



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Existe um direito à não existência?

***As Wrongful Life Actions* e o Regime da Responsabilidade Civil**

Ana Catarina da Silva Dias

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Existe um direito à não existência?

As Wrongful Life Actions e o Regime da Responsabilidade Civil

Ana Catarina da Silva Dias

Orientador: Professor Doutor António Agostinho Cardoso Conceição
Guedes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

*À minha avó paterna, aos meus pais,
à minha irmã e ao Xavier.*

Resumo

As ações de “vida indevida” são alvo de discussão tanto na doutrina como na jurisprudência de diversos ordenamentos jurídicos pelos desafios que colocam ao Direito, em particular ao Instituto da Responsabilidade Civil.

Desta forma, a presente dissertação pretende analisar a (in)admissibilidade destas ações, assim como ultrapassar algumas das objeções jurídicas que lhe são suscitadas, nomeadamente a ponderação de um direito à não existência.

Para o efeito, procurar-se-á, em primeiro lugar, realizar uma abordagem teórico-conceitual com o intuito de distinguir e caracterizar as *wrongful actions* existentes; posteriormente, apresentar-se-á a evolução do tratamento jurisprudencial somente a respeito das *wrongful life actions*, mediante a exposição das decisões de tribunais mais marcantes; e, por fim, analisar-se-á a (in)admissibilidade das ações objeto de estudo à luz do regime jurídico da responsabilidade civil, concluindo-se pela sua aceitação e, também, pela inexistência de um direito a não nascer.

Palavras-chave: ações de “vida indevida”, direito a não nascer, indemnização, responsabilidade civil.

Abstract

The "wrongful life actions" are subject of discussion both in the doctrine and in the jurisprudence of several legal systems due to the challenges they pose to Law, in particular to the Institute of Civil Liability.

Thus, this dissertation aims to analyze the (in)admissibility of these actions, as well as to overcome some of the legal objections that are raised, including the consideration of a right to not to be born.

To this end, we will first of all attempt to conduct a theoretical and conceptual approach in order to distinguish and characterize the existing wrongful actions; then, we will present the evolution of the jurisprudential treatment only regarding wrongful life actions, by disclosing the most relevant court decisions; and, finally, we will analyze the (in)admissibility of the actions under study in light of the juridical regime of civil liability, concluding for its acceptance and also for the inexistence of a right not to be born.

Keywords: wrongful life actions, right not to be born, compensation, civil liability.

Índice

Resumo	5
<i>Abstract</i>	6
Lista de abreviaturas e siglas	9
Introdução.....	10
Capítulo I – Enquadramento conceitual	12
1. As <i>wrongful actions</i>	12
1.1. As <i>wrongful conception/pregnancy actions</i>	12
1.2. As <i>wrongful birth actions</i>	13
1.3. As <i>wrongful life actions</i>	14
Capítulo II – Enquadramento jurisprudencial das <i>wrongful life actions</i>	16
Capítulo III – As <i>wrongful life actions</i> à luz do instituto da responsabilidade civil	23
1. Os pressupostos da responsabilidade civil.....	23
1.1. O facto voluntário do agente	24
1.2. A ilicitude	24
1.2.1. A ilicitude na responsabilidade contratual.....	24
1.2.2. A ilicitude na responsabilidade extracontratual.....	27
1.2.2.1. A violação de um direito de outrem – o direito à não existência e o direito a nascer saudável.....	27
1.2.2.2. A violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios – violação da <i>leges artis</i>	30
1.3. A culpa.....	31
1.3.1. Dolo ou negligência?	31
1.3.2. O critério de apreciação da culpa	32

1.3.3. A prova de culpa.....	32
1.4. O dano	33
1.4.1. A perspectiva da vida como um dano	34
1.4.2. O art. 562.º do CC e o paradoxo da “não existência”.....	36
1.4.3. O problema da não identidade.....	37
1.4.4. O princípio da dignidade da pessoa humana	38
1.5. O nexo de causalidade	38
Conclusões.....	40
Bibliografia.....	43

Lista de abreviaturas e siglas

Ac. – Acórdão

Apud. – Citado por

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico dos Ordem dos Médicos

Cfr. – Confrontar

Cit. – Citado

Consult. - Consultado

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

IVG – Interrupção voluntária da gravidez

N.º - Número

P. – Página(s)

Proc. – Processo

SS. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. - Volume

Introdução

A evolução da ciência médica e da tecnologia permitiu, no âmbito do diagnóstico e acompanhamento pré-natal, a realização de exames caracterizados por um enorme grau de credibilidade técnica e capazes de relevar qualquer deformidade no feto. Apesar disso, há nascituros supostamente saudáveis que nascem com malformações congênitas. Ora, estas, que seriam detetáveis no período de gestação, não o foram devido a uma falha médica na (não) realização / comunicação dos resultados exames executados (e não por defeito dos mesmos!).

A conjugação deste fatores impulsionou o surgimento das chamadas *wrongful life actions* – ou ações de “vida indevida”. Nestas, a própria criança procura a reparação jurídica do dano por si sofrido que se tem entendido ser o dano da própria vida, pelo que intenta uma ação declarativa de condenação contra o médico; E alega, para o efeito, que se não fosse o erro no diagnóstico em virtude da negligência médica, a progenitora teria interrompido voluntariamente a gravidez e, assim, evitado a vida deficiente do menor.

Naturalmente, do circunstancialismo acima descrito, colocam-se inúmeras perplexidades que transcendem o direito, o nosso ordenamento jurídico e que tornam controversa a admissibilidade das referidas ações. Assim, pretendemos dar resposta e analisar criticamente à luz do instituto da responsabilidade civil, as seguintes questões: Estas ações são admissíveis no nosso ordenamento jurídico? Será que uma criança, ainda em fase de gestação, tem o direito de ver a sua vida interrompida? Existe um direito à não existência?

Desta forma, a presente dissertação será estruturada nos seguintes termos:

Primeiramente, no Capítulo I, será elaborado um conciso enquadramento teórico e conceitual a propósito das *wrongful actions* existentes: a *wrongful life action*, a *wrongful birth action* e a *wrongful conception/pregnancy action*.

Sem prejuízo deste enquadramento inicial, importa delimitar o objeto de estudo que serão somente as *wrongful life actions*. Portanto, não nos iremos referir às restantes, tampouco às situações em que as malformações no embrião são diretamente provocadas por um médico.

Ulteriormente, mediante uma investigação jurisprudencial respeito das *wrongful life actions*, escrutinar-se-á, de forma ponderada, a sua evolução da jurisprudência mais

marcante a nível nacional e internacional, o que será útil para a compreensão das questões posteriores e do nosso posicionamento.

Por último, focar-nos-emos no instituto da responsabilidade civil médica com fundamento nas ações alvo de estudo, analisando, para o efeito, os seus pressupostos: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causalidade; e outras questões que interferem com a sua (in)admissibilidade, nomeadamente a tese da vida como um dano, o problema da não identidade, o paradoxo da não existência e a (in)existência um direito a não existir ou de um direito a nascer saudável.

Capítulo I – Enquadramento conceitual

1. As *wrongful actions*

A discussão acerca da admissibilidade das *wrongful life actions* tem dividido tanto a doutrina como a jurisprudência. Desde logo, porque questiona a natureza absoluta do direito à vida¹ ao considerar um direito à não existência.

