feito por certa doutrina e jurisprudência.

usado o tratamento menos invasivo indicado para aqueles casos), também aqui a causa de pedir assentaria no mesmo acto que permitiu a A viver, mas os tribunais e doutrina não invocam este argumento para impedir tal acção. *Vide FOUTZ, op. cit.*, pp. 493-495.

Diz-se por outro lado, ainda, que não é possível determinar o dano que sofreu a criança, devido a inultrapassáveis dificuldades no cálculo da indemnização, pois seria impossível a aplicação, nestes casos, da teoria da diferença¹⁷⁵.

Assim — diz-se — não haveria forma de comparar a actual situação do lesado à hipotética situação que existiria se o facto lesante não houvesse ocorrido, pois esta seria uma situação de não existência, de avaliação impossível para os tribunais¹⁷⁶. Faltará aí um padrão contrafactual de comparação^{177 178}, que permita aferir em que medida foi o autor lesado, de modo a poder avaliar a extensão do dano e a estabelecer-se uma compensação.

Referimo-nos, neste passo, ao *paradoxo da não existência*, que condena estas acções. De facto, a maioria da doutrina e da jurisprudência é impressionada por este argumento, negando a admissibilidade de tais acções com base, principalmente, nele — mas, quanto a nós, esta objecção deve ser ultrapassada.

Foram várias as tentativas de o afastar¹⁷⁹, mas a que mais nos impressiona é a oferecida por ALLAN HANSON¹⁸⁰.

Este autor propõe uma alteração na forma como é encarada tal acção, de forma que se possa evitar cair nos meandros das dificuldades de cálculo do dano relacionadas com o já referido *paradoxo da não existência*, que nos leva invariavelmente a

¹⁷⁵ De acordo com o art. 566, nº 2.

¹⁷⁶ FOUTZ, *op. cit.*, p. 496.

¹⁷⁷ A doutrina norte-americana e britânica apelida este exercício de comparação de “*counterfactual test*”, que consiste em comparar “*the plaintiff’s actual condition with the condition the plaintiff would have been in had the defendant’s alleged misconduct not occurred*”, cf. FEINBERG, *op. cit.*, p. 149. Trata-se, conforme podemos concluir, do equivalente à teoria da diferença que o art. 566, nº 2, manda aplicar de modo a ser determinado o dano a indemnizar.

¹⁷⁸ Entre nós, cf. JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano (...)*, *op. cit.*, p. 503, CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 5 e 8. Na doutrina estrangeira, v., entre outros, STOLKER, *op. cit.*, pp. 535-536. Também a jurisprudência se baseia no argumento para rejeitar a pretensão por *wrongful life*, vide *Gleitman v. Cosgrove*, 49. N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967). O *New Jersey Supreme Court* sustentou: “*infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination*”.

¹⁷⁹ ALLAN F. HANSON, *Suits for wrongful life, counterfactual, and the nonexistence problem*, em *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 5, 1996-1997, pp. 7-12.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, pp. 17-23.

discussões metafísicas que acabam por condenar, de forma quase irremediável, as acções por *wrongful life*.

Segundo a sua teoria, a atenção deve ser focada não sobre o autor enquanto pessoa, mas apenas na deficiência que o afecta¹⁸¹. Esta visão tornaria mais fácil analisar fria e objectivamente a questão.

Além disso, e mais especificamente quanto aos problemas de cálculo da indemnização, este autor defende que não é necessário recorrer a qualquer comparação contrafactual (ou qualquer comparação no âmbito de aplicação da teoria da diferença), que invoque o problema da não existência, para determinar o montante das despesas em que se incorreu devido à deficiência da criança, em termos de tratamentos e cuidados médicos (consultas médicas, fisioterapia, etc.), intervenções cirúrgicas, equipamento necessário (próteses, p. ex.), medicamentos, uma vez que aqui basta proceder ao cálculo através da soma das facturas respeitantes a tais gastos.

Podemos pois concluir afoitamente que, adoptando uma visão mais pragmática, é possível calcular os danos patrimoniais causados pela deficiência sem problemas de maior, deixando para trás os obstáculos metafísicos: no fundo, ao invocar o dano, a criança não se coloca verdadeiramente na posição de que “teria sido melhor não ter nascido”, mas que teria sido melhor “ter nascido sem a malformação” e, já que nasceu, que lhe compensem o dano causado pela malformação.

HANSON reconhece que é mais difícil a determinação dos danos não patrimoniais, (“*pain and suffering*”) mas, sublinha, não é mais árduo do que em qualquer outra acção que incida sobre a temática da responsabilidade civil em casos pré-natais e, acrescentamos nós, do que em qualquer outra acção em que se peça uma indemnização por danos não patrimoniais. A questão é melindrosa e trata-se sempre de colocar um valor monetário na dor, sofrimento, infelicidade, neste caso, da criança deficiente¹⁸².

Ao recorrermos à teoria da diferença para determinar a indemnização deste tipo de danos, podemos, de facto, encontrar um padrão contrafactual de comparação aceitável, como defendem HANSON e MOTA PINTO¹⁸³. Não seria necessário tentar efectuar a

¹⁸¹ HANSON, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁸² HANSON, *op. cit.*, pp. 17.

¹⁸³ HANSON, *op. cit.*, pp. 17 e 21-22, MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 934.

comparação com a situação alternativa hipotética em que aquele sujeito em particular estaria, se não houvesse ocorrido o facto¹⁸⁴. Deveria, então, comparar-se a actual situação do autor com deficiências graves, não com a hipotética situação em que estaria se houvesse o médico detectado as suas malformações, mas sim com a condição em que está qualquer pessoa que não sofra de tais deficiências, uma pessoa “sem malformações e regularmente funcionantes”¹⁸⁵.

Com esta formulação, não haverá necessidade de equacionar o *paradoxo da não existência*, ao mesmo tempo que se consegue encontrar uma forma prática e pragmática de efectuar a comparação necessária a determinar os danos não patrimoniais cuja indemnização é requerida¹⁸⁶.

No concernente aos danos não patrimoniais, estas dificuldades podem ser supridas através da fixação equitativa da indemnização, exactamente como indica o art. 496, nº 3.

Efectivamente, neste campo é impossível chegar a um valor certo e determinado dos danos sofridos, recorrendo, ou não, á utilização da teoria da diferença¹⁸⁷. É esta difícil asserção do *quantum exacto*, em termos pecuniários, dos danos não patrimoniais sofridos que leva o referido artigo a prescrever a sua fixação equitativa pelo tribunal, que julgamos ser aplicável, sem esforço, a estes casos.

¹⁸⁴ A situação de não existência em que estaria a criança, caso o médico houvesse sido diligente, detectando a sua malformação, pois os pais teriam escolhido recorrer a uma interrupção voluntária da gravidez.

¹⁸⁵ MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 934, HANSON, *op. cit.*, pp. 17 e 20-22.

¹⁸⁶ Este raciocínio é utilizado na asserção de uma variedade de realidades no âmbito da apreciação judicial de uma questão, por indicação do próprio Código Civil (por exemplo, no campo de apreciação da culpa, em que o art. 487 manda recorrer ao critério do homem médio). Não se vê por que não se poderá recorrer igualmente a este tipo de apreciação no caso concreto, de modo a poder adaptar a teoria da diferença a estes casos.

¹⁸⁷ Sendo certo que a teoria da diferença não é um método de determinação do dano apropriado a todos os tipos de dano, mormente, ao dano moral, em que levanta sérias dificuldades. Também TEFF, *op. cit.*, pp. 434-435 e MORILLO, *op. cit.*, p. 25, nota (38) chamam a atenção para esta circunstância.

