



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a
Admissibilidade das *Wrongful Actions* à luz da Dogmática Comum da
Responsabilidade Civil

SARA CRISTINA GOMES DUARTE

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a
Admissibilidade das *Wrongful Actions* à luz da Dogmática Comum da
Responsabilidade Civil

SARA CRISTINA GOMES DUARTE

Dissertação de Mestrado em Direito Privado,
elaborada sob orientação científica da Exma.
Sra. Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria.

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

À minha Avó, Sara, e à memória do meu Avô, Américo

“Hamlet - Ser ou não ser, eis a questão. Qual é a mais digna acção do ânimo: sofrer os tiros penetrantes da fortuna injusta, ou opor os braços a essa torrente de calamidades e dar-lhes fim com atrevida resistência? Morrer é dormir. Não mais? E por um sono, diremos que as aflições se acabam e terminam as dores sem número, património da nossa débil natureza...? Esse é um fim que deveríamos solicitar com ânsia. Morrer é dormir... sonhar, talvez. Sim, e vede aqui o grande obstáculo; porque considerar que sonhos poderão ocorrer no silêncio do sepulcro, quando tivermos abandonado este despojo mortal, é razão muito poderosa para nos deter. É essa consideração que torna longa a nossa infelicidade. Quem, se isto não fosse assim, suportaria a lentidão dos tribunais, a insolência dos empregados, as tropelias que o mérito recebe pacificamente dos homens mais indignos, as angústias de um amor mal retribuído, as injúrias e quebrantos da idade, a violência dos tiranos, o desprezo dos soberbos... quando aquele que sofre tudo isto poderia procurar a quietação apenas com um punhal? Quem poderia tolerar tanta opressão, suando, gemendo sob o peso de uma vida incómoda, se não fosse o temor de que existia alguma coisa mais além da morte (esse país desconhecido, de cujos limites nenhum caminhante regressa), e nos embaraça em dúvidas, e nos faz sofrer os males que nos cercam, de preferência a ir buscar outros de que não temos seguro conhecimento? Esta previsão a todos nos torna cobardes: assim a tinta natural do valor enfraquece com os pálidos vernizes da prudência; as empresas de maior importância por esta única consideração mudam de rumo, não se executam, reduzem-se a vãos desígnios. Mas... a formosa Ofélia! Graciosa menina, espero que os meus pecados não sejam esquecidos nas suas orações.”

WILLIAM SHAKESPEARE, *Hamlet*, Terceiro Ato, Cena IV.

AGRADECIMENTOS

Os meus maiores e mais profundos agradecimentos vão dirigidos aos meus Pais e ao meu irmão, Pedro, pelo apoio incondicional, pela paciência infindável, pelo incentivo constante e pela presença inabalável, em todos os momentos. Sei que têm orgulho em ver-me fazer sempre mais e melhor. A vocês, a minha eterna gratidão.

À minha família, pelos valores inestimáveis que sempre me transmitiram e pela felicidade com que me confortam todos os dias. São o substrato de tudo o que sou hoje.

Ao Ivo, o meu maior tesouro, o meu admirador mais entusiasta, o meu refúgio, pela compreensão, sacrifício, encorajamento e amor incondicionais.

À Lestinha e à Fábia, irmãs de sempre e para sempre. São o melhor que a vida me deu.

Às minhas Mosqueteiras, meus amores de Faculdade, companheiras de todas as horas, por comigo partilharem todas as conquistas e insucessos que pautaram o longo e árduo caminho até aqui percorrido.

À Senhora Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, a quem expresso a minha gratidão, por ter gentilmente aceitado ser minha orientadora, pela disponibilidade oferecida e pelos sábios conselhos no acompanhamento da elaboração desta dissertação.

Por fim, ao escritório do Porto da sociedade de advogados Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Sociedade de Advogados, R.L., pelo contributo incomensurável para o meu enriquecimento profissional e pelo apoio nunca regateado no proporcionar das melhores condições para a realização deste trabalho.

RESUMO

Os progressos tecnológicos no âmbito da ciência médica propiciam o aparecimento de novas e intrincadas figuras jurídicas. As *wrongful actions* são exemplo desse fenómeno. O *wrongful birth* e a *wrongful life* surgem por virtude de um erro no diagnóstico pré-natal, ao passo que, a *wrongful conception* deriva da falha numa operação de esterilização, de interrupção da gravidez ou de defeito do método contraceptivo. A complexidade que lhes está subjacente advém, desde logo, da multiplicidade e diversidade de problemáticas que suscitam e culmina na divergência doutrinal e jurisprudencial que ainda hoje é patente. O presente estudo tem como finalidade averiguar a possibilidade de recurso à responsabilidade civil como meio subsidiário, alternativo ou suplementar aos sistemas de segurança social, na prossecução do objetivo de garantir a adequada tutela aos seres humanos portadores de deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil, *wrongful birth*, *wrongful life*, *wrongful conception*.

ABSTRACT

The medical science field's technological advances provide the appearance of new and intricate legal figures. Wrongful actions are an example of said phenomenon. Wrongful birth and wrongful life appear due to medical malpractice during prenatal diagnosis, while wrongful conception emerges from a failure in sterilization, abortion procedures or from a deficiency on the contraceptive method. The underlying complexity of the aforementioned actions arises from the multiplicity and diversity of the problems they carry and reveals itself on the current doctrinal and jurisprudential divergence. The purpose of this paper is to ascertain whether civil liability may act as a subsidiary, alternative or additional mean to the social security systems, with the goal of ensuring an adequate protection of the disabled human beings.

KEYWORDS: civil liability, wrongful birth, wrongful life, wrongful conception.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	12
3. ENQUADRAMENTO JURISPRUDENCIAL.....	15
4. A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS <i>WRONGFUL ACTIONS</i> NO QUADRO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
4.1. Idoneidade do Instituto da Responsabilidade Civil	20
4.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	21
4.2.1. Ilícitude Contratual: Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente	21
4.2.2. Fuga aos Quadros Tradicionais da Responsabilidade Civil: o Contrato com Eficácia de Proteção para Terceiros	23
4.2.3. Ilícitude Extracontratual	25
4.2.3.1. A ilicitude na primeira modalidade: a viabilidade dos direitos a nascer são e a não nascer	27
4.2.3.2. A ilicitude na segunda modalidade: a violação das <i>legis artis</i>	28
4.2.4. Culpa.....	30
4.2.5. Dano	32
4.2.6. Nexo de Causalidade	37
5. CONCLUSÕES.....	39
6. BIBLIOGRAFIA	43

ABREVIATURAS

A. 2d – *Atlantic Reports 2d Series*

Ac./Acs. – Acórdão(s)

All ER – *All England Law Reports*

art./arts. – artigo(s)

aum. – aumentada

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH – *Bundesgerichtshof*

Cal.App.3d – *California Appellate Reports, 3d Series*

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDAM – *Casa Editrice Dott. Antonio Milani*

CEDHBio - Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

cf. – confrontar

CJ – Colectânea de Jurisprudência

Col. – Coleção

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

disp. – disponível

DJ – Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

DPN – diagnóstico pré-natal

DR – Diário da República

DSB – Direito da Saúde e da Bioética

ed. – edição

ERPL – *European Review of Private Law*

i.e. – isto é (do latim, *id est*)

Ill. App. 2d – *Illinois Appellate Reports, 2d Series*

JCP – *Juris-classeur periodique – La semaine juridique - édition générale*

JZ – *Juristen Zeitung*

L. Rev. – *Law Review*

LBS – Lei de Bases da Saúde

LM – *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*

N.E. 2d – *North Eastern 2d Reports*

N.J. – *New Jersey Reports*

n.º/n.ºs – número(s)

NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*

op. cit. – obra citada (do latim, *opus citatum*)

p. ex. – por exemplo

p./pp. – páginas(s)

Pa. – *Pennsylvania Reports*

RDE – Revista de Direito e Economia

rev. – revista

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SP&P – *Social Philosophy & Policy*

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal do Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vd. – *vide*

vol. – volume

1. INTRODUÇÃO

Os ramos médicos tipicamente ligados à procriação são um campo próspero ao aparecimento de novas e crescentes *facti-species* lesivas. Com efeito, o aumento da exigência de uma atuação em conformidade com as *legis artis*, a proliferação de meios de controlo da natalidade e a exclusão da ilicitude nalguns casos de interrupção voluntária da gravidez catalisaram o referido crescimento.

Ora, a problemática de que nos ocuparemos, qual seja a da admissibilidade das *wrongful actions* à luz do regime da responsabilidade civil português, constitui, precisamente, exemplo de um quase aporismo que se impôs na área da responsabilidade médica e que, embora não seja novo no universo jurídico comparado, está longe de alcançar unanimidade.

Além da apontada divergência e da inserção numa área tão contemporânea quanto fértil, a premente atualidade do tema transparece, ainda, como corolário dos avanços da ciência médica e das possibilidades da tecnologia no domínio da bioética.

Não podemos deixar de ignorar que versaremos sobre uma questão invariavelmente meta-jurídica, que extravasa o Direito, para contender com outros ramos, como sejam o religioso, o ético e o filosófico. A questão ultrapassa, até, o âmbito privatístico, exigindo o estudo e coordenação com os ditames constitucionais. Não obstante esta realidade, o objetivo do presente trabalho é empreender uma reflexão seleta e tão imparcial quanto nos é possível.

Neste ensejo, começamos por explicitar o conceito subjacente a cada uma das *wrongful actions* de que trataremos, a saber: *wrongful birth*, *wrongful life* e *wrongful conception*. Não nos queremos, portanto, circunscrever às ações de *wrongful life*, mas também não desconsideramos – nem o poderíamos fazer – que é quanto a estas que maiores perplexidades emergem.

Refira-se, ainda, numa delimitação negativa do objeto de estudo, que o problema de que aqui nos ocupamos não é o das lesões que podem atingir a criança na fase intrauterina interessando-nos, antes, as deficiências originárias, presentes desde a conceção e para cuja existência não contribuiu qualquer mecanismo humano.

De seguida, enveredamos por uma exposição, que se pretende meramente descritiva, da apreciação jurisprudencial que o tema tem merecido. No entanto, ao longo

do texto, tentaremos, sempre que pertinente, fazer referência às decisões referidas e a outras que tenhamos estudado.

Entramos, depois, no âmago deste trabalho, discorrendo acerca dos pressupostos imprescindíveis à afirmação da responsabilidade civil do médico, quer esta seja, no concreto caso, contratual e/ou extracontratual, quais sejam: ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade. A análise revelar-se-á, naturalmente, mais aprofundada nos pressupostos que mais dilemas e hesitações acarretam.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Hodiernamente, a prestação de cuidados materno-infantis é um processo assistencial contínuo. Efectivamente, no planeamento e no acompanhamento clínico da gravidez e do parto, a mulher é orientada por um médico que monitoriza todas as fases da gravidez. As intervenções efetuadas no âmbito do mencionado processo assistencial permitem, cada vez mais cedo¹, identificar anomalias congénitas, síndromes polimalformativos, defeitos do tubo neural e défices cognitivos².

É nesta conjuntura que surgem as *wrongful actions*, usualmente repartidas em três categorias: *wrongful birth* (“nascimento indevido”), *wrongful life* (“vida indevida”) e *wrongful conception* (“conceção indevida”)³, como situações nas quais, por virtude de diminuída diligência, o médico⁴ falha no diagnóstico pré-concepcional, pré-natal, ou no diagnóstico genético pré-implantatório⁵. Essa falha pode traduzir-se, na prática, na falta de realização dos meios de diagnóstico devidos, no equívoco na interpretação dos

¹ FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 65-66, nota 107.

² Cf. Ac. do STJ de 12.03.2015 e Ac. do TRL de 29.04.2014.

³ Cf., ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.^a ed., rev. e aum., Köln, etc.: Carl Heymanns Verlag KG, pp. 532 e ss; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014, pp. 9-21; VERA RAPOSO, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, 2010, pp. 61-66; PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth e “wrongful life””, in *LM*, n.º 7, 2007, pp. 5 e 6; FEINBERG, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, in *SP&P*, vol. 4, issue 1, 1986, p. 155; Ac. do TRL de 29.04.2014.

⁴ Estão, igualmente, incluídos o hospital e outros profissionais de saúde. Cf. ANDREA MACIA MORILLO, “La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life”, in *Revista de Derecho*, n.º 27, 2007, p. 16.

⁵ Neste caso, estará em causa a negligência na seleção ou transferência de embriões para implantação no processo de procriação assistida. Como refere VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 63: “embora até à data os processos de *wrongful life* se insiram no contexto de uma reprodução sexual, supomos que passarão a ser muito frequentes nos casos de procriação medicamente assistida, sobretudo quando teve lugar um DGPI (...)”.

resultados obtidos, na comunicação indevida ou extemporânea dos mesmos ou, pura e simplesmente, na sua não comunicação. Assim, apesar do risco de o feto nascer com deformações ser verosímil ou até evidente, nada se faz, nascendo este com determinada malformação, suscetível de comprometer o seu desenvolvimento em condições de normalidade e autossuficiência.

Até aqui, o circunstancialismo subjacente à *wrongful life* e ao *wrongful birth* é idêntico. As ações distinguem-se⁶ se olharmos a quem as interpõe: as primeiras são movidas pela criança, ou pelo representante legal em seu nome⁷, ao passo que, nas segundas, são os pais que reagem, atuando em nome próprio.

Nestes termos, numa ação de *wrongful birth* os progenitores alegam terem sido privados de tomar uma decisão informada acerca do prosseguimento da gravidez já que, perante a deficiência congénita do feto, e não fora a falta médica, muito provavelmente teriam decidido realizar um aborto⁸. Já no âmbito da *wrongful life*, a criança demanda o médico cujo comportamento negligente propiciou o seu nascimento, entendendo dever ser ressarcida pelo facto de ter nascido com graves malformações.