Para além destas, existem ainda outras *wrongful claims*, designadamente as *wrongful conception/pregnancy* e as *wrongful birth*. Vejamos, sucintamente, no que consiste cada uma delas, a fim de se compreender o verdadeiro alcance das que serão objeto de estudo.

1.1. As *wrongful conception/pregnancy actions*

As primeiras ações a surgir no âmbito das *wrongful actions* foram as *wrongful conception/pregnancy actions*, também designadas ações de “conceção indesejada” ou de “gravidez indevida”.² Estas pressupõem um pedido de indemnização pelos danos patrimoniais ou não patrimoniais sofridos pelos progenitores na sequência de uma gravidez ou conceção não planeada, não desejada e que, à partida, seria impossível de ocorrer.³

Comumente, ocorrem em casos em que o progenitor do sexo masculino realizou uma vasectomia ou a progenitora do sexo feminino uma laqueação das trompas, sendo ambos métodos de contraceção definitiva. Contudo, apesar da (quase) certeza da impossibilidade de fecundação, esta aconteceu; ou, ainda, em situações em que a gestante recorreu a uma interrupção voluntária da gravidez (IVG) e, ainda assim, a esta prosseguiu. Por outras palavras, o médico especialista atou negligentemente na medida em que cometeu um erro na execução destes procedimentos, anulando, dessa forma, a decisão

¹ Consagrado no art. 24.º da CRP.

² (GONÇALVES, 2020, p. 356).

³ Sobre estas ações, (ROCHA, 2018, p. 3), (PINTO, 2021, p. 545 a 546), (PINTO, 2007, p. 915 a 918), (RAPOSO, 2010, p. 66) e (VICENTE, 2009, p. 119).

dos progenitores de não terem filhos e interferindo com o seu direito ao planeamento familiar.⁴

Como veremos, a principal diferença das *wrongful conception/pregnancy actions* relativamente às restantes prende-se, na sua maioria, com o facto de a criança nascer saudável, mas fruto de uma conceção/gravidez indesejada. Isto porque estas também podem dizer respeito a casos em que é o feto a padecer de uma deficiência genética, sem que os pais tenham sido devidamente informados dos seus riscos genéticos/reprodutivos.⁵

Por último, na jurisprudência, existem pedidos de indemnização deferidos com estes fundamentos.⁶

1.2. *As wrongful birth actions*

As *wrongful birth actions* – ou ações de “nascimento indevido” – são ações declarativas de condenação ao pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelos progenitores, em virtude de um erro médico⁷ que impediu o recurso à IVG e levou ao nascimento de um filho com malformações congénitas.

Nestas situações, a gravidez foi desejada e a mulher grávida realizou inúmeros exames aptos a detetar os referidos problemas. Contudo, e ainda que, no âmbito destas ações, não tenham sido diretamente provocados pelo médico contratado, este não os detetou, sendo os mesmos detetáveis, ou detetou-os, mas não os comunicou devidamente e/ou atempadamente aos progenitores.

Assim, o profissional de saúde, ao mesmo tempo que violou a *legis artis*⁸ a que se encontra adstrito, impediu que os pais pudessem impedir a que gravidez prosseguisse nos

⁴ (ROCHA, 2018, p. 3), (PINTO, 2021, p. 545 a 546), (PINTO, 2007, p. 915 a 918), (RAPOSO, 2010, p. 66) e (VICENTE, 2009, p. 119).

⁵ (PINTO, 2021, p. 545 e 546), (PINTO, 2007, p. 915 a 918) e (PEREIRA, 2015, p. 251).

⁶ Cfr. Caso *Emeh vs. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* (1984) disponível em <https://vlex.co.uk/>.

⁷ “Há um erro médico, quando ocorra uma falha profissional, não intencional, consistente numa deformada representação da realidade, *in casu*, imagiológica, decorrente das ecografias que foram efetuadas.” cit. Ac. STJ de 17/01/2013, disponível em www.dgsi.pt/.

⁸ “Entendida como um conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico (...).” cit. do Ac. do TRP de 20/07/2006, disponível em www.dgsi.pt/.

termos do art. 142.º do CP.⁹ Ou seja, os progenitores intentam, em nome próprio, uma ação contra o médico contratado (e/ou contra o hospital/ a clínica onde este presta os seus serviços), fundamentando que, se este tivesse atuado diligentemente, a mãe estaria devidamente informada e recorria à IVG, não nascendo uma criança que viverá toda a sua vida deficiente.

Sob esta perspetiva, os danos sofridos pelos progenitores a serem reparados prendem-se, entre outros, com a violação dos seus direitos à autodeterminação, com a violação dos deveres contratuais por parte do médico, assim como com a perda de chance de recorrer à IVG, na tristeza/preocupação causada e nas despesas acrescidas de ter um filho para criar nessa condição.¹⁰

Importa, igualmente, referir que as *wrongful birth actions* são comuns a vários ordenamentos jurídicos, havendo, entre nós, um entendimento pacífico acerca da sua admissibilidade.¹¹

1.3. As *wrongful life actions*

As *wrongful life actions* – ou ações de “vida indevida” – também pressupõem um pedido de indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos na sequência da descoberta das malformações congénitas que o demandante padece e que seriam detetáveis durante a gravidez.

Podemos, assim, aferir que as ações ora em crise apresentam semelhanças com as anteriormente referidas: um médico violou a sua *legis artis*, por negligência, na medida em que não detetou as malformações em causa; ou, detetou-as, mas não as informou devidamente os progenitores da sua existência, o que os impediu de tomar uma decisão informada sobre a continuação da gravidez.¹² Ao invés, se tivesse atuado diligentemente, os pais teriam tido conhecimento da situação e não teriam prosseguido com a gestação.

⁹ (PEREIRA, 2015, p. 252).

¹⁰ (GONZÁLEZ, 2014, p. 11).

¹¹ Cfr. Decisões que deferem o pedido de indemnização com fundamento em *wrongful birth*: o Ac. do STJ de 12/03/ 2015, o Ac. do TRP de 1/03/2012 e no seu seguimento o Ac. do STJ de 17/1/2013, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

¹² (GONZÁLEZ, 2014, p. 10), (RAPOSO, 2010, p. 63) e (PINTO, 2021, p. 542).

Existiu, inequivocamente, uma omissão ou incumprimento negligente dos deveres de informação por parte do médico.¹³

Por outro lado, o que distingue ambas as ações é o seu autor: nas *wrongful birth actions* são os progenitores que pedem uma indemnização pelos danos por si sofridos, e nas *wrongful life actions* é a criança, em nome próprio ou por via da representação legal, que pede a indemnização pelos danos por si sofridos, alegando que, se não fosse o erro médico, os pais teriam recorrido à IVG e não teria nascido, tampouco teria de suportar uma existência naquela condição.^{14 15}

Isto é, nestas últimas, o dano a ser reparado tem-se entendido ser o dano da própria vida (o facto de ter nascido).

Este enquadramento coloca em perspetiva a existência de um direito a não nascer, que a situação de não vida seria melhor do que a de vida e é o principal obstáculo à admissibilidade destas ações, tal como veremos de seguida através da análise de decisões jurisprudenciais principais dos Estados Unidos, de França e de Portugal.