Assim, e conforme já foi notado¹⁸⁸, parece que o problema das dificuldades de cálculo da compensação a conceder nestas acções não deveria ditar, *por si só*, a sorte das mesmas, uma vez estabelecida a existência de um dano. Tratar-se-á apenas de um obstáculo, passível de ser ultrapassado, caso os tribunais estejam dispostos empreender um esforço nesse sentido.

Pensamos, inclusivamente, que a recusa liminar da jurisprudência em considerar procedentes as acções de *wrongful life* com base neste argumento se poderá constituir como uma forma indirecta de denegação de justiça.

Finalmente, é necessário indagar se o dano configurado pelo autor se poderá constituir como um prejuízo juridicamente reparável, quando confrontado com o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado pela nossa Constituição como um dos vectores fundamentais da ordem jurídica, no seu art. 1º.

Será que o facto de o autor, nestas acções, tencionar obter uma compensação em virtude de ter nascido portador de graves deficiências, não detectadas devido a erro médico, quando a única alternativa possível à sua condição era a não existência, não nega o valor supremo atribuído pelo nosso sistema jurídico à vida humana? Uma acção com estes contornos não poderá ser considerada contrária ao princípio da intangibilidade da vida humana? Deverá ser negado o ressarcimento à criança nascida em tal circunstancialismo com base nesta argumentação?

São vários os autores que se pronunciam neste sentido¹⁸⁹. Não obstante, não nos parece ser a forma mais adequada de solucionar a questão em apreço. De facto, a atribuição de uma indemnização ao autor desta acção pode não implicar

¹⁸⁸ MARTA NUNES VICENTE, *Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche*, em *Lex Medicinæ*, Ano 6, nº 11, 2009, p. 134, nota (70).

¹⁸⁹ Entre outros autores nacionais, JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano corporal*, *op. cit.*, pp. 503-504, MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 331-332, CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 5-6 e 11-14, NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 135 e ss. No estrangeiro, v., p. ex, BOTKIN, *op. cit.*, pp. 1544-1545, DUGUET, *op. cit.*, pp. 146-147, MARTÍN-CASALS/FELIU, *Spanish case note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, p. 218.

necessariamente uma valoração negativa sobre a própria vida deficiente em concreto ou sobre qualquer vida deficiente em geral, nem abrir a porta a práticas eugénicas¹⁹⁰.

Não se trata de efectuar qualquer juízo acerca do merecimento ou importância daquela vida. Trata-se sim, de reconhecer que um facto ilícito e culposo, da responsabilidade de outrem, se traduziu num aumento exponencial de encargos económicos e financeiros e na ocorrência, muito provável, de sequelas psicológicas.

Efectivamente, ao indagarmos acerca da finalidade da concessão de uma indemnização em acções de *wrongful life*, podemos chegar à mesma conclusão. A reparação de danos que é requerida por parte do autor não passa, em qualquer circunstância (o que seria até absurdo) pela reconstituição natural, isto é, pela colocação do autor na situação em que estaria caso o facto não houvesse ocorrido¹⁹¹. Este é, indubitavelmente, um dos casos em que, afigurando-se impossível a reconstituição natural, prescreve o art. 566, nº 1, que deverá ser equacionada a atribuição de uma indemnização em dinheiro.

Assim, a compensação monetária, nos casos de *wrongful life*, tem como objectivo cobrir os gastos extraordinários ocorridos devido às deficiências, amenizar a dor daquele que nasceu portador de graves malformações, punir o facto negligente cometido pelo médico, e, ainda, prevenir futuras situações de negligência nesta área delicada da prática médica¹⁹².

Muito menos pretenderá a criança, através da pretensão que apresenta, solicitar auxílio para uma “morte digna” ou uma autorização para o suicídio¹⁹³, não pretendendo auto-limitar o seu direito à vida por qualquer modo. Desta forma, pensamos que não se afiguram como adequadas as objecções de ordem pública (*public policy*) que são, por

¹⁹⁰ Como certa doutrina confessa rezear. Cf., NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹¹ Que seria uma situação de não existência, já que teria sido praticada uma interrupção voluntária da gravidez.

¹⁹² Sublinhando a função da indemnização nestes casos, também HANSON, *op. cit.*, p. 16 e STOLKER, *Wrongful life (...)*, *op. cit.*, pp. 529-530.

¹⁹³ Conforme nota também NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 135.

parte de certos tribunais, maioritariamente estrangeiros, erigidas contra este tipo de acção¹⁹⁴.

Parece uma argumentação artificial e contraditória aquela que defende que um julgamento favorável da pretensão da criança traz implícita uma valoração desfavorável acerca da dignidade da sua vida, o que contenderia com o princípio da dignidade humana e com o princípio da sua intangibilidade.

Isto é, afigura-se contraditório permitir aos pais optar, nas mesmas precisas circunstâncias, por uma interrupção voluntária da gravidez, lícita ao abrigo e dentro dos limites do art. 142, nº 1, al. c), CP e permitir-lhes, a maioria das vezes, obter uma indemnização pelos mesmos factos que sustentam a pretensão da própria criança.

A permissão, pelo sistema jurídico nacional, do aborto eugénico em determinado tipo de situações (como as que afectam os autores deste tipo de pretensões), deixa antever e torna difícil negar que as deficiências que atingem a criança que teria estado em condições de integrar aquela previsão legal (não fosse o erro médico), devem ser consideradas como um dano que a atinge¹⁹⁵. As deficiências, sublinhe-se, e não a vida por si só¹⁹⁶.

De facto, permitir a realização da interrupção voluntária da gravidez em tais situações não implica uma valoração negativa acerca da dignidade e merecimento da vida intra-uterina atingida por malformações, visa evitar situações de sofrimento extremo¹⁹⁷, nem potencializa o eugenismo.

¹⁹⁴ Vide entre a jurisprudência norte-americana, a decisão do caso *Gleitman v. Cosgrove*, em que o tribunal declarou “*even if [such] damages were cognisable... a claim for them would be precluded by the countervailing public policy supporting the preciousness of human life*”, *apud* TEFF, *op. cit.*, p. 430. Também na decisão do caso *Mckay v. Essex Area Health Authority*, os tribunais britânicos recorreram a esta argumentação declarando que “*would... make a further inroad on the sanctity of human life, which would be contrary to public policy*”, *apud* HENDRIKS, *op. cit.*, p. 99.

¹⁹⁵ Pronunciando-se igualmente neste sentido, PAPACHRISTOS, *op. cit.*, p. 226.

¹⁹⁶ V., também, TEFF, *op. cit.*, p. 428.

¹⁹⁷ Veja-se, a título de exemplo, o caso da criança no “*Kelly Case*”, decidido pelos tribunais holandeses, que vive numa situação em que experiencia dores quase incessantes, cf. CARDOSO CORREIA, *op. cit.*, p. 104.

Assim sendo, não faz sentido, quando analisada a situação *a posteriori*, negar a concessão de uma compensação ao autor nascido naquelas condições, argumentando que, nesses casos, o julgamento favorável de tal pretensão implicaria uma valoração negativa quanto à dignidade daquela vida.

Seria diametralmente diferente a situação, se o sistema jurídico não legitimasse a interrupção voluntária da gravidez, nestes casos¹⁹⁸; mas, permitindo-a, como permite, não se percebe que razão subjaz à ideia de que, não obstante a licitude do aborto eugénico, a concessão de uma indemnização à criança, por ter nascido com deficiências que a afectarão em todos os campos da sua vida, em razão de um comportamento médico negligente, implicaria um juízo desfavorável acerca do valor da sua vida.