Poder-se-á colocar a questão, no tocante à pretensão de *wrongful life*, da proteção juscivilística do nascituro, à qual dedicaremos algumas palavras. Na verdade, a concessão de uma indemnização à criança por danos perpetrados antes do seu nascimento, como é o caso, implica que não constitua um óbice o facto de, à data da prática do facto ilícito, a criança ser um nascituro. Ora, independentemente das diferentes orientações passíveis de serem adotadas (direitos sem sujeito, retroatividade, bens em estado de vinculação, condição suspensiva⁹), a afirmação que os danos próprios dos nascituros mereceram a devida tutela jurídica parece-nos ser a posição francamente dominante¹⁰. cremos que,

⁶ Apontando diferenças, ROMEN PERRY, “It’s a wonderful life”, in *Cornell L. Rev.*, vol. 93, issue 2, 2008, p. 333.

⁷ Cf. arts. 123.º, 124.º e 1881.º do CC.

⁸ “Os danos que, regra geral, se alegam em tal tipo de acções incluem «pain and suffering», «emotional distress», «loss of consortium», «loss of wages», «medical expenses» e «costs of raising the child»” cf. J. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, Col. *Stvdia Iuridica*, 21, 1996, p. 381.

⁹ Para uma súmula, *vd.*, por todos, ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 95 e ss.

¹⁰ *Vd.*, por todos, numa exposição que temos por brilhante, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 68 e ss, com amplo registo bibliográfico; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 318 e ss. e pp. 341 e ss: “O nascituro tem, assim, direito à vida e, por essa via, personalidade jurídica. A sua capacidade geral de gozo também ocorre: mas sujeita à condição suspensiva do nascimento” (p. 350); ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 106 e ss e BIGOTTE CHORÃO, “Bioética, pessoa e direito: (para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)”, in *Direito natural, justiça e política: II colóquio internacional jurídico interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, p. 10, disp. em <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf> (13.12.2016).

quanto a esta concreta questão, a nossa opinião se espelha com precisão no Ac. do STJ de 03.04.2014, cujo sumário se passa, *data venia*, a transcrever:

“(...) Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica (...), uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. (...) O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica”.

É de sublinhar, neste âmbito, a imprescindibilidade de uma jurisprudência criativa, devidamente adaptada à realidade social e aos seus juízos de valor e, por isso, capaz de se desgarrar do sentido literal do preceito legal plasmado no art. 66.º, nº 1, do CC. Nesta senda, deparamo-nos com decisões que prevêm, por exemplo, a compensação por danos não patrimoniais arbitrada ao nascituro por morte de um dos seus progenitores.

Cumpre fazer notar que existe, ainda, uma terceira categoria deste tipo de ações: a concepção ou gravidez indevida (“*wrongful conception*” ou “*wrongful pregnancy*”). A autonomização destas ações face às anteriores justifica-se dado que as primeiras podem ocorrer mesmo que o feto não sofra de qualquer malformação ou doença congénitas, porquanto basta que o ilícito tenha gerado uma concepção indesejada¹¹.

Com efeito, nos casos de concepção indevida, os demandantes invocam que, sem o evento lesivo, a criança não teria sido sequer concebida, já que a atuação médica se dirigia à não concepção. Não padecendo a criança de uma qualquer malformação, inexistente, na sua esfera jurídica, um dano ressarcível, pelo que a legitimidade incumbe, nos casos de concepção indevida, aos pais. A falha no diagnóstico traduz-se, precisamente, no não impedimento da concepção. A título exemplificativo, poderão estar em causa situações em

¹¹ Salvo o devido respeito, divergimos de P. MOTA PINTO quanto à inclusão, nas ações de *wrongful conception*, dos casos em que é concebido um feto com deficiência genética depois de os pais não terem sido informados sobre os riscos genéticos associados. Quanto a nós, nestes casos, estaremos antes perante uma ação de *wrongful birth*. Ademais, o autor parece incluir nos casos de *wrongful birth* as hipóteses em que há nascimento depois da *wrongful conception*, daí que afirme que ambas as ações podem ocorrer mesmo que a criança não padeça de qualquer deformação – cf., *op. cit.*, p. 6. Discordamos: sempre que o problema se situe ao nível da prevenção ou interrupção da concepção a ação é de *wrongful conception*, mesmo considerando o nascimento da criança. *Vd. Harbeson v. Parke-Davis*, 06.01.1983, 98 Wn.2d 460, 656 P.2d 483: “Muitas das ações outrora denominadas *wrongful birth* são agora designadas por *wrongful conception* (...)”.

que falha a interrupção da gravidez, em que se verifica a existência de defeitos no método contraceptivo ou ainda casos de esterilizações mal sucedidas. Nestes casos, pode existir, ou não, negligência médica, sendo que, caso não exista, verificar-se-á, antes, uma violação do dever de informação do risco de ineficácia do método utilizado. Concordamos pois, que a *wrongful conception* se relaciona com “o problema da revelação dos riscos em operações *d’agrément*”¹².

Em síntese e numa ponderação das hipóteses possíveis, constatamos que: se há um nascimento desejado, mas indevido por virtude da deformação que afeta a criança, cairemos no âmbito da *wrongful life* ou do *wrongful birth*, consoante o autor da ação; se o nascimento é indesejado e a criança é sã estaremos perante uma ação de *wrongful conception*¹³; por fim, se há um nascimento indesejado, e a criança nasce com deficiência, então aí poderemos ter uma ação de *wrongful life* ou *wrongful birth* consoante o autor e¹⁴/ou¹⁵ uma ação de *wrongful conception*.

Numa última nota, refira-se que adotamos a nomenclatura norte-americana, ignorando a infelicidade¹⁶ dos termos vulgarmente utilizados a este propósito. Reconhecendo que a esmagadora maioria das obras consultadas assim se refere às ações objeto de estudo, justificamos a escolha, sobretudo, com razões de pragmatismo.

3. ENQUADRAMENTO JURISPRUDENCIAL

Começemos pelo início. A primeira vez que uma criança contestou as condições em que se deu o seu nascimento foi no caso *Zepeda v. Zepeda*¹⁷. Embora não estivesse em causa um caso “típico” daquilo que hoje se associa às ações de *wrongful life*, já que o autor fundava a sua pretensão no facto de ser filho ilegítimo, este caso marca o nascimento das ações assim designadas. Com efeito, na sua decisão, o tribunal afirmou que “o

¹² ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 376, nota 848.

¹³ Distanciamo-nos do entendimento de DIAS PEREIRA, ao incluir esta hipótese no círculo do *wrongful birth* – cf., *op. cit.*, p. 376.

¹⁴ *Vd.*, p. ex., *Speck v. Finegold*, 31.12.1981, 497 Pa. 77, 439 A.2d 110.

¹⁵ Nesta última situação, tudo dependerá, portanto, de onde é colocada a tónica do problema: se no procedimento com vista à não procriação ou se na não deteção ou comunicação da malformação. Note-se que, o sentido a dar ao adjetivo “indesejado” está, neste âmbito, restrito às situações em que tenha falhado a prevenção ou interrupção da gravidez. Claro que, se os pais não queriam ter filhos mas não se preveniram nesse sentido, tendo nascido um filho com deficiência, só poderão propor uma ação por *wrongful life* ou *wrongful birth*.

¹⁶ Apelidando as expressões de “pomposas (e algo absurdas)” cf. FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 100. Identicamente, P. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷ *Zepeda v. Zepeda*, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849.

reconhecimento da pretensão do autor implica a criação de um novo ilícito civil: uma causa de pedir por *wrongful life*. As implicações legais de tal ilícito são vastas e o impacto social seria exorbitante”, concluindo pela improcedência da ação.

Já o caso *Gleitman v. Cosgrove*¹⁸ consubstancia a primeira ação “típica” de *wrongful life*, acompanhada por uma ação de *wrongful birth*. Sumariamente, o Tribunal de New Jersey, considerando que é inata à condição humana a procura da vida e que a perfeição não é necessária para que esta seja valiosa, negou o direito da criança a uma indemnização por ser impossível operar uma comparação entre a vida com deficiência e “o absoluto vazio da não existência”. No tocante à pretensão dos pais, o fundamento da improcedência foi também uma impossibilidade de comparação, agora entre os “intangíveis, imensuráveis e complexos benefícios da maternidade e da paternidade” e os “alegados danos emocionais e patrimoniais”.

Ainda no âmbito do direito norte-americano vejamos, agora, o caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*¹⁹. Atentemos no seguinte: os pais da autora realizaram testes genéticos no laboratório de análises clínicas da ré, em ordem a descortinar se, caso tivessem um filho, este padeceria da doença de *Tay-Sachs*. Como consequência da informação inexata que receberam, os progenitores decidiram conceber ou prosseguir com a gravidez. Nasce então Shauna Curlender, com uma esperança de vida de quatro anos, sofrendo de um atraso mental, convulsões, apatia, perda de capacidades motoras, cegueira, atrofia muscular, etc. O *Court of Appeals of California*, constatou que: (i) os tribunais nos estados vizinhos progrediram de uma total proibição para, pelo menos, o reconhecimento da pretensão dos pais e (ii) apesar da receção pouco calorosa da *wrongful life*, tanto os pais como as crianças continuam a propor ações nesse sentido. Sublinhando ainda que não está em causa um qualquer direito a não nascer, acabou por pugnar pela procedência da ação, desde logo devido ao primacial princípio de que “deve existir um remédio para cada mal cometido”.

Em França, deparamo-nos com uma decisão de relevo indesmentível, o *arrêt Perruche*²⁰, cuja fama se justifica quer porque foi a primeira decisão europeia a conceder indemnização à criança numa ação de *wrongful life*, quer devido às repercussões que acarretou a nível legislativo. Rompendo com o entendimento tradicional, o *Cour de*

¹⁸ *Gleitman v. Cosgrove*, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689.

¹⁹ *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 477.

²⁰ Ac. da *Cour de Cassation* de 17.11.2000. Esta decisão foi confirmada pelo Acs. da *Cour de Cassation* de 13.07.2001 e de 28.11.2001.

Cassation confirmou a existência de uma relação causal entre as *fautes* cometidas pelo laboratório e pelo médico e o dano sofrido pela criança, concedendo uma indemnização à criança deficiente com fundamento no seu nascimento. As reações exacerbadas fomentaram a discussão, tendo a mesma culminado numa intervenção legislativa²¹ que pôs termo à mencionada jurisprudência, estabelecendo-se o seguinte: “Ninguém pode alegar como dano o simples facto de ter nascido (...)”. Numa palavra, o legislador francês afastou o regime da responsabilidade civil, pugnando, ao invés, pela aplicação do direito social como meio exclusivo para o apoio aos cidadãos com deficiência.

Movendo-nos, agora, em terras lusas, é possível constatar que o problema subjacente às *wrongful actions* apenas recentemente foi pela primeira vez pleiteado. Data de 19.06.2001²² a primeira decisão judicial que versou acerca de uma ação de *wrongful life*: o autor, menor, representado pelos seus pais, pede a condenação dos réus (*in casu*, o médico e o gabinete de radiologia) no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, dado ter nascido com irreversíveis malformações nas duas pernas e na mão direita. O STJ negou a revista sustentando, essencialmente, o seguinte: (i) há uma patente desconformidade entre o pedido e a causa de pedir, já que o autor invoca danos por si sofridos, mas assenta o direito à indemnização na supressão de uma faculdade que se encontra na órbita da esfera jurídica dos pais; (ii) relativamente ao autor, estaria em causa o direito à não existência que não merece acolhimento na ordem jurídica portuguesa; e (iii) a existir, tal direito apenas poderia ser exercido pelo autor quando maior e não pelos pais em sua representação^{23/24}.

Numa outra decisão²⁵, que salientamos não só pela completude, mas também pela discordância que gerou, desde logo espelhada no voto de vencido do Conselheiro Pires da Rosa e na declaração da Conselheira Maria Pizarro Beleza, teve o STJ de se pronunciar sobre uma ação de *wrongful birth* e *wrongful life*. A mãe, por si e em representação do seu filho, demandou o centro de radiologia, o respetivo diretor clínico e a sua médica obstetra, já que, mesmo realizadas as competentes ecografias, a criança nasceu com

²¹ Cf. Lei 2002-303, de 4 de Março de 2002.

²² Cf. Ac. do STJ de 19.06.2001.

²³ Contra este entendimento, cf. DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 388, nota 873. Este Autor defende, e tendemos a concordar, que a decisão em análise “acarreta a *irresponsabilidade* civil dos médicos que se dediquem à medicina pré-natal”.

²⁴ Defendendo que o direito da mãe e do filho é o mesmo e um só, diz-nos PIRES DA ROSA, no voto de vencido ao Ac. do STJ de 17.01.2013 o seguinte: “Dir-se-á que (...) o direito do filho que nasceu era um outro direito (...). Mas não é possível pensar assim (...). *Esse é um direito que tem um tempo de nascimento e de morte* (...). Não é possível deixar para o tempo da capacidade do filho um direito que só existe enquanto o filho é ainda ... feto”.

²⁵ Cf. Ac. do STJ de 17.01.2013.

profundas patologias morfológicas. No respeitante ao *wrongful birth*, o acórdão, depois de qualificar de contratual a relação estabelecida entre a autora e os réus, discorre acerca do binómio obrigação de meios/resultado para, no fim, qualificar, erradamente a nosso ver, a realização de ecografias como uma obrigação de meios. Analisando assertivamente a matéria factual provada, o tribunal conclui “sem qualquer margem para dúvidas” pela existência de uma conduta ilícita e culposa por parte dos réus, conduta essa decisiva para que a autora “levasse a sua gravidez até ao termo”. Já no tocante à pretensão de *wrongful life*, cujo “melindre” e “perplexidade” o tribunal reconheceu, esta foi desatendida por se considerar, por um lado, que qualquer outra solução atentaria contra a “protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser»” e, por outro, que não se encontram preenchidos, em relação ao autor, os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. Quanto à responsabilidade contratual, o Supremo entendeu que o autor não foi parte no contrato celebrado entre os réus e a sua mãe, nem mesmo apelando à figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros, já que, à data do mesmo, inexistia “enquanto ser humano”.