¹³ (MONTEIRO, 2002, p. 379) e (SILVA, 2017, p. 912 e 913).

¹⁴ As ações com este fundamento podem também ser intentadas contra outras pessoas, por exemplo, contra os pais por não terem recorrido à IVG e, de certa forma, terem permitido que a criança nascesse com as malformações.

¹⁵ (GONZÁLEZ, 2014, p. 11) e (PEREIRA, 2015, p. 262).

Capítulo II – Enquadramento jurisprudencial das *wrongful life actions*

As *wrongful life actions* são comuns a vários ordenamentos jurídicos, sendo que a expressão que as intitula foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos da América¹⁶, no caso *Zepeda vs Zepeda* (1963).¹⁷ Neste, o autor pediu uma indemnização ao progenitor por ter sido fruto de uma relação extraconjugal, a qual foi rejeitada pelo *Appellate Court of Illinois* devido ao impacto legal e social que a decisão contrária poderia gerar.

A alegação utilizada por parte do demandante consistiu no seguinte: o réu, ao iludir a sua mãe a ter relações sexuais mediante a promessa de casamento e ao incumpri-la, pois já era casado, privou-o de ser filho legítimo, de ser seu herdeiro, de ter uma família padrão e de por ela ser amado. Portanto, podemos aferir que a questão *in casu* não corresponde ao enquadramento atual das ações em apreço, mas ainda assim, e sem ponderar a sua não existência, procura-se a reparação jurídica do dano de ter nascido em determinada circunstância.¹⁸

Por seu turno, em *Gleitman vs Cosgrove* (1967)¹⁹, e com os contornos que hoje conhecemos, Sandra Gleitman informou o seu médico de que no mês anterior à gravidez tinha contraído rubéola, tendo este referido que isso não comprometia o desenvolvimento do feto. Não obstante, nos seus primeiros anos de vida foram-lhe sendo revelados problemas de visão, audição e fala.

Neste contexto, a mãe, em nome próprio e em representação do filho, pretendeu o ressarcimento dos danos sofridos por ambos pelo facto de o médico não ter detetado as referidas malformações, de a impedir de interromper a gravidez e de evitar uma vida deficiente. No respeitante ao pedido do menor, entendeu o *Supreme Court of New Jersey* que não podia comparar a vida deficiente à não existência, nem calcular os danos com base nessa comparação, razões pelas quais foi indeferido.

Dez anos mais tarde, em *Park vs Chessin* (1977), uma mulher pejada procurou aconselhamento médico sobre os seus riscos genéticos, tendo-lhe sido comunicada a possibilidade quase nula de ter um descendente com distúrbios renais. Contudo, e porque

¹⁶ (RAPOSO, 2010, p. 67) e (SILVA, 2017, p. 915).

¹⁷ Disponível em <https://casetext.com/>.

¹⁸ (RAPOSO, 2010, p. 67) e (GONZÁLEZ, 2014, p. 35).

¹⁹ Disponível em <https://casetext.com/>.

a sua filha veio a nascer com essa patologia, propôs uma *wrongful life*, na qual alegou que, se tivesse conhecimento da situação, não teria decidido engravidar. Neste caso, a *Supreme Court of New York* deu um passo em frente na admissibilidade deste tipo de ações e considerou que não estava em causa uma “vida indevida”, mas apenas e só as lesões, as dores e o sofrimento suportados.^{20 21}

Questão semelhante foi colocada em *Curlender vs Bio-Science Laboratories* (1980): Shauna Curlender, menor, representada pelo seu pai, argumentou que os seus progenitores contrataram os serviços do laboratório com vista à realização de testes genéticos para apurarem se eram portadores do gene da doença Tay-Sachs. Ainda assim, foi-lhes comunicado, erradamente, um resultado negativo, o que impediu a possibilidade de recurso à IVG e, por conseguinte, levou a um nascimento enfermo.²²

Face ao exposto, o *Court of Appeals of California* compensou a criança ao concluir que estas ações não tinham que ver com um direito a não nascer, mas sim com a possibilidade de recuperar do dano da vida limitada e em sofrimento.

Já no ordenamento jurídico francês é fundamental mencionar o caso de *arrêt Perruche*²³ pelo mediatismo e polémica que envolveu a nível europeu.²⁴

Nicolas Perruche foi diagnosticado, um ano após o seu nascimento, com malformações associadas à síndrome de *Gregg*. Estas advieram de a sua mãe ter contraído rubéola durante a gestação, sendo de salientar que sempre expressou o desejo de lhe pôr termo se existissem consequências nefastas para o desenvolvimento do feto. Contudo, sempre lhe foi transmitido que este seria imune à doença.

Perante o descrito, foi, então, proposta uma ação com a pretensão indemnizatória pelo dano de ter nascido com tais deficiências, em virtude do comportamento negligente do médico que: i) não realizou exames específicos para apurar quais as implicações que a rubéola teria no nascituro; ii) impediu a interrupção da gravidez iii) não cumpriu a vontade da grávida.

Ora, a *Cour de Cassation* decidiu pela procedência desta *wrongful life claim*, o que gerou uma desmedida controvérsia tanto na jurisprudência como na doutrina e levou o

²⁰ Disponível em <https://casetext.com/>.

²¹ (PINTO, 2007, p. 919).

²² Disponível em <https://law.justia.com/>.

²³ Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

²⁴ (PEREIRA, 2015, p. 268).

legislador a intervir através da lei n.º 2002-303 de 4 março de 2002²⁵, onde se consagrou que “ninguém pode retirar partido de um prejuízo pelo facto de ter nascido”.²⁶

Estabeleceu, também, que a pessoa que nasce com deficiência diretamente causada, agravada ou não mitigada pelo comportamento negligente do médico tem direito a uma indemnização pelos danos sofridos. Contrariamente, quando estiver em causa uma deficiência não detetada durante a gravidez em consequência de negligência médica grave, apenas podem ser indemnizados os progenitores.²⁷ Quanto à compensação da criança seria uma questão de solidariedade nacional.²⁸

No ordenamento jurídico português, a jurisprudência também já se pronunciou diversas vezes acerca da ação objeto de estudo. Chamamos, assim, à colação o Ac. do STJ de 19/06/2001, proc. n.º 01A1008²⁹, o qual decidiu a seguinte questão:

Uma mulher, ao longo de toda a gestação, recorreu para o seu acompanhamento pré-natal aos serviços do médico e da clínica onde este prestava os seus serviços. Sucedeu que sempre lhe comunicaram que estaria tudo bem com o feto; mas, e apesar de as ecografias realizadas e de os respetivos relatórios nunca revelado nenhuma irregularidade, o bebé veio a nascer com malformações graves e irreversíveis nas duas pernas e na mão direita, estando a sua locomoção dependente de terceiros.

Neste contexto, o menor, representado pelos pais, veio alegar no âmbito de uma *wrongful life* que se a sua progenitora tivesse conhecimento da situação teria realizado um aborto eugénico. Acrescentou, ainda, que os réus não atuaram com a diligência necessária face a uma gravidez de risco e no sentido de detetarem os referidos problemas.