Com efeito, conforme sublinhámos, uma decisão favorável do tribunal quanto à admissibilidade desta pretensão, não traz implícito um juízo sobre o valor da vida da criança enquanto tal. O que está em causa é viver com a deficiência. Este juízo e a atribuição de uma compensação não é, de resto, diferente¹⁹⁹ daquele que é efectuado diariamente pelo tribunal em acções em que é pedida uma indemnização por diminuição de capacidades e condições materiais e morais e pelos sofrimentos de pessoas que vivem uma vida deficiente por acto ilícito e culposo de outrem.

Creemos, assim e em suma, que este argumento não é suficiente para se concluir que a decisão que considerasse procedente a pretensão e concedesse uma indemnização à criança, seriam atentatórias da dignidade e intangibilidade da vida humana.

A este respeito, deve aliás ponderar-se que, apesar de o direito à vida ser o valor supremo do nosso ordenamento jurídico, este não é absoluto. Vejam-se as relativizações que sofre a sua protecção, como na não incriminação do suicídio, ou na possibilidade de ser atingido em matéria de legítima defesa ou em estado de necessidade²⁰⁰ — mas,

¹⁹⁸ Nesse caso, a criança não teria pretensão indemnizatória digna de deferimento, uma vez que não existiria alternativa à sua condição. Nem os pais poderiam propor uma acção por *wrongful birth*, pois, não tendo qualquer direito a escolha, nenhuma faculdade lhes foi suprimida. Sublinhando também este ponto, MORILLO, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁹⁹ Neste sentido, tal como nós, STOLKER, *Wrongful life (...)*, *op. cit.*, p. 530.

²⁰⁰ Também DIAS SIMÕES, *op. cit.*, p. 199 e MORILLO, *op. cit.*, pp. 26-27 se referem a estas relativizações na protecção do direito à vida.

independentemente disso, na acção de *wrongful life*, o que está em causa não é um atentado à vida ou à dignidade da vida humana, parecendo até que este tipo de objecções se prende mais com considerações éticas e morais, e não jurídicas.

De facto, num plano estritamente jurídico, o objectivo de tal acção não é comparar ou ajuizar do valor da vida ou do direito de não existência, mas de compensar os sofrimentos e privações que a criança experienciou após o nascimento^{201 202}.

Além disto — acrescente-se, na esteira de SARGOS²⁰³ — não parece que, pela recusa deste tipo de pretensões se sublinhe ou de qualquer modo se afirme o valor absoluto, supremo e intangível da vida humana. Pelo contrário, tal recusa é que surgirá, ela própria, como um expediente ainda mais atentatório da dignidade humana e do respeito pela sua intangibilidade.

Em suma, parece-nos pois de concluir que a indemnização à criança, na *wrongful life*, não lhe relativiza o valor da vida, nem nega a sua dignidade, antes a protege²⁰⁴ e enfatiza, ao conferir-lhe os meios monetários que amenizem o seu sofrimento e lhe satisfaçam as necessidades e encargos decorrentes da deficiência, antes contribui para a sua *afirmação*, enquanto pessoa humana, assegurando o respeito pelos arts. 1º e 24 da Constituição da República.

²⁰¹ DEUTSCH/SPICKOFF, *op. cit.*, p. 224, *apud* FERNANDO SIMÕES, *op. cit.*, p. 201 e MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 937, notas (67) e (68).

²⁰² Tal como refere FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 96, “se este tipo de acções pretendessem pôr em causa o respeito tradicional pelo valor intrínseco e absoluto da vida, elas deveriam ser pura e simplesmente banidas”.

²⁰³ Fixemos agora a nossa atenção nas palavras de M. PIERRE SARGOS, “*Quant à l'argument suivant lequel admettre la réparation du préjudice de l'enfant c'est admettre qu'il existe des vies qui ne méritent pas la peine d'être vécues puisqu'on les indemnise, il procède davantage de l'image que de la raison. Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie : dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?*”, no seu *Rapport* ao *Affaire Perruche*, de Novembro de 2000, *pourvoi n° 9913701*, disponível *online*, através de uma procura num motor de busca comum.

²⁰⁴ Neste sentido, ANNE MORRIS/SEVERINE SAINTIER, *To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions*, in *Medical Law Review*, Oxford, vol. 11, n° 2, Summer 2003, p. 185-186.

4.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano

O último pressuposto é o nexos de causalidade entre o facto ilícito e o dano causado, e, relativamente às acções de *wrongful life*, não se encontra isento de problemas, pois há que determinar se a actuação negligente do médico pode ser considerada a causa da verificação do dano.

A maioria da doutrina e jurisprudência recorre, de entre várias outras²⁰⁵, à *teoria da causalidade adequada* para determinar a existência de nexos de causalidade²⁰⁶.

Com base nesta teoria, concluem, habitualmente, tanto a jurisprudência como os autores nacionais²⁰⁷ e estrangeiros²⁰⁸, pela inexistência do nexos de causalidade. De facto, argumenta-se, o médico não provocou directamente a deficiência ao nascituro, esta é originária (independentemente da sua causa, que será genética ou consequência de uma doença contraída pela mãe - em qualquer dos casos, não é provocada pelo médico). A existência da deficiência é independente da actuação do médico e nenhuma acção que este empreendesse a poderia ter evitado, pelo que não poderá ser responsabilizado civilmente.

Apesar de minoritária, a tese da existência do nexos de causalidade entre a actuação do médico e o facto danoso nos casos de *wrongful life*, tem alguns apoiantes²⁰⁹.

Dentro deste entendimento, defende-se²¹⁰ que uma determinada acção pode produzir um dano não apenas de forma directa, mas ainda indirectamente, ou seja, também

²⁰⁵ Para detalhes sobre as diversas teorias utilizadas para estabelecimento do nexos de causalidade, *vide*, entre outros, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 617 e 881 e ss., e MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 343 e ss.

²⁰⁶ Parece ser esta a teoria consagrada no art. 563.

²⁰⁷ FERNANDO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 137, Ac. STJ 19 de Junho de 2001, p. 376, CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁸ Por exemplo, BAUDOIN, *op. cit.*, p. 1180, e HENDRICKS, *op. cit.*, pp. 100-101.

²⁰⁹ Entre outros, FOUTZ, *op. cit.*, p. 491, ANNE MORRIS/SEVERINE SAINTIER, *op. cit.*, 187-188, STOLKER/DOORM, *op. cit.*, p. 234, PAPACHRISTOS, *Greek Case, Note in European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 226-227.

²¹⁰ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 579, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas (...)*, *op. cit.*, pp. 216-217, MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 344.

naqueles casos em que o facto não produz ele mesmo o dano, mas desencadeia um outro que leva à verificação deste²¹¹.

Posta a questão nestes termos, parece possível o estabelecimento do nexo de causalidade, com uma importante advertência. Há que atentar em que o autor da acção não alega, em momento algum, que foi o médico a provocar-lhe a deficiência. O que é afirmado é que o profissional de saúde, através da sua actuação negligente, privou os pais da escolha a que, se informados, teriam direito, relativamente à possibilidade de efectuarem uma interrupção voluntária da gravidez (art. 142, nº1, al. c), CP).

Pretende-se, assim, estabelecer que foi a conduta negligente do médico que, embora não tenha provocado directamente a deficiência, possibilitou o nascimento, com redução drástica da qualidade de vida e encargos financeiros acrescidos e permanentes. O nexo de causalidade há-se ser estabelecido, então, não entre a actuação negligente e as deficiências da criança, mas *entre o comportamento negligente do profissional de saúde e o nascimento com deficiências*.

É ainda de referir que pode, igualmente, recorrer-se à *teoria do escopo da norma violada*²¹².