Brevitatis causa, refira-se que, num outro arresto, o STJ entendeu²⁶, numa ação de *wrongful birth* que, apesar de a maioria dos contratos de prestação de serviços médicos constituir uma obrigação de meios e a presunção de culpa constante do art. 799.º do CC apenas se aplicar nas obrigações de resultado, a realização de exames laboratoriais e radiológicos é uma exceção àquela primeira regra, pelo que o comportamento “inexcusável” do médico lhe é imputável a título de negligência. É de assinalar que, no tocante ao dano, o tribunal, e bem no nosso entender, atribuiu o valor negativo à vida defeituosa e o positivo à vida saudável, estabelecendo assim o “padrão contrafactual”. Pugnou ainda pela existência de um nexo de causalidade indireto entre a vida com deficiência e a omissão de informação do médico e, quanto ao problema do comportamento alternativo, defendeu a existência de uma presunção de que os credores da informação (pais) adotariam o comportamento conforme ao seu conteúdo (i.e., teriam decidido abortar).

Da análise das diversas decisões estudadas resulta que, de uma maneira geral, a doutrina e jurisprudência europeia e norte-americana admitem as acções de *wrongful*

²⁶ Cf. Ac. do STJ de 12.03.2015.

*birth*²⁷ e *wrongful conception*²⁸ mas rejeitam²⁹, na esmagadora maioria das vezes³⁰, as pretensões de *wrongful life*.

Adaptando o “relatório comparativo” de U. Magnus³¹ à terminologia tal como por nós adotada temos que: (i) nas ações de *wrongful conception* a maioria dos países admite que os pais deverão ser indemnizados pelos custos de sustento da criança, com exceção da Áustria e da França que consideram que os custos e as vantagens de ter uma criança são incindíveis; quanto aos lucros cessantes, estes são também admitidos largamente, com exceção da Bélgica, França e Alemanha, que julgam que esses prejuízos não se encontram incluídos no escopo contratual; por fim, e com exceção da Grécia, todos anuem na compensação pela dor e sofrimento, pelo menos quando seja necessária uma segunda operação (ii) nas hipóteses de *wrongful birth* é defendida pela maioria dos países a ressarcibilidade de todos os danos patrimoniais, embora, a Grécia, os EUA e a Inglaterra (e Portugal, acrescentamos nós), restrinjam esses danos aos custos adicionais que a deficiência acarreta; apenas a Áustria nega por completo a procedência destas ações (iii) por fim, os casos de *wrongful life* parecem condenados a improceder, dada a não aceitação do direito à não existência.

²⁷ Cf., em Inglaterra, *Salih v. Enfield HA*, 1991, 3 All ER, pp. 400 e ss (CA); nos EUA, *Schroeder v. Perkel*, 15.07.1981, 87 N.J. 53, 432 A.2d 834 e em França, decisão do *Conseil d'État* de 14.02.1997, disp. em www.legifrance.gouv.fr (07.02.2017).

²⁸ *Vd.*, em Inglaterra, *Eyre v. Measday*, 1986, 1 All ER, pp. 488 e ss (CA); *Thake v. Maurice*, 1986, 1 All ER, pp. 497 e ss (CA), *Walkin v. South Manchester HA*, 1995, 4 All ER, pp. 132 e ss (CA) e, na Alemanha, BGH 18.03.1980, *in NJW*, 1980, pp. 1450 e ss e BGH 19.06.1984, *in NJW*, 1984, pp. 2625 e ss.

²⁹ Assim, além das decisões analisadas: em Inglaterra, *McKay v. Essex AHA*, 1982, 2 All ER 771 (CA); na Alemanha, BGH, 22.11.1983, *in NJW*, 1984, pp. 658 e ss e BGH 18.01.1983, *in JZ*, 1983, pp. 447 e ss (que admitiram, no entanto, a pretensão de *wrongful birth*); nos EUA, *Berman v. Allan*, 26.06.1979, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8, *Becker v. Schwartz*, 27.12.1978, 46 N.Y.2d 401.

³⁰ Cf., decisão do *Hoge Raad* de 18.03.2005, (“baby Kelly”), disp. em <https://uitspraken.rechtspraak.nl> (16.10.2016); *Turpin v. Sortini*, 03.05.1982, 31 Cal.3d 220, 643 P.2d 954; *Harbeson v. Parke-Davis*, *cit.*; *Procanik by Procanik v. Cillo*, 01.08.1984, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755; *Park v. Chessin*, 11.12.1977, 60 A.D. 2d 80. Sobre este último caso, que configurou o “primeiro passo para a aceitação judicial da teoria da *wrongful life*” *vd.* MARK E. COHEN, “Park v. Chessin: the continuing judicial development of the theory of “*wrongful life*””, in *American Journal of Law and Medicine*, vol. 4, n.º 2, 1978, p. 211.

³¹ U. MAGNUS, “Comparative report on the law of damages”, in *Unification of tort law: damages*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2001, pp. 205 e ss.

4. A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS *WRONGFUL ACTIONS* NO QUADRO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. IDONEIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Terminado o enquadramento desta *vexata quaestio*, cumpre averiguar se a responsabilidade civil é o meio idóneo de resposta às *wrongful actions* ou se, ao invés, será de pugnar pela utilização dos sistemas sociais de compensação, caracterizados pela justiça distributiva, em detrimento da justiça corretiva que acompanha o primeiro instituto.

A delicadeza da questão é evidenciada pelas palavras de CARNEIRO DA FRADA, que se questiona no seguinte sentido: “Poderá, porém, ser chamada [a responsabilidade civil] a intervir para tutelar um (suposto) interesse na morte? Intui-se facilmente que nos encontramos perante uma questão-limite, que convoca derradeiramente o sentido do Direito.”³² O Autor acaba por alinhar com a opinião de todos aqueles³³ que sublinham que o suprimento das prementes necessidades que a deficiência acarreta deverá ser efetuado por recurso ao sistema da segurança social. Interrogam-se se não se estará, ao afirmar a admissibilidade das *wrongful actions*, a pedir demais ao instituto da responsabilidade civil, forçando em demasia os seus mecanismos e extravasando os seus, já múltiplos, fins.

Nos antípodas, encontram-se os autores³⁴ que consideram que a exclusão da responsabilidade civil culminaria na impunidade da conduta negligentemente levada a cabo pelo médico, cuja responsabilidade não pode, assim, ser esvaziada, muito menos, num campo dominado pela tão grave quanto provável ocorrência de dano. Mais afirmam que o transcender do domínio da responsabilidade civil implicaria que, *a priori*, se houvessem esgotado todas as suas potencialidades, o que não acontece, nem mesmo se olharmos apenas à função compensatória, que sabemos não ser a única³⁵.

³² CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, in *ROA*, ano 68, vol. I., 2008, p. 1, disp. em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/> (15/11/2016).

³³ *Idem*, pp. 6-7; J. ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 502; A. PINTO MONTEIRO, “Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)”, in *RLJ*, n.º 3933, ano 134, p. 384; Ac. do STJ de 17.01.2013.

³⁴ FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 100; P. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 25; E. HONDIUS, “The Kelly case: compensation for undue damage for wrongful treatment”, in *Health law, human rights and the biomedicine convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 114 e ss; DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 391.

³⁵ Referimo-nos à função punitiva. *Vd.*, por todos, JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, in *Separada da RDE*, n.º 15, 1989, pp. 105-144 e PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra,

Tendemos a enfileirar por esta última posição. Além dos argumentos já esgrimidos, e embora de forma não determinante, deve ter-se em consideração que a precaridade e limitações do sistema de segurança social português são facto notório. *In casu*, os instrumentos de apoio à vida com deficiência são deveras parcimoniosos, circunstância que se encontra associada às deficiências estruturais e assimetrias sociais graves que se vislumbram num país economicamente pobre como o nosso. Assim, se mesmo que por trilhos diferentes e mais tortuosos que os típicos, for possível afirmar a responsabilidade civil do médico, então esta não deverá ser excluída, sem se crer que, com isto, se esteja a transcender as já muitas virtualidades que este instituto nos oferece.

Ora, o nosso sistema encontra-se bipartido entre responsabilidade civil contratual (arts. 798.º e ss do CC) e extracontratual (arts. 483.º e ss do CC)³⁶. Trataremos de ambas as responsabilidades, pois que, como veremos, a admissibilidade das *wrongful actions* pode passar por uma ou outra via. No que ao direito português diz respeito, a obrigação de indemnizar apenas nasce na esfera jurídica do médico se este praticar um facto, positivo ou negativo, ilícito e culposos que cause um dano ao doente, e isto quer essa sua obrigação se funde em responsabilidade contratual ou extracontratual. São esses os pressupostos que de seguida nos propomos a analisar.

4.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.2.1. Ilícitude Contratual: Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente

A relação clínica médico-paciente juridificou-se como relação contratual de prestação de serviços, pelo que o seu incumprimento dará lugar à responsabilidade contratual³⁷. Essa relação, por ser complexa, desdobra-se numa multiplicidade de

Coimbra Editora, 2006, 461 p. GENEVIÈVE VINEY, “Brèves remarques a propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion”, in *JCP*, n.º 2, Janeiro, 2001, p. 66, levanta a possibilidade de ser adequada a estas situações a figura dos danos punitivos (“dommage-intérêts punitifs”).

³⁶ *Vd.*, sobre o tema na sua generalidade, por todos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 518 e ss.

³⁷ Mais pormenorizadamente, *vd.*, por todos, DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 30 e ss; FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *DSB*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 79 e ss; MOITINHO DE ALMEIDA, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Iuridica*, XXI, 1972, pp. 327 e ss; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica na Europa Ocidental, Considerações de ‘lege ferenda’”, *Scientia Iuridica*, XXXIII, 1984, pp. 100-107; RUTE PEDRO, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 56 e ss; HENRIQUES GASPAR, “A responsabilidade civil do médico”, in *CJ*, Ano III, Tomo I, 1978, pp. 341-342; Acs. do STJ de 07.10.2010 e de 12.03.2015.

posições jurídicas orientadas para a finalidade última do contrato, e que padecem, *in casu*, de um acentuado desequilíbrio. Com efeito, ao passo que o programa obrigacional do doente é bastante reduzido (limitando-se ao pagamento dos honorários e a deveres de informação e cooperação), o do médico é composto por um considerável conjunto de comportamentos cuja observação é imperativa para o cumprimento curial do contrato³⁸.

Desse vasto conjunto constam deveres acessórios³⁹, dos quais merecem destaque o dever de informação e o dever de obtenção de consentimento informado⁴⁰. Embora se devam autonomizar, estes deveres encontram-se, como é medianamente intuitivo, umbilicalmente conexos, porquanto só o cumprimento do primeiro poderá levar ao cumprimento do segundo⁴¹. Assim, o médico deve informar amplamente o paciente, sobre tudo aquilo que possa contender com o respeito pela sua liberdade pessoal e de consciência, liberdade essa que dita que cada pessoa possa decidir autonomamente, segundo os seus interesses e preferências. Só assim se transferem para o paciente os riscos da intervenção médica.

Ora, no conteúdo⁴² desse dever que incumbe ao médico, figura a informação sobre o diagnóstico. Aliás, casos há em que a informação acerca do diagnóstico é, ela mesma, o objeto principal do contrato, como é o caso da realização de testes genéticos para despistagem de doenças congénitas⁴³. No que concretamente concerne ao DPN, existe um dever de propor a realização desse diagnóstico⁴⁴ e, concomitantemente, de informar a mulher grávida acerca das finalidades, riscos e resultados possíveis do procedimento. Claro que, o incumprimento do contrato não decorre somente de problemas com o dever acessório de prestação de informação mas decorre, igualmente, do erro médico, pois a falha de informação advém, a mais das vezes, da falha na realização de certo exame ou análise⁴⁵.

³⁸ Assim, RUTE PEDRO, *op. cit.*, pp. 56 e ss. DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 30 e ss.

³⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 112-114. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da «arte silenciosa» (o dever de informação dos médicos)”, in *RLJ*, n.º 3853, Ano 128, pp. 101 e ss. TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in *DSB*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 123 e ss e ÁLVARO RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *DJ*, Vol. XIV, Tomo III, 2000, p. 180.

⁴⁰ Art. 157.º do CP; arts. 5.º e ss da CEDH Bio; arts. 19.º, 20.º e 25.º do CDOM e n.º 1, alínea e) da Base XIV da LBS.

⁴¹ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 349 e 353 e RUTE PEDRO, *op. cit.*, p. 78.

⁴² Para uma análise minuciosa do referido conteúdo *vd.* DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 369 e ss.

⁴³ “Se tais doenças são diagnosticadas, os pacientes optarão possivelmente por um programa de procriação medicamente assistida, ou renunciarão ao projecto de ter filhos.” – Cf. DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁴ Cf. Despacho n.º 5411/97, de 08.07.1997, DR n.º 180, de 06.08.1997, série II, em especial, n.º 2.1. e 3.

⁴⁵ FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 102.

No âmbito da responsabilidade contratual, a ilicitude situar-se-á, precisamente, no incumprimento de alguma das obrigações emergentes do contrato, ou seja, a inobservância de deveres principais ou acessórios por qualquer um dos contraentes constitui um desvalor que funda a obrigação indemnizatória, nos termos do art. 798.º do CC⁴⁶.

Posto isto, nos casos de *wrongful conception* nos quais, como vimos, pode estar em causa a negligência numa intervenção cirúrgica ou a violação do dever de informar acerca dos riscos da possível ineficiência dos métodos utilizados para prevenir ou interromper a gravidez, o médico incumpe as suas obrigações contratuais para com o paciente que pode ser quer a mulher, quer o homem (p. ex., no caso de vasectomia).