Ora, o STJ decidiu pelo indeferimento, uma vez que considerou que o que estava verdadeiramente em causa era o direito à não existência do demandante que “não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor.”;³⁰ e, ainda, devido à falta de conformidade entre o pedido, feito pela criança, e a causa de pedir, baseada na privação de uma faculdade que se

²⁵ (SILVA, 2017, p. 920 a 921), (PINTO, 2007, p. 920), (RAPOSO, 2010, p. 70 a 71), (PEREIRA, 2015, p. 270 a 271), (MONTEIRO, 2002, p. 380) e (BOULAROT, 2017, p.13 a 14).

²⁶ “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.” cit. de Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/> e tradução da nossa responsabilidade.

²⁷ São excluídos os encargos de sustento ao longo da vida da criança associados à deficiência.

²⁸(BOULAROT, 2017, p. 14) - Por outras palavras, distingue-se entre o dano pré-natal, digno de tutela jurisdicional, e o dano da vida indevida, não merecedor de tutela.

²⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

³⁰ Cit. do Ac. do STJ de 19/06/2001, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

encontra na esfera jurídica da progenitora – esta não pode tomar uma decisão esclarecida sobre continuar ou não com a gravidez devido ao médico não ter diagnosticado as deformações -, pelo que, mantendo a coerência, o pedido deveria ter sido formulado por esta.^{31 32}

Também o Ac. do TRP de 01/03/2012, proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1³³, decidiu acerca de uma ação declarativa de condenação ao pagamento de uma indemnização proposta pela progenitora, em nome próprio e do seu filho menor, contra os profissionais e estabelecimentos de saúde que a acompanharam ao longo da gravidez.

Isto porque descobriu, no momento do nascimento, que o descendente padecia de um síndrome polimalformativo detetável, enquanto que nos relatórios das ecografias realizadas constava que a sua gestação era normal e apresentava uma evolução favorável. Destarte, alegou, fundamentalmente, que existiu um erro de apreciação e de diagnóstico pré-natal dos réus que a impossibilitou de interromper a gravidez e de evitar uma vida de sofrimento, angústia e dependente de terceiros.

Portanto, podemos afirmar que estamos perante uma ação com fundamento em *wrongful birth* cumulada com *wrongful life*, sendo que esta última foi recusada. Entendeu o tribunal que a vida deficiente do autor não constitui um dano juridicamente reparável³⁴, caso contrário, estaríamos a admitir um direito a não existir, que não viver é melhor do que uma vida deficiente e a encarar a própria vida como um dano.

Concluiu-se, ainda, e mais uma vez, que a criança não tinha legitimidade processual ativa porque o direito violado – o direito ao planeamento familiar - não se encontra na sua esfera jurídica. Este é titulado pelos progenitores na medida em que foram privados da decisão de prosseguir (ou não) com a gravidez e, por essa razão, somente estes teriam legitimidade.³⁵

Esta decisão foi objeto de recurso para o STJ, que a veio a confirmar, nos seguintes termos: “O autor existe, mas concluir-se que o mesmo não deveria existir assim desta

³¹ (MONTEIRO, 2002, p. 382) - Ainda que forma implícita, o tribunal rejeitou o pedido de indemnização em causa, mas admitiu a hipótese de este ser admitido com base em *wrongful birth*.

³² (PINTO, 2007, p. 925 a 927) e (GONZÁLEZ, 2014, p. 24).

³³ Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

³⁴ “A criança deficiente não tem direito próprio de indemnização pelo facto de ter nascido, por ausência de dano reparável.” cit. do Ac. do TRP de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

³⁵ JOSÉ ALBERTO GONZALÉZ considera que não se deve conceder legitimidade ativa aos progenitores para intentar ações de “vida indevida” pois estariam a exercer um direito pessoal do filho que, em regra, não admite representação. (GONZÁLEZ, 2014, p. 28).

forma deficiente e por isso tem o direito a ser ressarcido não pode ser, uma vez que a tal se opõe, além do mais, o direito”.³⁶ Desde logo, este tribunal julga que, no caso em apreço, os pressupostos da responsabilidade civil não se encontram preenchidos:³⁷

O dano – admitiu ser inaceitável conceder uma indemnização pelo dano de ter nascido e se, pelo contrário, fosse atribuída não seria possível determinar o seu *quantum* devido à dificuldade em quantificar o valor da vida. Para além de que estaríamos a admitir um direito a não existir, sem consagração legal e que colocaria em causa os princípios constitucionais dos arts. 1.º, 24.º e 25.º da CRP;

A ilicitude, a culpa e o nexo de causalidade – referiu que o menor nasceria sempre com as ditas malformações e que estas não foram diretamente provocadas pelos réus, pelo que só poderiam ser responsabilizados pela negligente violação da sua *leges artis* e das obrigações contratuais em relação à progenitora.

Acrescentou, ainda, que não seria possível a sua responsabilização face ao menor por via do contrato com eficácia de proteção para terceiros, uma vez que o nascituro não possuiu personalidade jurídica e, por isso, não pode ser considerado como terceiro.

Não obstante, o douto acórdão conta com um voto vencido de PIRES DA ROSA³⁸, que segue o entendimento de que a criança deve ser indemnizada pelos danos não patrimoniais por si sofridos, sem fazer apelo a um direito à não existência e atendendo:

- I. Ao contrato realizado entre a mãe e a clínica, que a protege a si e ao feto e, por isso, os demandados ao adotar a conduta suprarreferida incorreram numa violação do contrato perante ambos.
- II. Não é correto dizer que indemnizar o menor atinge a sua dignidade, pelo contrário, tal acontece ao não se atribuir uma quantia capaz de suportar a sua vida deficiente de forma mais confortável.
- III. Apenas atenta a esta categoria de danos, uma vez que, face à falta de autonomia do menor, apenas a mãe deve receber a título patrimonial para suportar os encargos e proporcionar uma vida com a dignidade mínima.

³⁶ Cit. do Ac. do STJ de 17/01/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

³⁷ Cfr. o Ac. do STJ de 17/01/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/> e (SILVA, 2017, p. 935 a 937).

³⁸ Cfr. o Ac. do STJ de 17/01/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/> e (ROSA, 2013, p. 47 a 55).

Por outro lado, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA³⁹ votou a favor da decisão, referindo, em declaração de voto, que deferir o pedido do autor seria reconhecer um direito à não existência, o qual é rejeitado pela nossa ordem jurídica.

Importa também mencionar o Ac. do TRG de 19/06/2012⁴⁰, que decidiu acerca da ação declarativa de condenação proposta pelos pais, em nome próprio e em representação do seu filho. Estes referiram que recorreram ao serviços da “C, LDA.” com vista à realização de exames de ecografia obstetrícia, os quais não detetaram nenhum problema no feto. Sucede que o menor nasceu com malformações nos membros inferiores e superiores, os quais, na verdade, seriam diagnosticáveis às 12 semanas.

Para além do mais, alegaram que este comportamento negligente os impossibilitou de realizar qualquer tratamento para minimizar os problemas, ou, em último caso, de interromper a gravidez.

Ora, a primeira instância determinou o pagamento de uma indemnização a cada um dos progenitores. Inconformados, os réus recorreram para o TRG e, posteriormente, os autores para o STJ. Contudo, nenhum dos respetivos acórdãos se debruçou sobre o direito da criança à indemnização.⁴¹

Por último, aludimos ao Ac. do TRL de 30/04/2015⁴², que versa sobre a situação de um bebé que nasceu com várias patologias, sem que os médicos as tenham detetado durante a gestação e a tempo de permitir a realização de um aborto nos termos do art. 142.º do CP.