Socorrendo-se desta teoria, PAPACHRISTOS²¹³ defende que os pais, na celebração do contrato, pretendiam incluir no seu escopo o desejo de evitar o nascimento de uma criança deficiente e, constituindo-se tal deficiência como um dano, então este fará parte do núcleo de prejuízos que o fim específico e o âmbito de protecção da norma pretendiam evitar²¹⁴, estabelecendo-se, também assim, o nexo de causalidade de forma satisfatória.

²¹¹ MANUELDE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966, p. 357.

²¹² Esta teoria é defendida, entre nós, por MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil português*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 281 e ss, e *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 347. Ainda sobre esta teoria, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1997, pp. 532 e ss. Em Espanha, também MORILLO recorre a ela, embora conclua pela negativa, cf., *op. cit.*, p. 28 e ss.

²¹³ *Op. cit.*, pp. 224-227.

²¹⁴ NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 128-129.

5. Posição adoptada: uma *alternativa* aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?

A maior dificuldade com que nos deparamos na análise destas acções é precisamente a da “desconformidade entre o pedido e a causa de pedir”, identificada também pelo STJ.

Apesar de ter sido indubitavelmente cometido um facto ilícito, este foi, pelo menos a uma primeira aproximação, praticado apenas perante a mãe. Assim, a factualidade seria insuficiente para fundamentar uma pretensão indemnizatória em nome da própria criança.

Concluimos que não parece poder ser resolvida a questão fazendo apelo a qualquer das categorias tradicionais de responsabilidade civil.

Na verdade, os casos em apreço não parecem enquadrar-se no âmbito da responsabilidade civil contratual, uma vez que o princípio da relatividade das obrigações implica que a obrigação é estabelecida entre duas partes, e a eventual responsabilização que daí decorrerá supõe uma violação da posição jurídica atribuída pelo contrato.

Desta forma, só o credor (no nosso caso, a mãe) é beneficiário da responsabilidade contratual, na medida em que só ele é titular da posição ofendida pelo devedor²¹⁵.

Do mesmo modo, esta problemática também não se enquadra no seio da responsabilidade civil delitual, porquanto, para que ocorra um delito civil, devem verificar-se os requisitos postos nos arts. 483 e ss, o que, como mencionámos, não acontece.

Surgiu assim o nosso propósito de analisar a possibilidade de incluir estas acções no âmbito de um *tertium genus* entre as duas formas clássicas de responsabilidade civil.

²¹⁵ V. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina: Coimbra, 1997, p. 23.

Este é um tipo de responsabilidade *intermédia*²¹⁶, que se refere às situações correspondentes à violação de deveres específicos de protecção e cuidado, emergentes de um contrato, para com terceiros²¹⁷.

De entre uma variedade de teorias²¹⁸ que têm sido avançadas pela doutrina para fundamentar este tipo de responsabilidade, aquela que se afigura mais adequada para explicar uma *terceira via* de responsabilidade civil é, quanto a nós, a *teoria da vinculação específica*, estribada, por sua vez, na doutrina da tutela da confiança.

De acordo com esta teoria, o que justificaria sua autonomização seria a existência de uma vinculação específica entre duas partes, que se traduziria na existência de deveres de protecção de base legal²¹⁹ com o propósito de proteger uma situação de confiança, criada e mantida no âmbito de daquela relação.

É esta situação de confiança que justifica a existência de uma vinculação específica entre sujeitos, o que implicaria, nas palavras de MENEZES LEITÃO, uma “auto-responsabilização recíproca”, bem de acordo com o conteúdo do dever de actuar segundo a boa fé.

Conforme o Autor, a violação de tais deveres específicos não qualificáveis como obrigações deve assumir-se, então, como uma nova variante de ilicitude (juntamente com o delito e o incumprimento).

No seio deste tipo de responsabilidade, queremos realçar a figura do *contrato com eficácia de protecção para terceiros* (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*)²²⁰.

²¹⁶ Que inclui várias figuras, desenvolvidas maioritariamente pela jurisprudência e doutrina alemãs, cf. MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, pp. 351 e ss.

²¹⁷ MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor(...)*, *op. cit.*, p. 340.

²¹⁸ Para mais pormenores sobre as restantes teorias, MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor (...)*, *op. cit.*, pp. 341 e ss.

²¹⁹ Não reconduzíveis a situações obrigacionais e nem ao dever geral de diligência.

²²⁰ A doutrina nacional admite em larga esta figura, cf., entre outros, CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 419 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 1984, pp. 619 e ss., BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1993, pp. 573 e e ss., CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” (...)*, *op. cit.*, pp. 88 e ss., *Sobre a responsabilidade das*

O reconhecimento da relação obrigacional enquanto fenómeno complexo²²¹, isto é, incluindo não somente um dever de prestar (e correspondente direito de crédito), mas também outros comportamentos exigíveis com base na própria relação contratual estabelecida entre as partes, permitiu à doutrina identificar certos deveres laterais, ou de conduta, impostos pela boa fé (art. 762, nº 2, CC) e relacionados com o fim do contrato, que se caracterizam pela necessidade de adopção de um comportamento conforme, em cada momento, com as exigências da boa fé²²².

Tais deveres podem, em casos determinados, beneficiar terceiros, tutelando os seus interesses, de tal modo que, em caso de lesão, lhes é conferida a possibilidade de deduzir um pedido indemnizatório contra a parte do contrato que haja violado o dever²²³
224

Os terceiros não se constituem, assim, como partes do contrato, nem adquirem qualquer direito à prestação contratual²²⁵. Diferentemente, são abrangidos pela protecção que emana do contrato, em virtude dos deveres de protecção e de cuidado²²⁶ que o vínculo negocial impõe aos contraentes face àqueles, e que visam a sua protecção.

Apesar de a ideia subjacente a esta figura de origem germânica ser aliciante, convém aprofundar brevemente o seu estudo, antes de podermos formular um juízo acerca da sua adequação aos casos em análise.

concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas, em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, II, pp. 1 e ss.

²²¹ Para maiores detalhes acerca da complexidade intra-obrigacional, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé (...)*, *op.cit.*, pp. 586 e ss.

²²² CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 402-403.

²²³ CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a responsabilidade (...)*, *op.cit.*, p. 6.

²²⁴ Para exemplos jurisprudenciais desta figura, *vide* CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 420, nota (1).

²²⁵ Nesta circunstância reside a diferença desta figura face à figura do contrato a favor de terceiros, regulada pelo art. 443 e ss. CC.

²²⁶ Permitimo-nos acrescentar, na esteira de MENEZES CORDEIRO, que não é apenas a existência de deveres de protecção face a terceiros que distingue esta figura. Na verdade, o que a torna singular é referir-se, igualmente, à existência *deveres de informação* face a terceiros. Cf. *Da Boa Fé (...)*, *op. cit.*, pp. 624-625.

Ora, o que justifica a extensão da protecção conferida pelo contrato a pessoas estranhas à relação contratual, é a especial posição de proximidade de tais sujeitos relativamente aos contraentes e ao contrato em si.

Não obstante, há que ter precaução no que respeita ao âmbito subjectivo da protecção conferida. Isto é, há que empreender um esforço de delimitação da esfera de sujeitos abrangidos por esta protecção, já que não será qualquer terceiro que poderá invocar contra as partes contratuais direitos indemnizatórios com base na violação de deveres de conduta e cuidado impostos pelo princípio da boa fé, que, no caso concreto, poderão não existir, em virtude de a posição do terceiro face à relação contratual não ser suficientemente próxima.