A ilicitude contratual é também patente nas acções de o *wrongful birth*, por se encontrar violado o dever contratual de informação e a obtenção de consentimento informado. Efetivamente, este dever tem como primacial credor o paciente, que é, *in casu*, precisamente, a mulher grávida. Violado o dever de informação do médico, esvaziado fica o consentimento da mulher para prosseguir com a gravidez, pelo que, quanto a ela, o requisito da ilicitude encontra-se preenchido.

4.2.2. Fuga aos Quadros Tradicionais da Responsabilidade Civil: o Contrato com Eficácia de Proteção para Terceiros

Acontece que, a parte contratual é, pelo menos aparentemente, apenas a mãe⁴⁷. Ficam, assim, excluídos os dois outros intervenientes em matéria reprodutiva: o pai, em litisconsórcio com a mãe numa ação de *wrongful birth* ou *wrongful conception*, e a criança, numa ação de *wrongful life*. Quanto a estes, a responsabilidade do médico pela via contratual, poderá ser equacionada com apelo à figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, porquanto, *ab initio*, não espanta que a mãe inclua o pai e o nascituro no âmbito do contrato celebrado com o médico ou outro profissional de saúde⁴⁸.

⁴⁶ Cf., por exemplo, o Ac. do TRL de 22.01.2015.

⁴⁷ PIRES DA ROSA, no voto de vencido ao Ac. do STJ de 17.01.2013, apresenta-nos uma posição muito particular mas que se nos afigura plausível: “(...) as ecografias foram efectuadas no âmbito de um contrato celebrado entre uma clínica radiográfica e uma mulher – não uma qualquer mulher, mas uma mulher *pejada*, grávida (...) A mãe (e o seu feto – porque o feto é ainda mãe, enquanto não nascer com vida) foi (foram) atingida(os) no seu direito a poderem optar pelo não nascimento, por uma mesma e única violação contratual – essa, a dos RR”. Cf., igualmente, do mesmo autor, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁴⁸ Cf. ERWIN DEUTSCH e ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht: arztrecht, arzneimittelrecht, medizinprodukte-recht und transfusionsrecht*, 7.ª ed., Berlin Heidelberg, Springer, 2014, p. 430, n.º 674. Admitindo esta possibilidade, decisão do *Hoge Raad* de 18.03.2005, MARIA PIZARRO BELEZA, na

A figura insere-se num “espaço dogmático-normativo” “intercalar”⁴⁹, mais precisamente, na denominada terceira via da responsabilidade civil, cuja fonte não se baseia nem no delito, nem no contrato, fugindo, portanto, aos quadros tradicionais da responsabilidade civil.

A emergência deste *tertium genus* verifica-se relativamente a alguns terceiros que, embora posicionados fora do âmbito subjetivo do contrato, devem ser abrangidos pela proteção que dele emana, por virtude da especial proximidade que têm com as partes.

Numa tentativa de evitar o extravasar indistinto dos limites subjetivos contratuais, há que empreender um esforço de delimitação da esfera dos terceiros abrangidos. Neste ensejo, deverão incluir-se apenas aqueles⁵⁰ (i) que se encontrem em contacto próximo com a prestação principal objeto do contrato; (ii) cuja especial ligação com o credor seja cognoscível para o devedor; (iii) que mantenham uma comunhão de interesses e vantagens com o credor. Estes terceiros, embora não sejam partes no contrato, seriam então titulares de deveres laterais de cuidado, proteção e informação.

Assim sendo, parece-nos que as *wrongful actions* têm potencialidade para constituírem exemplo paradigmático desta responsabilidade intermédia. Não se vê, sejam quais forem os critérios concretamente adotados na referida delimitação, como se poderá exigir mais proximidade que a existente entre cônjuges e entre pais e filhos. É possível admitir, sem esforço, que, nestes casos, tanto o nascituro como o pai contactam proximamente com a finalidade do contrato de prestação de serviços médicos e que a mãe tem um interesse reconhecível em que assim seja. Em consequência, somos de considerar que o requisito da ilicitude contratual está preenchido também quanto a estes sujeitos.

declaração junta ao ac. do STJ de 17.01.2013. Contra, Ac. do STJ de 17.01.2013. Este último parece consentir a proteção contratual do nascituro, mas apenas a “proteção directa do mesmo”. No entanto, estamos em crer que, se o argumento para descartar o contrato com eficácia de proteção para terceiros como fundamento da responsabilidade contratual nas ações de *wrongful life* é a inexistência de personalidade jurídica do nascituro, então mesmo que a atuação do médico se dirija diretamente ao feto, este continua a não ser parte no contrato.

⁴⁹ CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Auto-Estradas”, in *ROA*, ano 65, vol. II, Setembro de 2005, p. 6, disp. em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/\(16/10/2016\)](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/(16/10/2016)).

⁵⁰ Seguimos os critérios apontados por CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causado a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 91-92 e CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 423.

4.2.3. Ilicitude Extracontratual

Caso não se afigure viável o recurso à figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros nos termos acima enunciados, a responsabilidade civil do médico perante o pai e a criança apenas se poderá afirmar no âmbito da responsabilidade aquiliana. A isto acresce que, permanecem áreas⁵¹ às quais não é possível estender o regime contratual, restando⁵² o recurso ao regime geral da responsabilidade delitual. Assim, sempre que a perfeição negocial não se alcança, encontrando-se o contrato por celebrar; sempre que, apesar de formado, ele seja nulo; sempre que estejamos perante um hospital público⁵³; ou ainda sempre que os danos causados extravasem o âmbito contratual de proteção, entraremos na área de atuação da responsabilidade extracontratual do médico⁵⁴.

O CC (art. 483.º) descreve as duas formas fundamentais reveladoras do carácter ilícito da ação humana voluntária, numa bipartição entre direitos e interesses: a ilicitude traduzir-se-á ou na violação de um direito absoluto (primeira modalidade), ou na violação de uma norma destinada a proteger interesses alheios, sem que exista um correspondente direito subjetivo (segunda modalidade).

Vertendo o descrito ao nosso objeto de estudo, cremos que na *wrongful conception* a ilicitude assentará na violação do direito subjetivo à liberdade reprodutiva dos progenitores, decorrente do direito à liberdade ou do direito geral de personalidade. A liberdade reprodutiva, na sua feição negativa, implica, precisamente, o direito à não reprodução que os progenitores pretenderam exercer através dos procedimentos encetados para prevenir ou interromper a gravidez. A falha na execução desses procedimentos ou na comunicação dos riscos associados privou os pais do exercício desse direito e aí reside a ilicitude.

Já nas ações de *wrongful birth* estarão primacialmente em causa o direito à autodeterminação pessoal (art. 70.º do CC e 26.º, n.º 1 da CRP), à livre disposição sobre

⁵¹ Não nos ocuparemos detidamente sobre estas possibilidades. Interessa-nos, tão-somente, fazer notar que haverá situações em que a responsabilidade contratual não atua, daí a pertinência em aferir dos pressupostos da responsabilidade civil também ao nível extracontratual.

⁵² Reconhecemos, todavia, a possibilidade de concurso de fontes de responsabilidade quando a atuação do médico consubstancia, simultaneamente, um ilícito contratual e extracontratual. *Vd.*, por todos, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 636-637; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 39 e ss; HENRIQUES GASPAR, *op. cit.*, p. 345; ÁLVARO RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 174 e ss; Ac. do STJ de 19.06.2001 e Ac. do STJ de 07.10.2010.

⁵³ Por extravasar o objeto de estudo, referiremos apenas que na questão da classificação da atividade do médico em hospitais públicos como de gestão privada ou pública a jurisprudência tem pugnado pela segunda opção. *Vd.*, Ac. do TRL de 20.03.2012; Ac. do STJ de 09.12.2008.

⁵⁴ Cf., com mais pormenor, RUTE PEDRO, *op. cit.*, pp. 62 e ss e DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

o próprio corpo e ao respeito pela integridade física e moral do paciente. Com efeito, ao ser humano é permitido tomar uma grande variedade de opções, dependentes não só do ambiente cultural mas também de influências psicológicas individuais e de introspeções ascéticas. Essa liberdade na esfera de decisão pessoal é a base da autodeterminação que todo o ser humano pode e deve usufruir e é ela que foi, *in casu*, preterida pela atuação do médico. Aos referidos direitos poderemos acrescentar o indelével princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto assentimos que “seria *indigno* uma pessoa submeter-se a determinadas consequências sem disso estar previamente consciente”⁵⁵.

Desta sorte, cremos não ser necessário trabalhar com um controvertido direito ao aborto. Não ignoramos que a violação de um dever de informação e conduz à inexistência de um consentimento informado e que o cumprimento integral desse dever possibilitaria a ponderação, por parte da paciente, da interrupção da gravidez (cf. arts. 142.º, n.º 1, al. c) e 150.º do CP). A isto acresce que tendemos a admitir a existência de uma certa correlação entre os deveres de informação do médico e a possibilidade de realizar um aborto por indicação embriopática, sob pena do esvaziar de sentido da al. c) do art. 142.º do CP⁵⁶. Como poderá a mãe saber se o “nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita” se não através da informação prestada pelo médico nesse sentido? Não estamos, com isto, a querer dizer que o objetivo do dever de informação do médico nesta sede vise unicamente a possibilidade de realizar um aborto, ou sequer que esse é o seu objetivo principal. Mas dúvidas não há de que a interrupção da gravidez constitui uma das opções que a mãe pode tomar face a tal informação, opção de que se vê privada no caso de falta dela.

Afinal, aquilo que releva é que a decisão da mãe, *seja ela qual for*, seja devidamente esclarecida. Não o sendo, fica preterida a sua liberdade de opinião e decisão e, assim, violado o seu direito à autodeterminação⁵⁷.

No que concerne à *wrongful life* teceremos as considerações que se seguem.

⁵⁵ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 370.

⁵⁶ Considerando que não existe dever jurídico, escrito ou não, que imponha ao médico o aborto de crianças deficientes, nem existe um correspondente direito da criança a ser abortada *vd.* CARNEIRO DA FRADA, “A própria (...)”, *cit.*, pp. 3 e ss e BGH 18.01.1983, *cit.*, p. 450.

⁵⁷ *Vd.* MARTA NUNES VICENTE, “Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche”, *in LM*, Ano 6, n.º 11, 2009, p. 122: “Uma tal conclusão, a nosso ver, esmaga parte do conteúdo do direito de autodeterminação, se pensarmos nele não só como a possibilidade da pessoa “se decidir”, mas como a faculdade da pessoa se decidir numa direcção ou em sentido diferente do anterior, poder que, em virtude da violação de deveres de informação, foi inegavelmente cerceado (...)”.

4.2.3.1. A ilicitude na primeira modalidade: a viabilidade dos direitos a nascer são e a não nascer

A propósito do direito a nascer saudável⁵⁸, poderá defender-se que as equipas médicas que assistem a mulher grávida deverão encetar todas as diligências e usar todos os recursos ao seu alcance em ordem a precaver a disseminação de doenças ou deficiências genéticas. Em conformidade, o nascituro seria detentor do correspondente “direito de pretender que os procedimentos estritamente indispensáveis para o efeito sejam devidamente adotados”⁵⁹, alicerçado, quanto aos pais, nos arts. 1878.º, n.º 1 do CC e, quanto ao médico, no art. 63.º, n.º 1 do CDOM.

Não vislumbramos qualquer óbice ao reconhecimento da existência do direito a nascer saudável nos termos expostos. No entanto, estamos em crer que, nas ações de *wrongful life*, não fará sentido dele fazer uso, porquanto a criança não nasceria sem a deficiência, i.e., nunca poderia nascer saudável. O direito a nascer saudável parece encontrar o seu âmbito restringido aos casos em que a doença não é fruto do acaso, ou seja, aos casos em que doença surge por virtude de intervenção humana⁶⁰. De facto, sendo todos e cada um de nós um golpe de sorte, parece que as eventualidades do azar não poderão ser computadas no âmbito deste direito.

Já no que respeita ao direito a não nascer cremos que será um expediente altamente duvidoso mas, sobretudo, desnecessário⁶¹ para que se preencha o requisito da ilicitude no âmbito das ações em discussão.

Admitir a existência deste direito redundaria no reconhecimento de que o embrião tem direito a ver interrompida a sua gestação, transmutando o aborto num poder/dever dos pais⁶², e no reconhecimento de que o embrião *in vitro*, detetada uma qualquer anomalia, tem direito a não ser transferido para o útero⁶³.

⁵⁸ Parecendo reconhecê-lo, ERMELANDO V. COSMI e E. MORDINI, “La bioetica ed i diritti del nascituro”, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, CEDAM, 1996, p. 123: “I) O direito biológico é aquele de ser suficientemente são, ou de apenas ser portador de doenças, deficiências ou imperfeições físicas e mentais devidas unicamente ao mecanismo da lotaria natural e portanto inevitáveis”. Considerando que o “direito a nascer normal”, mais não é do que uma “proposição absurda” que, de qualquer modo, não está em causa nestas ações – FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁹ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁶⁰ Também neste sentido, VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 73.

⁶¹ *Vd.*, também assim, PIRES DA ROSA, no voto de vencido ao Ac. do STJ de 17.01.2013. Contra, MARIA PIZARRO BELEZA, na declaração junta ao mesmo acórdão.

⁶² P. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 14.

⁶³ Reconhecendo este direito, *Curlender v. BioScience Laboratories*, *cit.*.

Na verdade, este direito, a existir, encerraria uma contradição intrínseca e, cremos, dificilmente ultrapassável⁶⁴. A vida é a base de tudo, da própria existência e, claramente, da suscetibilidade de ser titular de direitos. Sem vida não há indivíduo que seja titular de direitos. Pretender ter direito à não vida é pretender não ter direitos de todo, daí a mencionada contradição. Não obstante não nos parecer descabida a construção de PIRES DA ROSA - no sentido de pertencer à mãe o direito de existir ou de não existir, dentro de certo tempo e circunstâncias⁶⁵ - concluímos que, como veremos, a pretensão da criança numa ação de *wrongful life* não tem de se basear num contraditório direito a não nascer⁶⁶.