Desta forma, não foi possível impedir o seu nascimento deficiente e, por isso, tanto o menor como os progenitores pretenderam condenar a contraparte ao pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais alegadamente provocados pelos réus. O pedido dos pais foi aceite, contudo, o do menor não procedeu, pois tratavam-se de problemas congénitos que não foram diretamente causados pelos réus e, por isso, não existiam factos que os responsabilizassem perante aquele.

³⁹ Cfr. o Ac. do STJ de 17/01/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁴⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁴¹ Cfr. o Ac. do TRG de 19/06/2012 e o Ac. do STJ de 12/03/2015, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/> e (GONZÁLEZ, 2014, p. 31 e 32).

⁴² Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Chegados ao fim desta resenha jurisprudencial, podemos concluir que tendencialmente os tribunais não admitem ações de “vida indevida”, sobretudo, e como se tem vindo a dizer, devido à:

- I. Falta de preenchimento dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil;
- II. Perspetiva da vida como um dano;
- III. Invocação de um direito à não existência, sem qualquer enquadramento legal e que entra em conflito com os princípios constitucionais da nossa ordem jurídica.

Capítulo III – As *wrongful life actions* à luz do instituto da responsabilidade civil

A responsabilidade médica abrange a responsabilidade civil, penal e disciplinar.⁴³ No presente capítulo, atentaremos às ações de “vida indevida” exclusivamente à luz da responsabilidade civil, a fim de apurar se as referidas ações se podem fazer valer deste instituto ou se as crianças apenas podem se socorrer de apoios sociais.⁴⁴ Assim como se procurará responder à questão que motivou este estudo: existe um direito à não existência?

A responsabilidade civil procura⁴⁵, tradicionalmente, a reparação dos danos causados através da obrigação de indemnizar, com o intuito de, assim, colocar o lesado na situação que estaria se não tivesse ocorrido o facto lesivo.⁴⁶

Esta pode desdobrar-se na modalidade da responsabilidade contratual, consagrada nos arts. 798.º e ss. do CC e na da responsabilidade extracontratual, aquiliana ou delitual, regulada nos arts. 483.º e ss. do CC; sendo que, para que uma destas se verifique em concreto, é necessário que estejam, cumulativamente, preenchidos os seus pressupostos - o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade -, os quais serão escrutinados de seguida.

1. Os pressupostos da responsabilidade civil

⁴³ (PEREIRA, 2017, p. 12).

⁴⁴ Neste sentido, CARNEIRO FRADA questiona se “Poderá, porém, ser chamada 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.” cit. (FRADA, 2008).

⁴⁵ “Embora não haja unanimidade entre os autores no que concerne à determinação exata do escopo prosseguido pela previsão de uma obrigação ressarcitória, a verdade é que podemos dizer com alguma segurança que ele se situará entre a reparação do dano, a prevenção de ocorrência de novos prejuízos ou/e a sanção pelo comportamento lesivo levado a cabo.” cit. (BARBOSA, 2017, p. 43).

⁴⁶ (PINTO, 2012, p. 128).

1.1. O facto voluntário do agente

O primeiro requisito a saber é o facto voluntário do agente. Este, no fundo, consiste num “comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito”⁴⁷ e pode concretizar-se numa conduta positiva – ação – ou numa conduta negativa – omissão - na qual se exige um dever específico do agente de praticar o ato omitido.⁴⁸

Normalmente, o comportamento do médico manifesta-se numa falta de realização de exames para detetar as malformações congénitas ou, na sua realização, mas incorreto aconselhamento/ errada interpretação dos resultados ou até na ausência total de comunicação dos problemas aos progenitores.

Deste modo, é evidente que existe um comportamento omissivo em violação de um dever de agir. Este último aspeto diz respeito ao pressuposto da ilicitude mas importa desde já referir que existe uma violação da sua *legis artis*⁴⁹, a qual impõe alguns deveres que não foram devidamente observados, designadamente o dever de atuar com a diligência necessária no exercício da sua profissão, o dever de aconselhamento genético, o dever de obtenção de consentimento informado⁵⁰ e, sobretudo, o dever de informação⁵¹.

Assim, o facto voluntário do agente seria qualificado como uma omissão.

1.2. A ilicitude

1.2.1. A ilicitude na responsabilidade contratual

Atualmente, é consensual que a relação entre médico e paciente constitui um contrato de prestação de serviços⁵² que, segundo art. 1154.º do CC, é “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou

⁴⁷ Cit. (LEITÃO, 2016, p. 257).

⁴⁸ (LEITÃO, 2016, p. 257).

⁴⁹ Cfr. art. 9.º, 31.º, 35.º, n.º 2 do CDOM.

⁵⁰ Cfr. arts. 5.º e 10.º, n.º 2 da Convenção de Oviedo.

⁵¹ (OLIVEIRA, 2005, p. 229).

⁵² (PINA, 2003, p. 114 e 115), (PEREIRA, 2007, p. 665 e ss.) e cfr. o Ac. do TRP de 01/03/2012, o Ac. do STJ de 17/01/2013, o Ac. do STJ de 12/03/2015 e o Ac. do STJ de 19/06/2001, todos disponíveis em www.dsgi.pt/.

manual, com ou sem retribuição”. Apesar desta ampla noção se referir a um resultado⁵³, a doutrina e jurisprudência, usualmente, considera que o profissional de saúde assume uma obrigação de meios. Este último não se compromete à cura do paciente, mas sim a prestar-lhe cuidados de saúde, bem como a atuar de forma prudente/diligente e a utilizar todos os conhecimentos que dispõe para o diagnóstico, aconselhamento e tratamento, o que não se verificou.⁵⁴

Todavia, também pode estar em causa uma obrigação de resultado que se pode traduzir na fiabilidade do diagnóstico e dos exames realizados ou na simples “ afirmação clara de que os concretos exame(s) não permite(m) qualquer informação segura sobre a presença da doença ou da malformação”⁵⁵, tendo em consideração que nos dias de hoje tais exames são de grande credibilidade técnica e a margem de erro é muito reduzida.⁵⁶

Assim, se o especialista contratado através da interpretação dos exames que realiza afirma que estes não detetam nenhum problema e aquando do nascimento da criança revelam-se as ditas malformações congénitas, verifica-se um incumprimento da prestação contratual assumida.⁵⁷

Também não nos podemos esquecer da importância da apreciação casuística. Neste sentido, note-se que uma parte da doutrina se distancia da referida distinção realizada em abstrato e sufraga que a obrigação assumida é aquela que tiver sido convencionada pelas partes, pelo que se torna necessária a interpretação do contrato celebrado.⁵⁸

⁵³ O “resultado” a que se reporta o art. 1154.º do CC não diz respeito à “obrigação de resultado” em contraposição à “obrigação de meios”, mas sim ao “modo juridicamente autónomo como o trabalho é realizado em vista de um dado resultado, que poderá integrar ou, ou não, a prestação a que o fornecedor do serviço se vinculou. Em suma, o trecho “certo resultado do seu trabalho” não afunila o grupo de contrato de serviços àqueles em que a prestação corresponde a uma obrigação de resultado. Pelo contrário, os contratos de prestação de serviços comportam ambas as espécies de obrigações.” cit (CASTELO, 2019, p. 652).