De facto, se assim não fosse, correr-se-ia o risco, não apenas de incorrer numa “descharacterização da responsabilidade”²²⁷, mas também numa total desconsideração da figura do contrato que, primordialmente, estabelece vínculos entre duas partes (art. 406, nº 2). É precisamente com o objectivo de não proceder a uma extensão indistinta desta protecção, que a mesma se deve restringir a terceiros com uma relação especialmente próxima com um dos contraentes.

Os terceiros incluídos dentro do círculo de protecção conferida por um contrato deverão ser apenas aqueles que, em virtude de uma relação pessoal ou de dependência social²²⁸ face ao credor, se encontrem em contacto próximo com a prestação principal objecto do contrato.

Estas relações de proximidade devem ser cognoscíveis para o devedor²²⁹ e, por isso mesmo, o círculo de terceiros abrangido deve ser, em todos os casos, previsível, pois, em nossa opinião, não teria sentido exigir deveres de protecção, cuidado e informação face a pessoas alheias ao contrato e relativamente às quais o devedor não tenha, nem deva ter conhecimento, de uma relação de proximidade face ao credor e à prestação.

²²⁷ Nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via (...)*, *op. cit.*, p. 91.

²²⁸ *Idem, ibidem.*

²²⁹ CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 423.

Assim, em princípio, tratar-se-á de casos em que cabe ao credor promover o bem estar de certos sujeitos, de tal modo que aquele “confie na segurança dessas pessoas, tanto como na sua”²³⁰. De acordo com o referido por LARENZ, deverão ser considerados terceiros, para estes específicos efeitos, os “parentes ou dependentes de uma das partes em contacto com a prestação devida contratualmente, se a parte contratual tem um interesse reconhecível em que eles sejam incluídos na eficácia protectora do contrato”²³¹.

Além do mais, convém ainda sublinhar que, entre credor e terceiros abrangidos pelo efeito protector do contrato, deve existir uma comunhão de interesses e vantagens²³², isto é, os interesses de ambos devem ser coincidentes.

Resta interrogar: a criança, nos casos de *wrongful life*, poderá ser considerada como um terceiro protegido pelos efeitos do contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre a mãe e o profissional de saúde?

A nossa resposta é, indubitavelmente, afirmativa.

Efectivamente, quando a grávida celebra o contrato de prestação de serviços médicos, parece óbvio que o seu escopo não é apenas o de zelar pela sua saúde individual, mas sim principalmente pela saúde do seu filho. Que relação pessoal de maior dependência podemos identificar, senão esta?

A mãe, nas expressões utilizadas pela doutrina, confia tanto na segurança e bem-estar do filho como na sua, e tem um interesse claramente reconhecível em que o nascituro seja incluído na esfera de protecção do contrato (até porque o contrato tem como fim monitorizar e acautelar a saúde da mãe e do filho, e não apenas da mãe).

Na verdade, qualquer que seja a definição doutrinária adoptada relativamente aos terceiros que devem considerar-se, ou não, abrangidos por este contrato, parece-nos que a criança deverá ser sempre encarada como tal.

²³⁰ Expressão do Tribunal Federal Alemão, *apud* CARLOS MOTA PINTO, *ibidem*, p. 423.

²³¹ *Apud* CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 423, nota (1). Na mesma nota, é citado GERNHÜBER, que afirma deverem ser incluídos os terceiros relativamente aos quais “os perigos ligados a uma prestação afectem pelo menos tão fortemente como ao credor”.

²³² CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via (...)*, *op. cit.*, p. 92.

Do exposto, podemos concluir com segurança que, apesar de o contrato ser celebrado directamente entre a mãe e o médico, o nascituro deve considerar-se incluído no seu âmbito de tratamento²³³ e protecção, razão pela qual é plenamente justificável a extensão, face a este, dos deveres laterais de protecção, cuidado e informação do médico.

Desta forma, tendo o profissional de saúde violado negligentemente um dever que sobre ele impendia, e, conseqüentemente, incumprido ou cumprido defeituosamente o contrato de prestação de serviços médicos celebrado com os pais da criança, também a esta (*sobretudo* a esta), deverá ser reconhecido um direito próprio a deduzir uma pretensão indemnizatória, caso tenha sofrido danos derivados de tal comportamento (como acontece nos casos ora em análise)²³⁴.

Não obstante um ilustre Autor²³⁵ defender que a figura do contrato com eficácia de protecção de terceiros deve ser regulada pelas regras da responsabilidade contratual, vemo-nos forçados a discordar de tal posição.

²³³ Também referindo esta circunstância, DEUTSCH/SPICKHOFF, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht*, 6ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2008, nº 446.

²³⁴ CARNEIRO DA FRADA, reconhece esta figura em várias obras e, inclusivamente, refere, com clareza, o caso do “filho menor que os pais levam ao médico” como uma situação em que cabem ao médico deveres de protecção “não (apenas) face ao credor da prestação, mas (ainda) perante certos terceiros”, cf. *Uma “terceira via” (...), op. cit.*, p. 89.

Não compreendemos o motivo pelo qual este Autor vem mais tarde negar (no artigo que escreveu para a *ROA*, sob o título *A própria vida como dano? (...), op.cit.*) a admissibilidade destas acções, sem analisar a hipótese de se tratar de um caso em que a figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros poderia encontrar aplicação.

Não consideramos pertinente relativamente a estes casos, o argumento que utiliza para negar a recondução de outra situação a esta figura. Este consiste em defender que é necessária a existência de “estipulações contratuais que intencionem uma eficácia protectora de terceiros (de matriz negocial)” (*Vide* CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a responsabilidade (...), op.cit.*, p. 7).

Este argumento não deverá servir para impedir a recondução das pretensões por *wrongful life* ao contrato com eficácia de protecção para terceiros, uma vez que, não apenas as estipulações contratuais têm como claro intuito a protecção da saúde do nascituro, como é também esse o próprio fim do contrato celebrado.

²³⁵ CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 421-422.

Na verdade, acompanhamos MENEZES LEITÃO²³⁶, quando sustenta que, às figuras que compõem *terceira via* da responsabilidade civil, deverá aplicar-se um regime composto por regras de ambas as categorias de responsabilidade civil, consoante as que se afigurem mais apropriadas às especificidades do caso concreto, segundo as regras de integração de lacunas (art. 10º).

De acordo com esta posição, a razão que impõe o tratamento destes casos segundo um regime específico é a mesma que justifica a sua autonomização, ou seja, o facto de dizerem respeito a vinculações específicas que não se reconduzem linearmente ao dever geral de *neminem laedere*, nem a um simples dever de prestar.

Assim, a resolução dos problemas que estas situações suscitem, através da aplicação em bloco de um *ou* outro regime, não se afigura como adequada. Devemos, pelo contrário, encontrar uma regulação *ad hoc*, que combine regras dos regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual, conforme as especificidades identificadas em cada caso.

Entre as variadas regras jurídicas que compõem tais regimes, podemos identificar algumas que, inequivocamente, devem fazer parte do regime a aplicar aos casos de *wrongful life*, tendo em conta as suas especificidades e a circunstância de, conforme já tivemos oportunidade de referir, julgarmos que estes casos se inserem devidamente dentro da figura do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*.

Primeiramente, há que fazer referência ao art. 799, nº 1, que regula a presunção de culpa na responsabilidade contratual. Conforme já tivemos oportunidade de defender²³⁷, pensamos que este normativo deve encontrar aplicação plena, tanto no campo da responsabilidade civil médica em geral, como nestes casos em concreto.