4.2.3.2. A ilicitude na segunda modalidade: a violação das *legis artis*

Prima facie, refira-se que o constante progresso da medicina e a liberdade de método que caracteriza o seu exercício tornam árdua a tarefa de definir o conteúdo das *legis artis*, no sentido de determinar os deveres de cuidado que àquelas se reconduzem e a atuação adequada em cada caso. Não obstante, é possível adiantar que das *legis artis*, como cristalização dos conhecimentos da ciência médica, fazem parte as regras fixadas pelos profissionais da medicina, constantes do CDOM, de declarações de princípios emanadas de organizações internacionais e nacionais de médicos, das denominadas *guidelines* resultantes de protocolos de atuação e de reuniões de consenso e dos pareceres das comissões de ética⁶⁷.

Neste seguimento, cumpre notar que as disposições constantes do CDOM, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 e publicado no Diário da República n.º 139 de 21.06.2016, Série II, são “um auxiliar precioso do juiz para decidir acerca da ilicitude da conduta do médico, podendo questionar-se se constituem «disposições legais que visam proteger interesses alheios» para efeitos do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil (isto porque são normas em sentido material)”⁶⁸. Ora, dos preceitos plasmados no referido diploma constam os já mencionados deveres de informação e de obtenção de

⁶⁴ Cf. *Gleitman v. Cosgrove*, cit.: “Reconhecer o direito à não existência é entrar num labirinto dentro do qual ninguém conseguiria encontrar o seu caminho”.

⁶⁵ PIRES DA ROSA, “Não existência – um direito!”, in *Julgar*, n.º 21, 2013, p. 50.

⁶⁶ Cf., p. ex., PHILIP PETERS, “Rethinking wrongful life: bridging the boundary between tort and family law”, *Tulane L. Rev.*, vol. 67, 1992, p. 420: “(...) a criança que procura sustento não tem de alegar que tem uma vida pior do que a não-existência. Embora ainda tenha de alegar que os seus pais perderam a oportunidade para prevenir a conceção ou realizar um aborto, não precisará de provar que a sua vida é um dano. (...) Como consequência, a ação movida pela criança evita a comparação entre a vida e a não-existência.”

⁶⁷ Cf., exemplificativamente, Ac. do TRL de 23.05.2013.

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 25.

consentimento informado, o que permite concluir que estes são fruto, não só da relação negocial, mas também das denominadas *legis artis*⁶⁹ (cf. art. 45.º do CDOM).

Isto posto, cremos que o *punctum crucis* se situará, antes, no esforço de determinação do âmbito de proteção das referidas *legis artis*, no sentido de apurar se os deveres de informação visam proteger não só a mãe mas, também, a criança. Se assim o pudermos concluir, então a conduta do médico será também ilícita face à criança.

Assim entende PAULO MOTA PINTO⁷⁰, pelo menos no que aos encargos financeiros advenientes da deficiência diz respeito. Em sentido divergente estão aqueles⁷¹ que consideram que não se poderá equacionar a vontade futura da criança, afirmando aprioristicamente que teria interesse em não viver. Quanto a nós, sublinhe-se, não estamos a discutir um pretense interesse da criança no seu próprio aborto. O que pretendemos saber é se o nascituro tem algum interesse em que a sua mãe tome uma decisão esclarecida, mais uma vez, *seja ela qual for*. E cremos que a resposta é afirmativa. Se nos dizem que os deveres de informação “prosseguem outros objetivos, à cabeça dos quais a possibilidade de levar a cabo uma adequada terapia da criança”⁷², então não terá a criança interesse no cumprimento integral desses deveres? Afigura-se-nos medianamente intuitivo e socialmente razoável admitir que os deveres profissionais de cuidado que impendem sobre o médico no âmbito dos cuidados pré-natais visam proteger não só a saúde da mulher grávida, como também a saúde do nascituro. A este propósito atentemos nas assertivas palavras de FEINBERG⁷³:

(...) uma pessoa tem um dever de cuidado para com qualquer outra pessoa a quem possa eventualmente causar danos como consequência da sua conduta (uma “vítima expectável”), e, nalgumas ações, isso inclui pessoas não nascidas ou nem sequer concebidas. (...) Por acaso, uma das consequências implícitas [desta conclusão] é que, quando estamos a lidar, medicamente ou comercialmente, com uma mulher de

⁶⁹ Presentemente, parece-nos clara a inclusão do consentimento informado como componente das *leges artis*, porquanto configura, além de um direito fundamental do paciente, uma exigência legal e ética imposta ao médico. Em sentido convergente, DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 66 ss, que distingue entre *legis artis* em sentido estrito, decorrentes do vertido no art. 150.º do CP, e *legis artis* em sentido amplo, onde insere o consentimento informado.

⁷⁰ *Vd.*, P. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 16 e decisão do *Hoge Raad* de 18.03.2005, n.º 4.13: “[os réus] invocaram que Kelly não tem (também contra eles) qualquer direito à própria não existência ou à interrupção da gravidez da sua mãe. Porém, tal é improcedente pois o médico está vinculado por força do seu dever de cuidado (...), existente primariamente para com a mulher grávida, mas também para com o seu filho ainda por nascer, a realizar o DPN exigido nas circunstâncias, e, se for o caso, a consultar um geneticista clínico para examinar melhor o fruto da gravidez (...). Se o médico falhar no cumprimento destes deveres para com a mulher, atua também para com o nascituro em violação de regras não escritas”.

⁷¹ CARNEIRO DA FRADA, A própria (...), *cit.*, p. 4.

⁷² CARNEIRO DA FRADA, “A própria (...)”, *cit.*, p. 3.

⁷³ FEINBERG, *op. cit.*, pp. 154-155.

certa idade, temos de pensar nela como podendo estar grávida, e no seu meramente potencial futuro filho como uma “vítima expectável” da nossa transação com ela.

4.2.4. Culpa

A culpa (arts. 483.º e 799.º do CC) é um juízo de censura ético-jurídico dirigido ao agente (conceção normativa de culpa) quando este, pelas suas capacidades e em face das circunstâncias concretas do caso, não tiver disposto da diligência e do cuidado que lhe eram exigíveis, i.e., podia e devia ter agido de outro modo⁷⁴. A culpa é, no ordenamento jurídico português, aferida em duas fases sucessivas: primeiro através de um juízo genérico de imputabilidade⁷⁵ e, de seguida, apreciando-se a culpa em abstrato, recorre-se ao critério do bom pai de família, sem descurar, não obstante, o concreto circunstancialismo do caso (art. 487.º, n.º 2 do CC).

O critério objetivo de aferição da culpa será, *in casu*, o bom profissional médico, medianamente competente, prudente e zeloso. A abstração não é, contudo, absoluta, dado dever considerar-se um médico da mesma categoria a que pertence aquele concreto médico⁷⁶. Num segundo momento, haverá que aferir das circunstâncias temporais, espaciais e instrumentais do condicionalismo próprio que rodeou a imperícia ou leviandade do médico como o sejam a urgência do caso, a qualidade e quantidade de instrumentos disponíveis, etc.⁷⁷.

Nas ações objeto de estudo, o comportamento do médico é-lhe imputável, por regra, a título de mera culpa ou negligência e não a título de dolo, em nenhuma das suas modalidades. Nestes termos, o nexó psicológico entre o facto praticado e a vontade do lesante verifica-se, então, na modalidade de negligência, porquanto não fosse a omissão do cuidado exigível seria possível ao médico prever o resultado danoso (negligência inconsciente) ou, prevendo-o, não teria confiado na não produção do mesmo tomando, consequentemente, as providências necessárias a acautelá-lo (negligência consciente)⁷⁸.

⁷⁴ Sobre este pressuposto *vd.* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 562 e ss e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 304 e ss.

⁷⁵ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 563 e ss.

⁷⁶ “(...) o padrão não pode ser único – não há apenas um «médico normal» - mas deverão ser vários – ideais – aferidos em relação a cada classe ou grupo, abstratamente considerado, a que pertença o médico: especialista ou não, da cidade ou da aldeia, (...)”. São palavras de HENRIQUES GASPARD, *op. cit.*, p. 346. Cf., igualmente, RUTE PEDRO, *op. cit.*, p. 128 e Ac. do STJ de 15.12.2011.

⁷⁷ RUTE PEDRO, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

⁷⁸ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 573 e ss. HENRIQUES GASPARD, *op. cit.*, p. 346. Atente-se no Ac. do STJ de 12.03.2015: “O erro médico só não corresponde a uma atuação culposa se, em razão da insignificância do ato, se entender que não houve um desvio em relação ao padrão médico de atuação (...) o erro de

No que se refere ao ónus probatório, aplicando os termos gerais da sua repartição (art. 342.º, n.º 1 do CC), incumbirá ao paciente, como lesado, fazer prova da culpa do médico lesante como elemento constitutivo do seu direito à indemnização. Esta regra geral tem plena aplicação na responsabilidade aquiliana (art. 487.º, n.º 1 do CC). Já no âmbito da responsabilidade contratual operaria uma inversão do ónus da prova, passando esta a recair sobre o médico lesante (art. 799.º, n.º 1 do CC). Acontece que, tratando-se de responsabilidade médica, o plano dos encargos probatórios poderá implicar a consideração da *summa divisio* obrigação de meios/obrigação de resultado. Sem enveredar por uma análise exaustiva desta dicotomia e da discussão em torno dela, sempre diremos que, em regra⁷⁹, o médico compromete-se a utilizar o seu saber, a sua competência e experiência, com auxílio das técnicas da ciência e do postulado das *legis artis*, para alcançar a recuperação do paciente. Mas não se obriga a atingir um resultado determinado.

Ora, segundo certa perspetiva, o credor de uma obrigação de meios (paciente), teria de demonstrar positivamente a culpa do médico, já que não funcionaria a mencionada presunção, sob pena de “sobrecarregar” a posição do médico⁸⁰. Esse funcionamento dependeria do afiançar da produção de certo resultado final, de tal forma que a não verificação deste seja suficiente para fazer operar a inversão do ónus da prova. Segundo outro entendimento é possível a afirmar a inexistência de dependência entre a inversão do ónus da prova e a natureza da obrigação do médico⁸¹. Aqueles que pugnam por este entendimento sublinham que (i) o mesmo não erradica as dificuldades probatórias que recaem sobre o paciente, que, mesmo beneficiando da presunção de culpa, não deixa de ser a parte processual mais débil, desde logo porque permanece um leigo na matéria, com acesso dificultado ao registo médico, permanecendo, também, a necessidade de provar os

diagnóstico só ocorrerá com a ignorância indesculpável ou o esquecimento das mais elementares regras profissionais (...).”

⁷⁹ Cf., FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 45; FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 110; TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 125 e 126; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 123 e ss; Ac. do STJ 12.03.2015.

⁸⁰ Expressão de TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 137. No mesmo sentido, MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 337 e Ac. do TRL de 24.04.2007, in *CJ*, Ano XXXII, 2007, T. 2, pp. 110 e ss. Para uma análise da jurisprudência espanhola, que nega a aplicação da presunção de culpa, mas tem tentado “aliviar a posição processual do autor” por aplicação das teorias da facilidade probatória ou da culpa virtual ou ainda fazendo uso da prova por presunções *vd.* ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999, 260 p.

⁸¹ SINDE MONTEIRO e MARIA MANUEL VELOSO, “Country Report Portugal”, in *Tort and Insurance Law: Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, vol. I, Viena e Nova Iorque, Springer, 2001, p. 176; ÁLVARO RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 208-209; LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade dos profissionais liberais”, in *Estudos sobre o direito civil e o processo civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 691; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 46; DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 426; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 124; Ac. STJ de 17.02.2002.

restantes requisitos da responsabilidade civil⁸² e (ii) não se vislumbram razões de peso específicas que militem no sentido do afastamento do estatuído de *iure constituto*, já que, o facto da obrigação do médico ser de meios não é incompatível com a presunção de que o médico atuou sem o cuidado devido.

Independentemente da opinião sufragada, a verdade é que nas *wrongful actions* estão usualmente em causa obrigações de resultado, já que a falha se verifica ou em exames laboratoriais e radiológicos, ou em operações cirúrgicas, atos nos quais a margem de incerteza e aleatoriedade é muito reduzida⁸³.

4.2.5. Dano

Qualquer que seja a finalidade que, em definitivo, se possa assinalar à responsabilidade civil, é inegável que a sua tónica está colocada na reparação do dano, pelo que urge agora indagar acerca das dificuldades ao nível deste pressuposto. “A palavra dano é simultaneamente vaga e ambígua”⁸⁴, pelo que existe uma tendência de a ela nos referirmos espontaneamente. Juridicamente, o conceito de dano terá de “ser definido num sentido simultaneamente fáctico e normativo, ou seja, como a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica”⁸⁵.

Adiantemos, desde já, que nas pretensões de *wrongful conception* cremos não ser relevante, para aferição da existência de um dano, o facto de o resultado do erro médico se consubstanciar no nascimento de uma criança⁸⁶. Sublinhe-se, há dano⁸⁷, simplesmente este não é a existência da criança. Cabendo, como mencionado, a legitimidade aos pais,

⁸² Cf. RUTE PEDRO, *op. cit.*, pp. 105 e ss.

⁸³ Neste sentido, Acs. do STJ de 12.03.2015; de 15.12.2011 e de 04.03.2008. *Vd.* ainda, o voto de vencido do Conselheiro PIRES DA ROSA ao ac. do STJ de 17.01.2013: “Porque o médico que faz a ecografia assegura o resultado, nem que esse resultado seja a afirmação de que a ecografia não permite ver o que quer que seja”. Na doutrina, MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 329 e ÁLVARO RODRIGUES, *op. cit.*, p. 182.

⁸⁴ Cf. FEINBERG, “Harm to others”, in *The moral limits of the criminal law*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 1984, p. 31.