⁵⁴ Cfr. o Ac. do TRP de 01/03/2012, o Ac. do STJ de 17/01/2013, o Ac. do STJ de 12/03/2015 e o Ac. do STJ de 19/06/2001, todos disponíveis em www.dsgi.pt/.

⁵⁵ Cit. (ROSA, 2013, p. 51).

⁵⁶ Cfr. o Ac. do TRP de 01/03/2012 e o Ac. do STJ de 12/03/2015, ambos disponíveis em www.dsgi.pt/, e (ROSA, 2013, p. 51 e 52).

⁵⁷ (ROSA, 2013, p. 51 e 52).

⁵⁸ “Em primeiro lugar, a obrigação será aquilo que as partes tiverem convencionado. Em campo dominado pela liberdade contratual, as relações entre privados são regidas pelas suas estipulações negociais, pelo que o nível de obrigação é aquele que for acordado que seja. Nada impede, em geral, que as partes alarguem ou restrinjam as obrigações típicas e, em consequência, a medida da indemnização ou as circunstâncias em que será devida. Portanto, aferir se o devedor contraiu uma obrigação de resultado, se de meios, depende da interpretação do contrato celebrado. Essa interpretação far-se-á de acordo com as regras gerais, desde logo, com as enunciadas nos arts. 236.º a 238.º do CC.” cit. (CASTELO, 2019, p. 647).

De todo o modo, é exigível uma atuação diligente e prudente, pelo que também existiria uma falha contratual por se verificar uma omissão de cuidado, zelo, profissionalismo, da *legis artis*, da *praxis* clínica e dos deveres por elas impostas, tais como: o dever de propor um diagnóstico pré-natal sobretudo em casos de gravidez de risco, o dever de informação, o dever de aconselhamento genético e do dever obtenção de consentimento informado.

Por todos os motivos apresentados, e porque a ilicitude contratual consiste no incumprimento ou no cumprimento defeituoso/moroso da obrigação assumida, o que inclui a violação de deveres laterais ou acessórios de conduta, podemos recorrer ao art. 798.º do CC.⁵⁹

Para o efeito, pressupõe-se uma relação contratual preexistente que, no nosso contexto, foi estabelecida apenas e só entre o médico e a progenitora, pelo que o menor não a integra. Assim sendo, e à primeira vista, este tipo de responsabilidade estaria afastado.

Porém, esta dificuldade pode ser ultrapassada pela terceira via da responsabilidade civil, designadamente pelo contrato com eficácia para proteção de terceiros.^{60 61} Esta figura permite que alguém que não é parte no contrato deduza pedidos de indemnização

⁵⁹ (OLIVEIRA, 2005, p. 224 a 226).

⁶⁰ Neste sentido, (PEREIRA, 2015, p. 285), (VICENTE, 2009, p. 129), ((PINTO, 2021, p. 564, 566 e 568), e o caso Baby Kelly Molenaar (HR, 18/03/2006, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606, disponível em www.uitspraken.rechtspraak.nl).

^{61 61} *A contrario sensu*, (BOULAROT, 2017, p. 17 e 18) e cfr. o sumário do Ac. do STJ de 17/01/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/>: “XI Nem se poderá seguir pela chamada «terceira via» da responsabilidade civil, através do enquadramento neste instituto do contrato com eficácia de protecção para terceiro, *um tertium genus*, o que possibilitaria abarcar as situações de violação de deveres específicos de protecção e cuidado emergentes daquele acordo havido com os Réus e para com terceiros. XII A nossa grande dificuldade, nesta possível construção jurídica, consiste na impossibilidade de se considerar como «terceiro» o feto, pois não se pode aceitar, de todo em todo que a criança, inexistente enquanto ser humano – em gestação apenas – face ao preceituado no normativo inserto no artigo 66º, nº1 do CCivil, que prescreve que a personalidade se adquire «(...) no momento do nascimento completo e com vida.», possa ser tida como parte interessada num contrato havido entre aqueles que a conceberam e outrem, sendo a mesma na altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica, sem prejuízo da Lei lhe atribuir alguns direitos. XIII Nenhum outro direito se afigura concretizável com o nascimento do nascituro, *maxime*, o decorrente de um pretense contrato com eficácia de protecção de terceiro (terceiro este apenas nascituro, falho da qualidade jurídica de terceiro para efeitos obrigacionais, por ausência de personalidade jurídica), a quem a Lei não concede qualquer protecção por via da celebração daqueloutro contrato de prestação de serviços médicos, a não ser a protecção directa do mesmo, ou seja, a decorrente de uma actuação do médico dirigida especificamente ao feto e por isso causadora das suas eventuais malformações, o que não se mostra ter ocorrido no caso *sub judice*”.

contra um dos contraentes baseadas no contrato e pela sua violação de deveres⁶² especiais de cuidado e de proteção.

Deste modo, podemos incluir no âmbito de proteção deste negócio jurídico bilateral os contraentes e, também, aqueles que “(i) (...) se encontrem em contacto direto 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”.⁶³

No caso concreto das ações de “vida indevida” estamos a falar do laço mais especial e mais forte que existe – a relação de mãe para filho. Por isso, e porque não existe relação mais próxima do que esta, com toda a certeza que o médico contratado tem conhecimento da dita ligação especial entre o “terceiro” e o “credor”, estando assim preenchido o segundo requisito supracitado. De igual forma, é notório o seu contacto direto com a prestação principal e a comunhão de interesses com o credor, uma vez que a progenitora contrata os cuidados médicos de acompanhamento pré-natal com vista à sua proteção e à do seu descendente, a uma gravidez informada e saudável e a um nascimento saudável.

1.2.2. A ilicitude na responsabilidade extracontratual

Se assim não se entender, para conseguir a responsabilização do especialista restamos seguir pela via da responsabilidade civil extracontratual, na qual a ilicitude reside, segundo o art. 483.º do CC, na violação (i) de um direito de outrem ou (ii) de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

1.2.2.1. A violação de um direito de outrem – o direito à não existência e o direito a nascer saudável

A primeira modalidade da ilicitude extracontratual traduz-se, como suprarreferido, na violação de um direito de outrem ou, por outras palavras, na “violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (direito real, direito de

⁶² (FRADA, 2005).

⁶³ Cit. (DUARTE, 2017, p. 23 e 24).

personalidade)”⁶⁴. Para que este requisito esteja verificado em sede de *wrongful life*, tal implica conceber um direito à não existência (ou a não nascer) ou até um direito a nascer saudável⁶⁵, os quais não merecem acolhimento pelas complicações ético-jurídicas suscitadas:

Desde logo, no que toca a um eventual direito à não existência, o embrião teria um direito a ver a sua gestação interrompida, ou seja, a sua progenitora deixaria de ter a faculdade de colocar termo à gravidez, se assim o desejasse, nos termos do art. 142.º do CP, e passaria a ter um poder-dever em relação ao filho.⁶⁶

Ora, a este respeito, importa que referir que o nascituro carece de personalidade jurídica. E, embora se possa defender que o embrião já tem personalidade jurídica ou uma personalidade jurídica limitada, a letra da lei do art. 66.º CC apenas confere a idoneidade de ter direitos e obrigações no momento do nascimento completo e com vida.