Também a norma que regula a responsabilidade por actos de representantes legais ou auxiliares (art. 800, nº 1 e 2), pertencente ao regime específico da responsabilidade contratual, deverá ser aplicada aos casos em apreço. Parece a solução

²³⁶ MENEZES LEITÃO em *A responsabilidade do gestor (...)*, *op. cit.*, p. 359 e 370, e *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 353.

²³⁷ A propósito da análise da culpa, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, cf. ponto 4.3, *supra*.

mais justa considerar que, recorrendo o profissional de saúde a auxiliares no cumprimento da sua obrigação, deverá responder pelos actos destes, como se por si houvessem sido praticados.

Em terceiro lugar, podemos identificar, desta feita no âmbito das regras respeitantes à responsabilidade delitual, o art. 496. Esta norma deve igualmente considerar-se aplicável aos casos de *wrongful life*.

Apesar de a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da admissibilidade do ressarcimento dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual, se encontrar praticamente ultrapassada²³⁸, e de não estarmos perante situações a que seja aplicável em bloco o regime da responsabilidade obrigacional, convém que seja fixada esta possibilidade com clareza.

Com efeito, além de patrimoniais, grande parte dos danos sofridos pelas crianças nascidas com severas deficiências, nos casos que dão origem às acções de *wrongful life*, são danos não patrimoniais. Na verdade, recusar a indemnização deste tipo de danos seria pôr em causa as finalidades do instituto da responsabilidade civil, pelo que consideramos admissível e recomendável a consideração dos danos não patrimoniais no seio de uma indemnização a arbitrar nas pretensões de *wrongful life*, enquadráveis no âmbito da figura do contrato com eficácia de protecção de terceiros.

Caso seja identificada uma pluralidade de responsáveis a quem seja imputado o dano, deverá o art. 497 ser chamado a regular a sua responsabilidade, com o objectivo de garantir uma maior facilidade na obtenção da indemnização por parte da vítima.

Por último, e relativamente aos prazos prescricionais, deverá vigorar o prazo ordinário de prescrição estabelecido pelo art. 309 (por oposição ao prazo mais reduzido do art. 498).

Embora breve, a análise que levámos a cabo nas páginas anteriores permite-nos formular uma conclusão com segurança.

²³⁸ Ponto 4.4, *supra*.

As acções de *wrongful life* têm sido recusadas em várias ordens jurídicas, com base numa diversidade de argumentos^{239 240}, alguns jurídicos, outros de pendor moral.

Conforme referimos, julgamos que as pretensões de *wrongful life* são perfeitamente enquadráveis e podem ser cabalmente solucionadas através da figura do *contrato com eficácia de protecção de terceiros*²⁴¹.

Dentro da *terceira via* da responsabilidade civil, estes casos encontram não só uma teoria que se lhes ajusta, como um regime mais adequado à resolução dos problemas que suscitam.

Na verdade, a admissibilidade destas acções deverá ser imposta também por outras razões.

Afigura-se como contraditório e, quiçá mesmo violador do princípio da igualdade, admitir acções em tudo idênticas (as acções de *wrongful birth*, propostas em nome dos progenitores), e cuja factualidade decorre de um mesmo comportamento, e recusar a pretensão da própria criança, que é quem mais é afectada pela actuação negligente do médico²⁴².

Além do mais, a circunstância de as acções de *wrongful birth* serem mais facilmente admitidas coloca ainda o problema de, desta forma, o bem-estar e cuidados

²³⁹ Apenas tivemos espaço para enunciar alguns. Para outros, consultar, p. ex., PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, 928 e ss. e FOUTZ, *op. cit.*, p. 492-493, nota (82).

²⁴⁰ O STJ utilizou outro argumento para recusar esta pretensão, que, apesar de transcender o objecto deste estudo, merece um apontamento, V. Ac. STJ 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, p. 377. Alegou que esta acção apenas poderá ser proposta pelas próprias crianças, “quando a lei vigente lhes reconhecer o poder de pleitarem por si próprios”. Parece duvidoso limitar a legitimidade para intentar semelhante acção apenas à criança (excluindo a possibilidade de os pais, em representação dela, o poderem fazer) quando tenha capacidade para o fazer, uma vez que, tratando-se de uma pessoa afectada por graves deficiências, é provável que seja afectada permanentemente por uma incapacidade de exercício de direitos e terá, assim, de ser sempre representada. Assim, esta restrição parece-nos um expediente injustificado e injusto, razão pela qual não a acompanhamos. Também crítico, veja-se PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 944 e ss.

²⁴¹ A doutrina portuguesa chegou igualmente a esta conclusão, embora não a tenha aprofundado, limitando-se a fazer-lhe uma breve referência. P. ex., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 382-383 e PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 933.

²⁴² Também sublinhando esta contradição, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 383 e BOTKIN, *op. cit.*, p. 1543.

da criança ficarem dependentes em absoluto dos pais, ao passo que, se a pretensão de *wrongful life* fosse aceite, a indemnização seria concedida directamente à criança, o que lhe daria meios para, faltando os pais, outros poderem gerir a sua incapacidade ou para, um dia mais tarde (e dependendo do grau das suas deficiências), poder tornar-se mais independente.

Por outro lado, não conceder uma indemnização à criança, estando provada a existência de um comportamento negligente por parte do profissional de saúde é, não apenas permitir a impunidade e irresponsabilidade médica no que a este campo diz respeito, mas também colocar em causa a função reparatória, preventiva e punitiva da responsabilidade civil. Esta é uma possibilidade chocante e que, com a recusa das acções de *wrongful life*, se torna real.

Conceder uma indemnização à criança que deduziu uma pretensão de *wrongful life* através do caminho por nós traçado tem a vantagem de, além de evitar as consequências negativas expostas, permitir censurar claramente o comportamento negligente do médico, impôr uma maior exigência neste campo da medicina, sublinhar as funções típicas da responsabilidade civil, ao mesmo tempo que se procede ao ressarcimento e compensação dos danos sofridos, deixando claro que não há qualquer valoração negativa implícita quanto à vida da criança.

Pelo contrário, é por a sua vida ter um valor incalculável que deve ser aceite esta acção e concedida tal indemnização, permitindo-se à criança uma existência mais digna, com acesso a melhores cuidados de saúde e a melhores condições de vida.

Num notável trabalho de uma estudante da Universidade da Coimbra, justamente galardoado com o prémio GUILHERME MOREIRA, é certo que se sustenta uma tese original a recusar a acção de *wrongful life*, não por ser absurda, não por se dever entender que a criança está destinada a ser ajudada pela “solidariedade social”, não porque não exista na nossa ordem jurídica um direito a não nascer, ou porque não haja nexos de causalidade, não porque esteja vedada qualquer forma de supressão da incapacidade dos menores, mas em razão de uma incoerência intrínseca: o Estado não pode, num primeiro momento, “colocar na esfera de liberdade materna e do seu direito a procriar a faculdade de decidir o destino do feto em caso de malformação” e, “num

segundo momento, através dos tribunais, admitir a existência de vidas que não merecem ser vividas e de crianças que não deveriam ter nascido”²⁴³.

Na nossa perspectiva, esta concepção distorce claramente a realidade.

O Estado, ao despenalizar o aborto em certas circunstâncias, reconhece com efeito à liberdade materna o direito de interromper a sua gravidez nas primeiras 10 semanas, por livre opção, e, no caso de malformação do feto, nas primeiras 24 semanas. Esta é uma conquista dos tempos modernos, que pode ser discutível em termos éticos, mas que a nossa lei, como outras, reconhece dentro dos apontados limites.

Ora, sendo-lhe dada esta opção, daí deriva que há-de poder exigir que o médico ou o laboratório a informem com verdade e rigor da sua situação, para se determinar dentro dos parâmetros legais e que possa, em suma, responsabilizar quem omitiu a informação ou a induziu em erro dentro dos direitos de acção de que disponha.