⁸⁵ Definição de MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 297. ANDREA MACIA MORILLO, *op. cit.*, p. 26, diz-nos que “(...) se trata da lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido ou valorado pelo legislador (...)”. Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de dano, nomeadamente uma análise do “*harm principle*” desenvolvido por John Stuart Mill, *vd.* ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 57 e ss e FEINBERG, “Harm (...)”, *cit.*, pp. 31 e ss. Este último autor, “Wrongful life (...)”, *cit.*, p. 146, define “causar dano” (“*harming*”) como “afetar negativamente o interesse de outra pessoa de modo a prejudicá-la, ou, alternativamente, prejudicá-la de modo a afetar negativamente o seu interesse”.

⁸⁶ Assim, p. ex., MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁷ *Vd. Troppi v. Scarf*, 26.02.1971, 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511: “Os contraceptivos são utilizados para prevenir o nascimento de crianças saudáveis. Dizer que, por razões de política pública, a falha na contraceção não pode resultar num dano jurídico ignora o facto de que dezenas de milhões de pessoas utilizam contraceptivos diariamente para evitar o resultado que o réu quer que consideremos ser sempre um benefício e nunca um prejuízo. Essas dezenas de milhares de pessoas, através da sua conduta, expressam o sentido da comunidade.”

estará em causa o seu dano do planeamento familiar (art. 67.º, n.º 2, al. d) da CRP) dado verificar-se uma “anulação da decisão [sua] reprodutiva”⁸⁸. Com efeito, cremos ser indubitável a vontade dos pais em não conceber, já que esta se encontra claramente espelhada nos procedimentos levados a cabo pelos mesmos, precisamente nesse sentido⁸⁹. Assim, a conceção, a que facto lesivo conduziu e que origina a gravidez e o nascimento é, já de si mesma, uma causa de responsabilidade.

O pedido centra-se, no que a danos patrimoniais diz respeito, na indemnização correspondente às despesas aliadas ao sustento de um filho, nomeadamente, despesas hospitalares e de educação. A nosso ver, não haverá qualquer óbice à ressarcibilidade destes danos. De facto, os custos ocasionados pelo nascimento não planeado e não desejado de uma criança podem ser um prejuízo para aqueles que têm de os suportar⁹⁰. Já a ressarcibilidade de danos não patrimoniais é mais discutível. Social e tradicionalmente, é difícil conceber que no nascimento de uma criança, sobretudo saudável, se vislumbre um dano moral. Podemos, no entanto, equacionar a hipótese de ressarcibilidade de danos não patrimoniais ligados ao sofrimento motivado pela gravidez e nascimento, nos termos em que ocorreram^{91/92}.

No respeitante às ações de *wrongful birth* e *wrongful life* os dilemas são outros. No cerne destas últimas, deparamo-nos, *ab initio*, com o denominado problema da “não-identidade” entre o lesado que formula a pretensão e a sua não existência. Este problema “diz respeito a ações que afetam quem existe no futuro. Se essa ação for levada a cabo,

⁸⁸ VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁹ Em igual sentido, U. MAGNUS, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁰ Assim, BGH, 18.03.1980, *in NJW*, 1980, pp. 1450-1452 e pp. 1453-1456. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 325: “[A mulher] tem direito a todas as despesas ocasionadas, despesas essas que não são compensáveis com o gosto que, afinal, até possa ter por acolher mais um filho.”

⁹¹ Cf. VIRGINIE BONNINGUE, *Naissance Vie Préjudiciables et de L'Enfant au Regard de la Responsabilité Médicale et Parentale*, disp. em www.faculty.ksu.edu.sa (20.04.2017), pp. 23 e ss: “Em primeiro lugar, deve notar-se que, devido à natureza própria do ato, ou seja, do aborto, o dano moral parece poder ser compensado. (...) Assim, é essa situação de sofrimento após a gravidez que constitui o dano moral da mãe. Em segundo lugar, na hipótese em que uma mulher tem de recorrer a uma nova interrupção da gravidez, dado que a primeira falhou, ela pode igualmente invocar as consequências danosas no plano moral.” A autora acrescenta, nos danos materiais ressarcíveis, as despesas ocasionadas pela necessidade de uma nova intervenção: “(...) é evidente que a renovação da intervenção cirúrgica ocasionará novas despesas de hospitalização, consulta de especialistas, etc. Deste modo, foi decidido pelo Tribunal de Grande Instance d’Evreux, numa decisão datada de 21 de dezembro de 1979, que uma paciente, vítima de uma falha na primeira interrupção da gravidez terapêutica, forçada a realizar uma segunda, pode ser indemnizada pelos custos associados a uma viagem realizada ao estrangeiro, já que o prazo legal em França estava esgotado”.

⁹² FEINBERG, “Wrongful life (...)”, *cit.*, p. 155, nota 8: “Por norma, eles [os pais] peticionam os custos associados ao sustento da criança até que esta perça dezoito anos. São agora comuns acordos de compromisso em que os autores recuperam os custos da operação malsucedida, uma “compensação” pela dor, pelo sofrimento e pelas complicações médicas, os custos do parto e a perda dos salários e do *consortium* durante a gravidez.”

certas pessoas, que de outro modo não existiriam, passarão a existir: essas pessoas não são idênticas a quaisquer outras que teriam existido se a ação não fosse realizada”⁹³. Vertendo este entendimento às ações de *wrongful life*, argumenta-se no sentido de que a sua admissibilidade implicaria a destruição dos pressupostos nos quais assenta o pedido de indemnização, por que, de facto, *aquela mesma* criança não nasceria sem a deficiência, i. e., o erro médico foi condição da *sua* existência. Esbarrávamos, então, no problema da “não-identidade” já que inexistiria o sujeito ao qual o interesse (em não existir) pertenceria. “Por outras palavras, uma pretensão de *wrongful life* derrota[r]-se[-ia] logicamente a si mesma.”⁹⁴

Além de configurarem uma hipótese de “não-identidade”, argui-se que as ações de *wrongful life* falham no *counterfactual test*⁹⁵ (à letra, teste contrário aos factos), no sentido de que, o comportamento do médico não coloca a criança numa situação pior do que aquela em que estaria se este não se tivesse comportado como comportou, não sendo possível, por isso, apurar “aquela «diferença negativa» em que consiste o dano”⁹⁶. Vejamos.

O *counterfactual test* opera uma comparação entre a situação real e atual e situação atual mas virtual do lesado, i.e., aquela em que este estaria se não fosse o comportamento do lesante e, portanto, mais não é que a aplicação da nossa teoria da diferença (art. 556.º, n.º 2 do CC). Ora, no *wrongful birth* é possível concluir pela exequibilidade do *counterfactual test* porquanto os pais, após o nascimento de um filho com malformações, estão em pior situação do que aquela em que estariam se lhes tivesse sido dada a oportunidade de optar pela interrupção da gravidez, bastando, para isso, reconhecermos os acrescidos custos patrimoniais e pessoais que tal nascimento acarreta⁹⁷. Já nas ações de *wrongful life* a controvérsia não é parcimoniosa, censurando-se a patente contradição

⁹³ ELIZABETH HARMAN, “Can we harm and benefit in creating?”, in *Philosophical Perspectives*, 18, Ethics, 2004, p. 89. Cf., quanto ao problema da não-identidade, a obra de referência do filósofo DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 351 e ss, disp. em www.chadpearce.com (04.10.2016).

⁹⁴ ROMEN PERRY, *op. cit.*, p. 361. *Vd.* também, GUIDO TEDESCHI, “On tort liability for *wrongful life*”, in *Israel L. Rev.*, vol. 1, n.º 4, 1966, p. 529. *Contra, vd.* THOMAS FOUTZ, “*Wrongful life: the right not to be born*”, in *Tulane L. Rev.*, n.º 54, 1979-1980, , pp. 494 e ss.

⁹⁵ Sobre esta figura *vd.* FEINBERG, “*Wrongful life (...)*”, *cit.*, pp. 148 e ss que a enumera como um pressuposto necessário para afirmar que “A” causou dano a “B”.

⁹⁶ FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 97. Cf., igualmente, J. ÁLVARO DIAS, *Dano (...)*, *cit.*, p. 503; CARNEIRO DA FRADA, *A própria (...)*, *cit.*, pp. 5 e 8; CAREL STOLKER, “*Wrongful life: the limits of liability and beyond*”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, pp. 535-536; *Gleitman v. Cosgrove*, *cit.*

⁹⁷ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 82. *Vd.*, também, Ac. do TRL de 10.01.2012: “É que o dano não é aqui consubstanciado pelo nascimento da filha dos AA., mas antes por todas aquelas despesas e incómodos acrescidos que eles já tiveram de realizar (...)”. *Contra, Gleitman v. Cosgrove*, *cit.*

intrínseca que estas acarretariam. Basta atentar no seguinte: atual e realmente a criança existe com uma deficiência, atual e virtualmente a criança não existiria. Pode a não existência ser sequer um termo de comparação?⁹⁸ A resposta intuitiva seria no sentido negativo: “O *counterfactual test* pressupõe o ser, ou seja, a existência. O não ser, sendo nada, é incotejável”⁹⁹.

No entanto, na prática “(...) quer-nos parecer que a negação de uma indemnização (...) quase envolve, nos resultados a que chega (que são evidentemente o teste decisivo), como que uma renovada afirmação da ofensa que lhe [à criança] foi feita (...)”¹⁰⁰. Com efeito, a criança nasce, fruto de erro médico, com uma deficiência, mas, como se não fosse esse erro não poderia existir, é-lhe negada uma indemnização, significando isto que lhe é também negada a possibilidade de se comparar face a um padrão de “normalidade”. Não há, cremos, que proceder a uma comparação meândrica e utópica entre a existência com deficiência e não existência, devendo optar-se, ao invés, por outro “padrão contrafactual”: a comparação à existência sem deficiência¹⁰¹, em obediência ao vetusto brocardo latino *nascituros pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur*. A verdade é que, se se exige um lesado para afirmar a verificação de um dano, nos nossos casos, o lesado existe e este é um dado real e, por isso, irrefutável¹⁰².

Um dos outros argumentos pantagruélicos que se insurge contra a admissibilidade das ações aqui em discussão é o que contende com a indisponibilidade e irredutibilidade

⁹⁸ FEINBERG, “Wrongful life (...)”, *cit.*, pp. 158 e ss, oferece-nos uma resposta a esta “terceira dúvida” operando uma reformulação do *counterfactual test* nos seguintes termos: “Já que é necessário *ser* para *se estar melhor*, então é uma contradição lógica dizer que alguém estaria melhor ainda que não existisse. (...) A não-existência não seria uma melhor condição para B porque não seria condição nenhuma de todo. (...) Obviamente, o *counterfactual test* deve ser reformulado (...). Em vez de nos perguntarmos se B estaria melhor se nunca tivesse nascido, podemos perguntar aquilo que a maior parte de nós realmente quer dizer quando utiliza esta frase idiomática, de modo a que esta transmita sentido em vez de paradoxo. (...) Nestes casos devemos dizer que B foi lesado se, devido à violação das obrigações de A, B existe numa condição tal que seria mais racional preferir a não existência. Este teste requer uma comparação entre a condição atual de B e um estado alternativo a essa condição (...), mas não uma comparação entre duas possíveis condições de B. Quando falamos em nome de B, não dizemos “eu preferia estar naquela condição em vez de nesta”; em vez disso, dizemos “eu preferia não existir de todo do que estar nesta condição”.

⁹⁹ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 82. Em sentido convergente, *vd.* AURELIA COLOMA, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 722, p. 2571; GUIDO TEDESCHI, *op. cit.*, p. 529; IVO GIESEN, “The use and influence of comparative law in wrongful life cases”, in *Utrecht L. Ver.*, vol. 8, issue 2, 2012, p. 43: “A «não existência» ou o «não ser» de uma criança não pode ser materializado em termos monetários, pelo que não é possível uma verdadeira comparação entre a «não existência», por um lado, e uma «vida com certas deficiências», por outro.”

¹⁰⁰ P. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 17 e PIRES DA ROSA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰¹ No mesmo sentido, P. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 17; VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 82; ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 90 e ss; ALLAN F. HANSON, “Suits for wrongful life, counterfactual, and the nonexistence problem”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, n.º 5, 1996-1997, pp. 17-23; PIRES DA ROSA, *op. cit.*, p. 49 e Ac. do STJ de 12.03.2015.

¹⁰² Cf. ERWIN DEUTSCH, *op. cit.*, p. 534.

da vida humana, enquanto insusceptibilidade de destruição do centro autónomo de decisão objeto de proteção jurídica: a pessoa¹⁰³. Com efeito, dúvidas não restam quanto à insofismabilidade do princípio da dignidade humana. A colocação deste princípio no pedestal dos direitos de personalidade justifica-se, desde logo, por ser este um desdobramento da condição de pessoa humana: a pessoa é o suporte daquela dignidade. O que quer dizer que, afirmar, seja em que circunstância for, que não ser pessoa é melhor que o ser, atentaria contra este princípio.

Acontece que, como fizemos notar, “ser ou não ser” não é a questão que aqui nos ocupa, na medida em que, para nós, não se está a trabalhar com um pretensão direito à não existência, nem tão-pouco se está a tentar descobrir o limite a partir do qual a vida fica de tal modo desprovida de sentido que pode ser considerada um dano¹⁰⁴. Está-se, antes, a perspetivar a vida *naquelas condições* como um dano, i.e., o dano não é a vida de *per si*, mas antes a vida deficiente que, como é medianamente intuitivo e socialmente razoável, acarreta sofrimentos e necessidades acrescidas.

É determinante sublinhar que, além da nomenclatura atribuída a estas ações, também a exposição dos factos e a formulação do pedido por parte dos autores, facilmente redundam num preconceito negativo quanto à sua admissibilidade.