Adicionalmente, invocar a sua violação nas ação de “vida indevida” é, no fundo, encarar a vida como um dano e admitir que uma vida deficiente não é valiosa o suficiente para merecer ser vivida.

Ora, não nos podemos olvidar que a vida é o valor máximo e indisponível no nosso ordenamento jurídico, pelo que considerar que uma vida é menos valiosa/vantajosa do que outra e dar legitimidade a alguém para definir quais são as dignas e as merecedoras de serem vividas não seria correto do ponto vista ético; e entraria em conflito⁶⁷ com preceitos consagrados na nossa CRP, tais como os arts. 1.º⁶⁸, 24.º, n.º 1⁶⁹ e o 25.º, n.º 1⁷⁰ que estabelecem a inviolabilidade/indisponibilidade do direito à vida, da integridade física e moral e da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida é, ainda, um direito de personalidade, que se destina a proteger a própria pessoa e que se caracteriza por ser um direito absoluto (oponível, com eficácia *erga omnes*) e irrenunciável. Apesar de se argumentar que os direitos de personalidade são relativamente indisponíveis, e que alguns autores entendam que o direito à vida tem

⁶⁴ Cit. (PINTO, 2012, p. 128 e 137).

⁶⁵ Sobre estes direitos, (RAPOSO, 2010), (ROCHA, 2018) e (PEREIRA, 2015).

⁶⁶ (RAPOSO, 2010, p. 73 e 74).

⁶⁷ Cfr. Ac. do STJ de 17/01/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁸ “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, cit. art. 1.º da CRP.

⁶⁹ “A vida humana é inviolável.”, cit. art. 24.º, n.º 1 da CRP.

⁷⁰ “A integridade moral e física das pessoas é inviolável.”, cit. art. 25.º, n.º 1 da CRP.

algumas limitações (resultantes da despenalização do aborto, da eutanásia e do suicídio), não nos parece que tal deva abranger, e seja comparável a, um direito à não existência.

Não obstante a opinião que temos vindo a expor, não julgamos totalmente sem sentido a tese de PIRES DA ROSA⁷¹, relativamente à parte em que sufraga a existência de um direito a não nascer durante um tempo e uma condição⁷²: de facto a progenitora, durante um certo período de tempo e face a determinadas circunstâncias (cfr. art. 142.º do CP), tem a faculdade, e não o dever, de interromper a gravidez.

Mas a verdade é que a nossa ordem jurídica não reconhece nenhum direito à não existência, tampouco a criança o invoca; esta não alega que preferia não ter nascido do que viver uma vida deficiente, não pede para morrer nem sequer trata a vida com desvalor.⁷³ Pelo contrário, argumenta que o médico ao não cumprir com a sua *legis artis*, priva a progenitora de tomar uma decisão esclarecida e de interromper a gravidez.

Quanto às razões subjacentes à sua pretensão indemnizatória, procura-se a responsabilização do profissional de saúde e, acima de tudo, fazer face ao seu sofrimento, às suas lesões e às suas despesas acrescidas, o que não seria possível apenas com prestações sociais.⁷⁴

Adotar outra perspetiva e aceitar um este direito, seria tornar a vida completamente banal e desvaliosa, consideramos que: **“uma criança não precisa de ser perfeita para ter uma vida que valha a pena”**⁷⁵ (sublinhado e negrito nosso). Mas também não somos completamente insensíveis à situação do menor e sabemos que a vida deficiente é mais limitada, sofrida e dolorosa, pelo que, e tal como continuaremos a demonstrar pela análise

⁷¹ (ROSA, 2013, p. 50 e ss.).

⁷² Cfr. cit. (ROSA, 2013, p. 50): “Há **um tempo e uma condição**, estritamente definidos na lei, em que o *direito de ser ou de não ser, de existir ou não existir*, está nas mãos do Homem, está nas mãos as mulher/mãe onde repousa o indestrutível direito de decidir se sim ou não quer fazer caminhar até ao nascimento o nascituro que é ainda isso mesmo, um nascituro, que faz ainda parte de si própria, e que só virá a *autonomizar-se* como pessoa se essa for vontade da mulher grávida. Este é um direito da mulher grávida, um direito que é uma **faculdade** – não um dever – que tem necessariamente duas faces, com igual peso: ela, mulher grávida, e só ela, porque só dela é o consentimento sem o qual nenhuma intervenção é lícita, decidirá da existência ou não existência, do caminho para a existência ou do fechamento desse caminho. **Nesse(s) tempo(s) e nessa(s) circunstâncias(s)**, o direito à *não existência* é a outra face, tem o mesmo valor, do *direito à existência*, e estão ambos colocados com igual juridicidade, nas mãos dela, da mulher grávida”.

⁷³ (PINTO, 2021, p. 563), (PINTO, 2007, p. 937).

⁷⁴ Neste sentido, FERNANDO ARAÚJO *apud*. (PEREIRA, 2015, p. 279 e 280), (SIMÕES, 2010, p. 198 a 202) e (VICENTE, 2009, p. 126, 127 e 130).

⁷⁵ “*A child need not be perfect to have a worthwhile life.*” cit. de *Gleitman vs. Cosgrove*, disponível em <https://casetext.com/>, e tradução da nossa responsabilidade.

dos restantes pressupostos, é possível conceder uma indemnização com fundamento nestas ações sem reconhecer nem admitir um direito à não existência.

Agora, no que concerne a um direito a nascer saudável, que até se pode aceitar em certas situações, no âmbito das ações de “vida indevida” um direito desta natureza não se revela admissível. Isto porque, as malformações em causa não foram provocadas diretamente pelo médico e ao verificar-se o nascimento, a criança nasceria sempre com elas e não completamente sã.⁷⁶

1.2.2.2. A violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios – violação da *leges artis*

A segunda modalidade da ilicitude extracontratual pressupõe a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Como temos vindo a enunciar, entre a progenitora e o médico foi celebrado um contrato de prestação de serviços médicos, sendo que sob este recaem alguns deveres impostos pela lei das artes médicas, pela própria *praxis* clínica e que visam não só proteger aquela como também o nascituro⁷⁷, nomeadamente: o dever de atuar com diligência, o dever de realizar um diagnóstico pré-natal sobretudo em casos de gravidez de risco, o dever de informar, o dever de aconselhamento genético e o dever de obtenção de consentimento informado.⁷⁸

No nosso contexto, o especialista ou (i) não efetuou os exames aptos a detetar as malformações congénitas ou (ii) interpretou incorretamente os seus resultados e transmitiu uma informação errada aos progenitores ou, (iii) até, absteve-se totalmente de comunicar os/aconselhar sobre os riscos. Em qualquer um destes cenários, a mulher pejada encontrou-se privada de tomar uma decisão informada e esclarecida acerca da continuação da gravidez, o que levou ao nascimento de uma criança deficiente.

Desta forma, e tal como a jurisprudência tem entendido⁷⁹, o médico não respeitou a sua *legis artis* na medida em que não atou diligentemente nem cumpriu os seus deveres

⁷⁶ (ROCHA, 2018, p. 12 e 13), (PINTO, 2007, p. 931 a 933) e (MARQUES, 2019, p. 24).