Na realidade, os dois momentos a considerar são estes: faculdade legal de interrupção voluntária da gravidez e a responsabilização do culpado – e, entre eles, há certamente um nexo de evidente concordância.

Deformando a realidade, a Autora, num salto lógico, coloca no segundo momento a ideia do reconhecimento de existências que não merecem ser vividas ou de um direito à não-vida, ou seja, já está a tomar posição sobre o problema da legitimidade da acção de *wrongful life*, aliás, em termos que tinha começado por recusar.

Na verdade, principiou por negar, como vimos, que não exista, na nossa ordem jurídica, um direito a não nascer, que não haja nexo de causalidade nestas acções ou que não esteja vedada qualquer forma de supressão da incapacidade dos menores, para depois proclamar que estas características são moralmente incompatíveis com o direito de interrupção voluntária da gravidez – o que também não será de admitir.

Ora, sobre estas características já dissertámos largamente em devido tempo, estabelecendo as circunstâncias em que serão admissíveis.

²⁴³ NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 140.

6. Conclusões

1ª — Propondo-nos estudar o regime jurídico da responsabilidade civil médica por erro ou omissão no diagnóstico pré-natal ou genético, prontamente concluímos que as respectivas acções ocorreram primeiro nos EUA, onde prontamente se distinguiram três tipos fundamentais assim denominados: as fundadas em *wrongful conception*; em *wrongful birth*, ou em *wrongful life*.

2ª — O último destes tipos é formado por acções intentadas pelos progenitores, tendo por base uma gravidez indesejada ou em virtude do nascimento não planeado de uma criança saudável, resultado de uma falha médica e é o que levanta mais complexas dificuldades de admissão.

3ª — Atentas as limitações dimensionais deste trabalho, a ele circunscrevemos a nossa análise.

4ª — Procedendo então a uma pesquisa na jurisprudência e doutrina entretanto surgidas em diversos países mais próximos de nós pela cultura, concluímos que, em geral, como também entre nós, a primeira dificuldade que estas acções têm suscitado é a de que a sua admissão corresponderia ao reconhecimento de existências que não merecem ser vividas, se resolveriam, em suma, a atribuir à criança nascida com malformação um direito à não-vida.

5ª — Nesta base, logo se pergunta se afinal não será, no fundo, de desistir de uma solução jurídica, remetendo-a mais apropriadamente para a acção social, mas, analisando este ponto, prontamente concluímos que, enviar a resolução do problema para os quadros do direito social será optar pela solução mais fácil, deixando-nos impressionar por considerações não jurídicas, metafísicas e morais.

6ª — Voltámo-nos então para a análise dos pressupostos da responsabilidade civil com vista a surpreender se, à sua luz, cada um deles poderá efectivamente aplicar-se à acção de *wrongful life* e, nesta perspectiva, concluímos que o acto médico se insere claramente no pressuposto do facto voluntário do agente, pois, as mais das vezes,

consistirá numa omissão negligente ou na violação das *leges artis* podendo por conseguinte verificar-se, neste aspecto, uma responsabilidade extracontratual ou contratual.

7^a — Passando ao pressuposto da ilicitude, deparamo-nos com uma dificuldade: o direito ao cumprimento pontual do contrato de prestação de serviço médico é atribuído aos pais, titulares do direito à prestação acordada, assim como a faculdade de recorrer à interrupção voluntária da gravidez (suprimida pela actuação negligente do profissional de saúde), concedida pelo art. 142, n.º 1, al. c) CP, é conferida aos pais.

8^a — Assim, parece que foi apenas cometido um facto ilícito contra os pais (tanto encarando o problema da perspectiva da responsabilidade contratual, como da delitual), e não contra a criança. Esta questão deu origem a uma desconformidade entre o pedido e a causa de pedir no caso de *wrongful life* decidido pelo STJ, a 19 de Junho de 2001. Consideramos que esta dificuldade só será passível de ser ultrapassada recorrendo ao instituto do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*, figura enquadrável no âmbito das teorias que sustentam a existência de uma *terceira via* da responsabilidade civil.

9^a — Remetemos por isso essa análise para ulterior desenvolvimento, passando ao estudo imediato do pressuposto da culpa, concluindo então que, quanto a ela, não se suscitam grande dificuldades, na medida em que, nos casos em análise, verifica-se sempre um comportamento negligente por parte do profissional de saúde. Concluímos, ainda quanto a este pressuposto, que não deverá vigorar aqui uma excepção ao regime da presunção legal de culpa (art. 799) que vigora no seio da responsabilidade civil contratual, e que deve aplicar-se plenamente também à responsabilidade civil médica.

10^a — Prosseguindo o nosso estudo, centrámos a nossa atenção no pressuposto do dano. Primeiramente, referimo-nos ao argumento da “auto-contradição” e àquele que invoca que a criança não poderá ter uma pretensão indemnizatória contra aquele sem

cujo comportamento errado não teria chegado a existir. Concluindo que tal argumentação não deveria proceder, passámos à análise da questão das dificuldades de cálculo do dano e do chamado *paradoxo da não existência*. Do esforço analítico empreendido retirámos que os problemas suscitados pelo cálculo da compensação a conceder nestas acções não deverá ditar, *por si só*, a sua sorte, uma vez estabelecida a existência de um dano. Tratar-se-á apenas de um obstáculo, passível de ser ultrapassado, caso os tribunais estejam dispostos a empreender um esforço nesse sentido.

11^a — Ainda no seio deste pressuposto, pretendemos indagnar se a concessão de uma indemnização à criança, em sede de uma acção de *wrongful life*, constituiria uma negação do princípio da dignidade da pessoa humana. Entendemos que, muito pelo contrário, a indemnização concedida à criança nestas pretensões, não lhe relativiza o valor da vida, nem nega a sua dignidade, antes a protege e *ênfatiza*, ao conferir-lhe os meios monetários que amenizem o seu sofrimento e satisfaçam as suas necessidades e encargos decorrentes da deficiência, antes contribui para a sua *afirmação*, enquanto pessoa humana, assegurando o respeito pelos arts. 1º e 24 da Constituição da República.

12^a — Quanto ao último pressuposto da responsabilidade civil, o nexo de causalidade entre o facto do agente e o dano, concluimos que, tanto recorrendo à teoria da *causalidade adequada* como à teoria do *escopo da norma violada*, é possível estabelecer satisfatoriamente o nexo de causalidade. Relativamente à primeira teoria, o nexo de causalidade há-se ser estabelecido, então, *entre o comportamento negligente do profissional de saúde e o nascimento com deficiências*. No que toca à segunda, se se considerar que a deficiência, encarada como dano, faz parte do núcleo de prejuízos que a norma pretende evitar.

13^a — Após concluir que a presente questão não poderá ser enquadrada em nenhuma das tradicionais modalidades de responsabilidade civil, decidimo-nos a averiguar a sua inclusão na *terceira via* da responsabilidade civil, mais concretamente no seio da figura do *contrato com eficácia de protecção para terceiros*.

14^a — De facto, a criança, qualquer que seja a definição doutrinária adoptada relativamente aos terceiros que devem considerar-se, ou não, abrangidos por este contrato, deverá ser sempre encarada como tal.

15^a — Permitimo-nos, então, concluir que, apesar de o contrato ser celebrado directamente entre a mãe (ou pais) e o médico, o nascituro deve considerar-se incluído no seu âmbito de tratamento, razão pela qual é plenamente justificável a extensão, face a este, dos deveres laterais de protecção, cuidado e informação do médico.