Face ao exposto, é possível concluir que nas ações de *wrongful birth* serão ressarcíveis os danos não patrimoniais e os danos patrimoniais extraordinários, ou seja, os custos associados ao sustento de uma criança vítima de grave deficiência, como o sejam as despesas médicas e medicamentosas, fisioterapia, serviços educacionais especiais, etc¹⁰⁵. O montante desta indemnização poderá variar consoante a opinião acerca da necessidade de prova do comportamento alternativo dos pais, como veremos infra. Já as despesas ditas “normais” não se encontrarão abrangidas pela indemnização, quer porque se afirme que atuará aqui o sistema de segurança social vigente¹⁰⁶, quer

¹⁰³ PAULO MOTA PINTO, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *BFDUC*, vol. 76, Coimbra, 2000, p. 228.

¹⁰⁴ E. HONDIUS, *op. cit.*, pp. 113 e ss. ANNE MORRIS e SEVERINE SAINTIER, “To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions”, in *Medical L. Rev.*, vol. 11, n.º 2, 2003, p. 193.

¹⁰⁵ Ac. TRP 01.03.2012 e Ac. do STJ de 17.01.2013. MARIA PIZARRO BELEZA, na declaração junta ao último acórdão mencionado, defende que a indemnização concedida aos pais deveria ser autonomizada do património destes, de forma a consigná-la à satisfação das necessidades da criança e a resguardá-la do interesse de eventuais credores.

¹⁰⁶ Cf. BGH 18.01.1983, *cit.*, p. 450: “O Senado está ciente de que, deste modo, crianças gravemente incapacitadas ficam financeiramente desprotegidas assim que a obrigação de alimentos dos pais termina, por exemplo, em caso de falecimento. No entanto, é necessário aceitar esta situação, como nos casos em que a mãe não tem a possibilidade de optar por uma interrupção voluntária da gravidez ou o prazo legal para a realização desta tenha sido ultrapassado por qualquer motivo. Perante aquele tipo de acontecimento

porque se afirme que os pais, ao prosseguir com a gravidez, se conformaram, pelo menos, com as despesas normais daí inerentes (art. 1878.º, n.º 1 do CC)¹⁰⁷. Nas ações de *wrongful life* serão igualmente ressarcíveis os danos patrimoniais associados à vida com deficiência e os danos não patrimoniais como, por exemplo, as dores físicas ou o sofrimento psicológico¹⁰⁸.

4.2.6. Nexo de Causalidade

Nas hipóteses de *wrongful life* e *wrongful birth* são intrincados os problemas relativos ao nexo de causalidade. Atentemos na primacial dualidade que se nos apresenta. Por um lado, é certo que o médico não provocou diretamente a malformação da criança, porquanto esta, sendo originária, existe desde o início da vida pré-natal. Por outro lado, sempre a inexistência da falha no cumprimento do dever de informação, como comportamento alternativo lícito, teria evitado o nascimento e, por conseguinte, a vida malformada. Posto isto, há quem considere a inexistência nexa de causalidade entre o comportamento negligente do médico e a malformação que afeta a criança, acrescentando que a sua afirmação redundaria na conversão do médico em “bode expiatório” e, portanto, numa solução injusta e “chocante”¹⁰⁹. Em sentido diametralmente oposto, estarão aqueles que pugnam pela existência de um nexa de causalidade suficiente¹¹⁰.

trágico, o menor não tem direito a qualquer reivindicação e cabe à comunidade mitigar as consequências na medida do possível.”

¹⁰⁷ Assim, VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 88 e MARTA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁸ PIRES DA ROSA, no voto de vencido ao Ac. do STJ de 17.01.2013, considera que, nos casos em que a criança esteja irremediavelmente desprovida de qualquer autonomia, esta apenas deve ser compensada por danos não patrimoniais, já que a indemnização por danos patrimoniais deve ser concedida aos pais. Pugna pela ressarcibilidade dos danos patrimoniais em ambas as ações, mas reconhecendo a dificuldade que paira sobre o dano moral da criança, cf. FERNANDO ARAÚJO, *op. cit.*, p. 100 e DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 391.

¹⁰⁹ Expressões de CARNEIRO DA FRADA, “A própria (...)”, *cit.*, p. 3. *Vd.*, também, A. PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 137; AART HENDRICKS, “Wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar”, in *European Journal of Health Law*, vol.12, 2005, pp. 100-101 e Ac. STJ de 19.06.2001.

¹¹⁰ VERA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 84 e ss; ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 12-14. THOMAS FOUTZ, *op. cit.*, p. 491; ANNE MORRIS e SEVERINE SAINTIER, *op. cit.*, pp. 187-188 e 191: “Se os juízes aceitassem isto, não haveria necessidade de representar o “papel de Hamlet” (...)”; CAREL STOLKER e SOMBROEK-VAN DOORM, “Dutch case note”, in *ERPL*, vol. 2, 2003, p. 234; PAPACHRISTOS, “Greek case note”, in *ERPL*, vol. 2, 2003, pp. 226-227; GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, 2005, pp. 216-217; Acs. do STJ de 12.03.2015 e de 17.01.2013. Este último estatui o seguinte: “A circunstância de a Lei permitir à [sic] grávidas a interrupção da gravidez nesta situação, além do mais, não tem de per si a virtualidade de «interromper» o apontando nexa, fazendo antes parte do mesmo (...)”.

A doutrina majoritária¹¹¹ avalia a relação causa/efeito à luz da teoria da causalidade adequada¹¹² (art. 563.º do CC) que se pode expor, sumariamente, nos seguintes termos: determinada ação ou omissão é causa de um dano sempre que seja abstratamente adequada a produzi-lo. Essa adequação abstrata é avaliada através de um juízo de prognose póstuma, que tem em consideração as regras da experiência comum e o curso normal dos acontecimentos. A mencionada teoria pode também ser perspectivada na sua formulação negativa e, assim, o facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre de todo inadequado à sua verificação e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excecionais¹¹³.

Acontece que, e naquilo que releva como fundamento da nossa opinião, não só é admitida a concausalidade em detrimento da exigência de exclusividade, como é também acolhida a possibilidade de causalidade indireta ou mediata¹¹⁴. Quer isto dizer que, por um lado, nada impede que a conduta do médico concorra com outras igualmente suscetíveis de conduzir ao mesmo resultado e, por outro, que subsiste o nexo de causalidade quando o facto ilícito não produz ele mesmo o dano, mas é causa adequada de outro facto que o produz¹¹⁵. Ora, tendemos a alinhar com a segunda das posições enunciadas, precisamente por considerarmos que nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* se preenche suficientemente o condicionalismo descrito. Ainda que outros fatores tenham concorrido para o nascimento com malformações (sobretudo, a deficiência congénita), entre esse nascimento e a omissão de informação do médico, existe um nexo de causalidade. O comportamento do médico não foi a principal causa do resultado danoso mas, nem tinha de o ser, nem deixa, por isso, de ser determinante para o desencadear.

Nas hipóteses de *wrongful birth*, volateia alguma incerteza quanto à afirmação do nexo causal entre a negligência do médico e o nascimento da criança, já que se questiona o sentido da decisão dos progenitores (*maxime*, da mãe) acerca da interrupção da gravidez. Para afastar as complicações probatórias que tal juízo de prognose póstuma acarreta, sempre se poderá recorrer à figura estatuída no art. 236.º, n.º 1 do CC e, assim,

¹¹¹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 312-313; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. 1, 4.ª ed. rev. act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 578-579.

¹¹² No ordenamento jurídico francês, o espectro de causas juridicamente atendíveis é consideravelmente alargado pela utilização da teoria da equivalência de condições, o que facilita a afirmação do nexo de causalidade nos casos em análise. Cf. VIRGINIE BONNINGUE, *op. cit.*, pp. 27-28 e 84-86.

¹¹³ Cf. Ac. do TRL de 10.01.2012; Acs. do STJ de 17.01.2013; de 07.10.2010 e de 03.03.2005.

¹¹⁴ Cf. Ac. do STJ de 07.04.2005.

¹¹⁵ Isto se este facto posterior tiver sido especialmente favorecido por aquele primeiro ou seja provável segundo o curso normal dos acontecimentos. *Vd.*, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 579.

levar em linha de conta o comportamento que seria adotado pelo declaratório normal, colocado na posição e com os conhecimentos do real declaratório¹¹⁶. Como adianta PAULO MOTA PINTO, haverá ainda outra solução, utilizada na jurisprudência alemã que recorre a uma presunção de que o credor adotaria um comportamento conforme ao conteúdo da informação¹¹⁷. Quanto a nós, há que ter em consideração o seguinte: até ser confrontada com a malformação do feto, a mãe não equacionou, nem razoavelmente tinha de equacionar, a hipótese de interrupção da gravidez¹¹⁸. Não espanta que só se enverede por essa ponderação no caso de ela ser, mesmo que remotamente, uma hipótese. Mesmo que a mulher afirme, agora ou outrora, que teria abortado se soubesse da malformação do filho, não quer isso dizer que efetivamente o teria feito. A incerteza quanto ao sentido da decisão é inultrapassável, dado que não será possível substituir a reação da mãe em face de uma circunstância real e concreta. Cremos estar num terreno pantanoso, de uma vaguidade e incerteza exponencial. Alinhamos, pois, com MARTA NUNES VICENTE, na medida em que, nas ações de *wrongful birth*, haverá “sempre verificação do nexo de causalidade”, mesmo que se prove que a mulher grávida não teria realizado o aborto já que, mesmo aí, lhe foi cerceada a possibilidade de “decidir numa direcção ou em sentido diferente do anterior”¹¹⁹. Nestes termos, a contribuição causal direta a estabelecer será entre o erro médico e o dano da privação da possibilidade de tomar uma decisão esclarecida, baseada num consentimento informado (dano da perda de chance)¹²⁰.

5. CONCLUSÕES

Fruto da mutabilidade que lhe é inerente, a responsabilidade civil médica expõe, constantemente, o campo do Direito à complexidade dos fenómenos que lhe estão associados. Os sucessivos avanços da ciência médica, especificamente no âmbito das

¹¹⁶ Cf. ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹¹⁷ P. MOTA PINTO, “Indemnização (...)” *cit.*, pp. 15 e 22. Para o Autor, o comportamento alternativo dos pais terá influência no montante indemnizatório dos danos patrimoniais, na medida em que serão ressarcíveis todos os encargos de sustento da criança, e não só os conexionsados com a sua malformação, nos casos em que se provar que os pais teriam interrompido a gravidez. Cf., igualmente, Ac. do STJ de 12.03.2015.

¹¹⁸ Neste sentido, VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 65. A Autora dá conta de diversas decisões canadenses nas quais é discutido o comportamento alternativo dos pais (cf. p. 64, nota 12).

¹¹⁹ MARTA NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 122 e ss. Recorrendo à teoria da perda de *chance*, a Autora afirma que o que poderá flutuar é tão-só o montante da indemnização, na medida da certeza acerca da hipotética decisão da mãe o que, cremos, será uma opção razoável. Em sentido contrário, GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito (...)”, *cit.*, p. 217.

¹²⁰ Cf., Ac. do STJ de 12.03.2015; 29.04.2014 e *Rance e outros v. Mid-Downs Health Authority e outros*, 1 All ER, pp. 800-824.

técnicas de DPN, tornam possível detetar, com assinalável rigor, eventuais doenças ou deficiências do feto. Por outro lado, também a proliferação e diminuta falibilidade dos meios de controlo da natalidade fundamentam o aparecimento e multiplicação das ações objeto de estudo.

Resta saber se é no Direito Privado, concretamente, no instituto da responsabilidade civil, que se encontra a tão procurada resposta às pretensões subjacentes às *wrongful actions*, ou se, ao invés, estão as mesmas condenadas ao fracasso ou à dependência do sucesso dos sistemas de segurança social. Vejamos.

Numa tríplice ramificação, as *wrongful actions* podem subdividir-se em *wrongful birth*; *wrongful life* e *wrongful conception*.

Numa *wrongful life action*, poder-se-á colocar a questão da personalidade jurídica do nascituro, já que a eventual lesão perpetrada na sua esfera jurídica ocorreu antes do “nascimento completo e com vida” (cf. art. 66.º, n.º 1 do CC). Para nós, “a fixação do momento da aquisição da personalidade na data do nascimento completo e com vida é pura arbitrariedade”¹²¹. Com efeito, o feto é sede de vida humana e desenvolve-se ininterruptamente desde a concepção. É, por isso, naturalmente dotado de personalidade, personalidade essa que se impõe à ordem jurídica e que não cabe a esta negar.

Da análise jurisprudencial efetuada, cujo carácter sintético admitimos, mas cuja impossibilidade de maior aprofundamento sabemos também reconhecer, resulta que de uma rejeição global das *wrongful actions* se evoluiu paulatinamente para o reconhecimento da exequibilidade das pretensões de *wrongful conception* e de *wrongful birth*. Já a ação de *wrongful life*, a “most puzzling of all”¹²², percorre, ainda hoje, um caminho, “repleto de sombras e com poucas clareiras”¹²³, que o presente estudo pretende tentar desobscurer.

Quanto à idoneidade da responsabilidade civil diremos, tão-só, que é nossa convicta opinião deverem ser aproveitadas todas as virtualidades que este instituto tem para oferecer. Numa palavra, não podemos partir de uma negação apriorística da aptidão da responsabilidade civil para responder ao problema das *wrongful actions*, pelo que se impõe uma análise dos seus pressupostos.

No tocante à ilicitude contratual vimos que a relação médico-paciente é hoje pacificamente aceite como uma relação contratual. Posto isto, nos casos de *wrongful*

¹²¹ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 113.

¹²² FEINBERG, “Wrongful life (...)”, *cit.*, p. 155.