16^a — Desta forma, tendo o profissional de saúde violado negligentemente um dever que sobre ele impendia, e, conseqüentemente, incumprido ou cumprido defeituosamente o contrato de prestação de serviços médicos celebrado com os pais da criança, também a esta (*sobretudo* a esta), deverá ser reconhecido um direito próprio a deduzir uma pretensão indemnizatória, caso tenha sofrido danos derivados de tal comportamento.

17^a — O regime a aplicar a estes casos, uma vez que se inserem no seio da *terceira via* da responsabilidade civil, deverá ser composto por uma combinação de regras de ambas as modalidades de responsabilidade civil. Como exemplos claros de regras que deverão fazer, indubitavelmente, parte desta regulação *ad hoc*, indicamos os arts. 799, n.º 1 (presunção de culpa), 800, n.º 1 e 2 (actos dos representantes legais ou auxiliares), 496 (danos não patrimoniais), 497 (responsabilidade solidária) e 309 (prazo prescricional).

18^a — Concluimos, por último, que as pretensões de *wrongful life* são perfeitamente enquadráveis e podem ser cabalmente solucionadas através da figura do *contrato com eficácia de protecção de terceiros*. Dentro da *terceira via* da responsabilidade civil, estes casos encontram não só uma teoria que se lhes ajusta, como um regime mais adequado à resolução dos problemas que suscitam.

Bibliografia

ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 173-181.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, em *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 75-120.

ALMEIDA, J.C. MOITINHO DE, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, em *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972, pp. 325-355.

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de RUI DE ALARCÃO, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966.

ARAÚJO, FERNANDO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

BAUDOIN, JEAN-LOUIS, *Wrongful life : un aperçu de droit compare*, em *Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni*, nº 6, Europa, Milano, Novembro – Dezembro 2005, pp.1175-1181.

BELLIVIER, FLORENCE e ROCHFELD, JUDITH, *Législation française – Droit de la santé publique et droit des malades – qualité du système de santé. Loi nº 2002-303 du 4 mars 2002*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº3, Julho-Setembro 2002, pp. 574-591.

BOTKIN, JEFFREY R., *The Legal Concept of Wrongful Life*, em *Journal of the American Medical Association*, 259, 1988, pp. 1541-1545.

BOTTIS, MARIA CANELLOPOULOU, *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, em *European Journal of Health Law*, vol. 11, Março 2004, pp. 55-59.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português , I – Parte Geral, Tomo III – Pessoas*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, nº 103, pp. 324-332.

— *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1997.

— *Da boa fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 1984.

CORREIA, VANESSA CARDOSO, *Wrongful Birth e Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, em *Direito da Saúde e Biodireito*, Subjudice: Justiça e Sociedade, nº 38, Janeiro – Março 2007, pp. 101-108.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e act., Coimbra : Almedina, 2009.

DALY, BRENDA, *Wrongful birth, wrongful conception, and the Irish constitution*, em *The International of Children's Rights*, The Hague, vol. 12, nº1, Março de 2005, pp.57-76.

DAVIES, MICHAEL, *Textbook on medical law*, London : Blackstone Press Limited, 1996

DEUTSCH, ERWIN e SPICKHOFF, ANDREAS, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 6ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2008, pp. 259-291.

DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO, *Dano Corporal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

— *Procriação medicamente assistida e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO e MONTEIRO, JORGE SINDE, *A Responsabilidade Médica em Portugal*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, nº332 (1984), pp. 21-79.

-- *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental - Considerações de lege ferenda*, em *Scientia Juridica*, Tomo XXXIII, 1984, pp. 100-107.

DICKENS, BERNARD, *Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law*, em *Legal Issues in Human Reproduction*, edited by Sheila McLean, Aldershot: Gower, 1989, pp. 81-111.

DUGUET, A.M., *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions*, em *European Journal of Health Law*, vol. 9, Junho 2002, pp. 139-149.

FEINBERG, JOEL, *Wrongful Life And The Counterfactual Element In Harming*, em *Social Philosophy & Policy*, Vol. 4, Issue 1, 1987, pp. 145-178.

FOUTZ, THOMAS KEASLER, *Comment -- Wrongful Life: The Right not to Be Born*, em *Tulane Law Review*, nº54, 1979-1980, pp. 480-499.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do BFDUC, Suplemento 38, Coimbra, 1994.

— *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina: Coimbra, 1997.

— *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2003.

— *Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, II.

— *A própria vida como dano? – Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma questão limite*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, I, pp. 215 e ss.

GASPAR, ANTÓNIO SILVA HENRIQUES, *A responsabilidade Civil do Médico*, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, pp. 335-355.

HANSON, ALLAN F., *Suits for wrongful life, counterfactual, and the nonexistence problem*, em *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 5, 1996-1997, pp. 1-24.

HENDRIKS, AART, *Wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar*, em *European Journal of Health Law*, vol.12, Junho 2005, pp. 97-102.

JECKER, NANCY S., *The ascription of rights in wrongful life suits*, em *Law and Philosophy*, nº 6, 1987, pp. 149-165.

KLODOWSKI JR., HARRY F., *Comment – wrongful life and a fundamental right to be born healthy: Park v. Chessin; Becker v. Schwartz*, em *Buffalo Law Review*, nº 31, 1978,

pp. 537-561.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das obrigações*, Vol. I, 6ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 283–405.

— *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil português*, Coimbra: Almedina, 2005.

LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª edição, revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1993.

MARTÍN-CASALS, MIGUEL e FELIU, JOSEP SOLÉ, *Spanish case note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 201-220.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)*, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, Setembro 2001, pp. 377 e ss.

— *Portuguese Case Note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 220-224.

MONTEIRO, FERNANDO PINTO, *Direito à não existência, direito a não nascer*, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 – Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORILLO, ANDREA MACÍA, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, em *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, nº 27, 2007, pp. 3-37.

MORRIS, ANNE e SAINTIER, SEVERINE, *To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions*, em *Medical Law Review*, Oxford, vol. 11, nº 2, Summer 2003, pp. 167-193.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Temas de direito da medicina*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

— *O fim da arte silenciosa – O dever de informação dos médicos*, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, 1995/1996, pp. 70 e ss e 101 e ss.

PAPACHRISTOS, A.C., *Greek case note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 224-227.

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, RUI SOARES, *Responsabilidade por danos não patrimoniais no incumprimento das obrigações no direito civil português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 1982.

PINTO, PAULO MOTA, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*, em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 915-946.

RADLEY-GARDNER, OLIVIER, *Wrongful birth revisited*, em *The Law Quarterly Review*, London, vol. 118, nº1, Janeiro de 2002, pp.11-15.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, em *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2005, 161-252.

SIMÕES, FERNANDO DIAS, *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana*, em *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13, 2010, pp. 187-203.

SOTTIAUX, STEFAN, *Belgian case note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 195-200.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, em *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp.121-144.

STOLKER, CAREL J.J.M., *Wrongful life: the limits of liability and beyond*, em *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, pp. 521-536.

STOLKER, CAREL J.J.M. e SOMBROEK-VAN DOORM, M.P., *Dutch case note*, em *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 227-234.

TEDESCHI, G., *On tort liability for wrongful life*, em *Israel Law Review*, 1, 1966, pp. 513-538.

TEFF, HARVEY, *The Action for Wrongful Life in England and the United States*, em *International and Comparative Law Quarterly*, nº 34, Issue 3, Julho 1985, pp. 423-441.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, revista e actualizada, Almedina: Coimbra, 2006.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.

VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES, *Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche*, em *Lex Medicinæ*, Ano 6, nº 11, 2009, pp. 117-141.