¹²³ RUTE PEDRO, *op. cit.*, p. 21.

birth, o incumprimento contratual advém de um erro médico dos exames laboratoriais e radiológicos no âmbito do DPN (que, para nós, adiante-se já, constitui uma verdadeira obrigação de resultado) e/ou no incumprimento do dever acessório de prestação de informação. O mesmo raciocínio pode ser despendido quanto à *wrongful conception*, nas quais o erro médico se traduz na falha na operação cirúrgica e o dever de informação se situa ao nível da falibilidade dos procedimentos levados a cabo pelo paciente. Por fim, nas hipóteses de *wrongful life* ter-se-á de equacionar a aplicação de um *tertium genus*: o contrato com eficácia de proteção para terceiros, de modo a incluir a criança no âmbito de proteção do contrato celebrado entre a mãe e o médico, o que nos parece perfeitamente plausível.

Cientes de que situações há em que a responsabilidade civil contratual não opera, averiguamos a ilicitude no âmbito da responsabilidade aquiliana. Olhando à primeira modalidade, é possível concluir que, havendo *wrongful birth*, foi violado o direito à autodeterminação pessoal, à livre disposição sobre o próprio corpo e à integridade física e moral dos progenitores. Já nos casos de *wrongful conception* está em causa o direito à liberdade reprodutiva. Mais uma vez, no âmbito da *wrongful life* a questão é mais complexa. No entanto, cremos que não é necessário trabalhar com um controvertido direito à não existência. Ao invés, a ilicitude, agora na segunda modalidade, pode assentar na violação das *legis artis*, das quais fazem parte os, já referidos, deveres de informação e de obtenção de consentimento informado. A este propósito, defendemos - como parece, aliás, resultar de um mínimo de razoabilidade - que os deveres profissionais do médico no âmbito do DPN visam proteger, também, o nascituro, ficando assim afirmada a ilicitude da conduta do médico face à criança.

No respeitante à culpa, a análise foi breve porquanto, por muito que esta possa levantar diversas questões no âmbito da responsabilidade médica em geral, a verdade é que, não é este o requisito colocado em cheque aquando da aferição da admissibilidade das *wrongful actions*. De qualquer modo, sublinhemos que, se os procedimentos no âmbito do DPN visam a deteção de malformações, se estas existiam (tornando-se, aliás, evidentes com o nascimento) e, mesmo sendo possível, não foram detetadas, somos de considerar que a negligência se constata com facilidade.

No que concerne ao dano, nas hipóteses de *wrongful conception*, serão indemnizáveis as despesas advenientes do sustento da criança, os custos da realização de uma nova operação, aos quais acrescerá, agora na vertente de danos não patrimoniais, uma compensação pela dor, sofrimento e eventuais complicações médicas associadas à

gravidez e ao parto e à submissão a nova cirurgia. Nos casos de *wrongful birth* não se ignora que o nascimento de um filho deficiente acarreta, invariavelmente, despesas extraordinárias, bem como, um dano moral, traduzido, não só, no choque psicológico causado pela descoberta tardia e pela expectativa frustrada, mas também, na dor sofrida pelo facto de a criança ficar limitada para o resto da vida. Por último, quanto às pretensões de *wrongful life*, propomos que o padrão contrafactual resida na comparação, não à não existência, mas antes à vida *naquelas condições*. Assim sendo, são os danos patrimoniais e não patrimoniais advenientes *daquelas condições* os que deverão ser ressarcidos.

Por fim, para afirmação do nexo de causalidade é necessária a consideração da teoria da causalidade adequada, também na sua formulação negativa, e da admissibilidade de um nexo de causal indireto.

Sublinhe-se que, dado que o tempo urge e as questões são infindáveis, são ainda inúmeras as perplexidades que nos assolam. Desde logo, são várias as questões de considerável relevância que não pudemos apreciar com o merecido detalhe. Para enumerar algumas, a conexão do tema com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o problema da eugenia, o aprofundamento dos direitos de personalidade em causa, o regime aplicável no âmbito do contrato com eficácia de proteção para terceiros, etc.

Reiteramos que, embora conscientes das clivagens axiológicas subjacentes à problemática das *wrongful actions*, sempre tentamos não olvidar a imprescindibilidade de uma análise jurídica livre de considerações de fundo religioso, metafísico ou filosófico.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. pp. 75-120.

ALMEIDA, J. C. Moitinho de, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, in *Scientia Iuridica*, XXI, 1972, pp. 325-355.

ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, 174 p.

BONNINGUE, Virginie, *Naissance Vie Préjudiciables et de L’Enfant au Regard de la Responsabilité Médicale et Parentale*, 2000/2001, disp. em www.faculty.ksu.edu.sa (20.04.2017)

CHORÃO, Mário Emílio Forte Bigotte, “Bioética, pessoa e direito: (para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)”, in *Direito natural, justiça e política: II colóquio internacional jurídico interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, pp. 1-15, disp. em <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf> (13.12.2016).

COHEN, Mark E., “Park v. Chessin: the continuing judicial development of the theory of “wrongful life””, in *American Journal of Law and Medicine*, vol. 4, n.º 2, 1978, pp. 211-232.

COLOMA, Aurelia Romero, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 722, pp. 2559-2608.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, 902 p.

COSMI, Ermelando V. e MORDINI, E., “La bioetica ed i diritti del nascituro”, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 115-126.

DEUTSCH, Erwin e SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht: arztrecht, arzneimittelrecht, medizinprodukterecht und transfusionsrecht*, 7.^a ed., Berlin Heidelberg, Springer, 2014, 1387 p.

DEUTSH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.^a ed., rev. e aum., Köln, etc.: Carl Heymanns Verlag KG, 622 p.

DIAS, João Álvaro, *Dano Corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001, 614 p.

-, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, Coleção *Stvdia Ivridica*, 21, 1996, 442 p.

DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade médica na Europa Ocidental, Considerações de ‘lege ferenda’”, in *Scientia Iuridica*, XXXIII, 1984, pp. 100-107.

FEINBERG, Joel, “Harm to others”, in *The moral limits of the criminal law*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 1984, 274 p.

-, “Wrongful life and the counterfactual element in harming”, in *Social Philosophy & Policy*, vol. 4, issue 1, 1986, pp. 145-178.

FOUTZ, Thomas, “Wrongful life: the right not to be born”, in *Tulane Law Review*, n.º 54, 1979-1980, pp. 480-499.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. I., 2008, disp. em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/> (15/11/2016).

-, “Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Auto-Estradas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, Setembro de 2005, disp. em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/> (16/10/2016).

-, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causado a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, 111 p.

FREITAS, José Lebre de, “A responsabilidade dos profissionais liberais”, in *Estudos sobre o direito civil e o processo civil*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

GASPAR, António Silva Henriques, “A responsabilidade civil do médico”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, pp. 335-355.

GIESEN, IVO, “The use and influence of comparative law in wrongful life cases”, in *Utrecht L. Ver.*, vol. 8, issue 2, 2012, pp. 35-54.

GOMES, Júlio Manuel Vieira, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, in *Separada da Revista de Direito e Economia*, n.º 15, 1989, pp. 105-144.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014, 159 p.

HANSON, Allan F., “Suits for wrongful life, counterfactual, and the nonexistence problem”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, n.º 5, 1996-1997, pp. 1-24.

HARMAN, Elizabeth, “Can we harm and benefit in creating?”, in *Philosophical Perspectives*, 18, Ethics, 2004, pp. 89-113.

HENDRICKS, Aart, “Wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar”, in *European Journal of Health Law*, vol.12, 2005, pp. 97-102.

HONDIUS, EWOUT, “The Kelly case: compensation for undue damage for wrongful treatment”, in *Health law, human rights and the biomedicine convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 278 p.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações, 13.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016, 493 p.

LIMA, Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. 1, 4.^a ed. rev. act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, 794 p.

LOURENÇO, Paula Meira, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 461 p.

MAGNUS, Ulrich, “Comparative report on the law of damages”, in *Unification of tort law: damages*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2001.

MONTEIRO, António Pinto, “Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3933, ano 134, pp. 371-384.

MONTEIRO, Jorge Sinde e VELOSO, Maria Manuel, “Country Report Portugal”, in *Tort and Insurance Law: Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, vol. I, Viena e Nova Iorque, Springer, 2001, pp. 172-187.

MORILLO, Andrea Macía, La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life, in *Revista de Derecho*, n.º 27, Universidad del Norte, Barranquilla, 2007, pp. 3-37.

MORRIS, Anne e SAINTIER, Severine, “To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions”, in *Medical Law Review*, vol. 11, n.º 2, 2003, pp. 167-193.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, 2005, pp. 203-223.

-, “O fim da «arte silenciosa» (o dever de informação dos médicos)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3853, Ano 128, pp. 70-72 e 101-104.

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

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 543 p., disp. em www.chadpearce.com (04.10.2016).

PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 492 p.

PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 699 p.

PERRY, Romen, “It’s a wonderful life”, in *Cornell Law Review*, vol. 93, issue 2, 2008, pp. 329-399.

PETERS JR., Philip G., “Rethinking wrongful life: bridging the boundary between tort and family law”, *Tulane Law Review*, vol. 67, 1992, pp. 397-454.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Almedina, 1982, 529 p.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth e “wrongful life””, in *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 7, 2007, pp. 5-25.

-, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 76, Coimbra, 2000, pp. 205-250.

RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 61-99.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, Tomo III, 2000, pp. 161-252.

ROSA, João Pires da, “Não existência – um direito!”, in *Julgar*, n.º 21, 2013, pp. 47-55.

SOUSA, Miguel Teixeira de, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 121-144.

STOLKER, Carel J.J.M. e DOORM, Sombroek-Van, “Dutch case note”, in *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 227-234.

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

TEDESCHI, Guido, “On tort liability for wrongful life”, in *Israel Law Review*, vol. 1, n.º 4, 1966, pp. 513-538.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, 962 p.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015, 711 p.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes, “Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche”, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 11, 2009, pp. 117-141.

VINEY, Geneviève, “Brèves remarques a propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion”, in *Juris-classeur periodique – La semaine juridique - édition générale*, n.º 2, Janeiro, 2001, pp. 65-66.

YÁGÜEZ, Ángel, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999, 260 p.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (AFONSO DE MELO), de 17.02.2002, processo n.º 02A4057.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (ANA PAULA BOULAROT), de 17.01.2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (ARAÚJO DE BARROS), de 03.03.2005, processo n.º 04B4249.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (FERREIRA DE ALMEIDA), de 07.10.2010, processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (FERREIRA GIRÃO), de 07.04.2005, processo n.º 05B294.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (FONSECA RAMOS), de 04.03.2008, processo n.º 08A183.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (GREGÓRIO DA SILVA JESUS), de 15.12.2011, processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (HELDER ROQUE), de 12.03.2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (MÁRIO CRUZ), de 09.12.2008, processo n.º 08A3323.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (PINTO MONTEIRO), de 19.06.2001, processo n.º 01A1008.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (CARLOS MOREIRA), de 24.04.2007, *in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXII, 2007, T. 2, pp. 105-113.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (MANUEL MARQUES), de 20.03.2012, processo n.º 1524/11.0TVLSB.L1-1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (MARIA DO CARMO FERREIRA), de 23.05.2013, processo n.º 5072/07.4TDLSB.L2-9.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (OLINDO GERALDES), de 22.01.2015, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1-2.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (ROQUE NOGUEIRA), de 29.04.2014, processo n.º 57/11.9TVLSB.L1-7.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (RUI VOUGA), de 10.01.2012, processo n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (FILIPE CAROÇO), de 01.03.2012, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.

As decisões jurisprudenciais portuguesas citadas estão disponíveis em www.dgsi.pt, salvo indicação expressa em contrário.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Cour de Cassation, 17.11.2000.

Cour de Cassation, 13.07.2001.

Cour de Cassation, 28.11.2001.

Becker v. Schwartz, 27.12.1978, 46 N.Y.2d 401.

Berman v. Allan, 26.06.1979, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8.

Bundesgerichtshof, 18.01.1983, *in JZ*, 1983, pp. 447-452.

Bundesgerichtshof, 18.03.1980, *in NJW*, 1980, pp. 1450-1452.

Bundesgerichtshof, 19.06.1984, in *NJW*, 1984, pp. 2625-2626.

Bundesgerichtshof, 18.03.1980, in *NJW*, 1980, pp. 1453-1456.

Bundesgerichtshof, 22.11.1983, in *NJW*, 1984, pp. 658-660.

Conseil d'État, 14.02.1997, disp. em www.legifrance.gouv.fr (07.02.2017).

Curlender v. Bio-Science Laboratories, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 477.

Eyre v. Measday, 1986, 1 All ER, pp. 488 e ss (CA).

Gleitman v. Cosgrove, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689.

Harbeson v. Parke-Davis, 06.01.1983, 98 Wn.2d 460, 656 P.2d 483.

Hoge Raad, 18.03.2005, disp. em <https://uitspraken.rechtspraak.nl> (16.10.2016).

McKay v. Essex AHA, 1982, 2 All ER771 (CA).

Park v. Chessin, 11.12.1977, 60 A.D. 2d 80.

Procanik by Procanik v. Cillo, 01.08.1984, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755.

Rance e outros v. Mid-Downs Health Authority e outros, 1 All ER, pp. 800-824.

Salih v. Enfield HA, 1991, 3 All ER, pp. 400 e ss (CA).

Schroeder v. Perkel, 15.07.1981, 87 N.J. 53, 432 A.2d 834.

Speck v. Finegold, 31.12.1981, 497 Pa. 77, 439 A.2d 110.

Thake v. Maurice, 1986, 1 All ER, pp. 497 e ss (CA).

Troppi v. Scarf, 26.02.1971, 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511.

Turpin v. Sortini, 03.05.1982, 31 Cal.3d 220, 643 P.2d 954.

Walkin v. South Manchester HA, 1995, 4 All ER, pp. 132 e ss (CA).

Zepeda v. Zepeda, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849.

As decisões jurisprudenciais norte-americanas citadas estão também disponíveis em www.leagle.com.

As decisões jurisprudenciais francesas citadas estão disponíveis em www.courdecassation.fr, salvo indicação expressa em contrário.