⁷⁷ (PINTO, 2021, p. 567) e (PINTO, 2007, p. 932).

⁷⁸ (OLIVEIRA, 2005, p. 224 a 226) e (ROCHA, 2018, p. 13).

⁷⁹ Cfr. o Acórdão do STJ 19/06/2001, o Acórdão do TRP de 01/03/2012 e o Ac. do STJ de 17/01/2013, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

profissionais. Concluindo, é unívoco que este requisito estaria preenchido, mas não nos podemos esquecer que este enquadramento só é possível em ordenamentos jurídicos em que a IVG não é punível.⁸⁰

1.3. A culpa

1.3.1. Dolo ou negligência?

Ainda, para que o facto voluntário e ilícito praticado pelo agente gere a obrigação de indemnizar, é necessário que este tenha agido com **culpa**.⁸¹ Enquanto realidade normativa, a culpa pode ser definida como um “juízo de censura formulado pelo Direito, relativamente à conduta ilícita do agente”⁸² ou “como um juízo de censura ao agente por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adotar conduta diferente”⁸³.

Assim, um comportamento é suscetível de censura ou reprovação quando (i) o facto ilícito é imputável ao agente nos termos do art. 488.º do CC; e (ii) existe um desvio entre o comportamento que era exigível e o efetivamente adotado, isto é, devia e podia ter agido de outro modo à luz do critério de apreciação consagrado no art. 487.º CC.⁸⁴

Nas ações objeto deste estudo, logicamente, o médico tem conhecimento do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, das recomendações, das *guidelines* e dos protocolos que deve seguir no desempenho da sua atividade médica, mas, como temos vindo a referir, não age em conformidade com a sua *legis artis* e viola o deveres a que se encontra vinculado.

⁸⁰ (ROCHA, 2018, p. 13).

⁸¹ Cfr. arts. 483.º e 798.º do CC.

⁸² Cit.(CORDEIRO, 2016, p. 467).

⁸³ Cit. (LEITÃO, 2016, p. 280).

⁸⁴ (LEITÃO, 2016, p. 280), (CORDEIRO, 2016, p. 467) e (LIMA, 2011, p. 474).

Desta forma, consideramos que a culpa do médico, em regra, negligente⁸⁵ está relacionada com o seu descuido/relaxamento no exercício da profissão, com a omissão da diligência a que encontra obrigado ou até com a sua falta de competências.^{86 87}

1.3.2. O critério de apreciação da culpa

Importa, também, fazer uma breve referência ao critério de apreciação da culpa que nos permite apurar se o agente, face às suas capacidades e às circunstâncias concretas do caso, podia e devia ter agido de outro modo.⁸⁸

O art. 487.º, n.º 2, do CC, aplicável às duas modalidades de responsabilidade por remissão do art. 799.º, n.º 2, do CC, estabelece que a culpa deve ser apreciada *in abstracto* pela diligência de um “homem médio” (*bonus pater familias*); sendo que, nos casos de responsabilidade médica, o nível de competência, cuidado e zelo exigido seria a de um “médico médio” com o mesmo grau académico e profissional.⁸⁹

Assim sendo, considera-se verificada a culpa pois existe um desvio entre a conduta do dito “médico médio” e a do profissional em concreto: este último não atua com o grau de diligência que seria expectável, não realiza os exames necessários e/ou não informa os progenitores, tal como aquele o faria.

1.3.3. A prova de culpa

O último aspeto a abordar acerca deste pressuposto é a prova de culpa.

Nos termos do art. 487.º, n.º 1, do CC, aplicável à responsabilidade extracontratual, o ónus de prova de culpa do agente recai sobre o lesado, salvo se existir uma presunção legal de culpa⁹⁰. Assim sendo, é a criança, representada pelos progenitores, que tem de demonstrar que a conduta do médico precede de culpa sua, o que, por si só, é uma prova

⁸⁵ E não dolo - O dolo caracteriza-se pela intenção de praticar o facto (LEITÃO, 2016, p. 281 e 282).

⁸⁶ Cfr. o caso *Gleitman vs. Gosgrove*, disponível em <https://casetext.com/>, o caso de *Nicola Perruche*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>, o Ac. do STJ 19/06/2001, o Ac. do TRP de 01/03/2012 e Ac. do STJ de 17/01/2013, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

⁸⁷ (ROCHA, 2018, p. 14).

⁸⁸ (LIMA, 2011, p. 474).

⁸⁹ (MARQUES, 2019, p. 26 e 27) e o Ac. do TRP de 01/03/2012.

⁹⁰ Por exemplo, os arts. 491.º, 492.º, 493.º do CC.

difícil de realizar (*probatio diabolica*) e dificulta a possibilidade de conseguir uma indemnização pelos danos alegados.⁹¹

Por seu turno, na responsabilidade contratual, o art. 799.º, n.º 1, do CC consagra uma presunção de culpa do devedor, que é dificilmente ilidível, isto é, cabe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não lhe é imputável (cfr. art. 350.º do CC).⁹² Portanto, em sede de *wrongful life*, caso se opte por esta via através da figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros, parte-se do princípio de que o comportamento do médico é culposos.

Outra nota importante a considerar é que parte da doutrina e da jurisprudência entende que a referida presunção não opera no caso de estarmos perante uma obrigação de meios. Acontece que, em regra, o contrato de prestação de serviços médicos veicula uma obrigação de meios dado que o especialista não se compromete a curar o paciente; mas sim a prestar-lhe cuidados de saúde, de uma forma prudente e diligente, no seu diagnóstico, aconselhamento e/ou tratamento⁹³ e, nesse caso, caberia ao menor o ónus de prova.

Todavia, quando falamos na realização de um diagnóstico e de exames laboratoriais e radiológicos, podemos afirmar que se verifica uma obrigação de resultado, tal como referimos no ponto 1.2.1. deste capítulo e para o qual remetemos, pelo que, em princípio, essa questão não se colocaria.⁹⁴

1.4. O dano

Como temos vindo a explicar, os arts. 483.º e 798.º do CC consagram os termos da obrigação de indemnizar pelos “danos resultantes da violação” e pelo “prejuízo que causa ao credor”. Desta forma, e para além dos pressupostos já abordados, é indispensável a produção/verificação de dano.

⁹¹ (LEITÃO, 2016, p. 288).

⁹² (LEITÃO, 2016, p. 288, 315 a 317).

⁹³ Cfr. o Ac. do TRP de 01/03/2012, o Ac. do STJ de 17/01/2013, o Ac. do STJ de 12/03/2015 e o Ac. do STJ de 19/06/2001, todos disponíveis em www.dsgi.pt/, e (PEREIRA, 2007, p. 17).

⁹⁴ (ROSA, 2013, p. 51), (PEREIRA, 2007, p. 17) e (ROCHA, 2018, p. 14); o Ac. do TRP de 01/03/2012 e o Ac. do STJ de 12/03/2015, ambos disponíveis em www.dsgi.pt/, e (ROSA, 2013, p. 51 e 52).

Ora, é a respeito deste requisito que se suscitam três dos obstáculos mais complexos à admissibilidade das *wrongful life actions*, designadamente:

1.4.1. A perspetiva da vida como um dano

Nestas ações, como vimos, é a criança, por via da representação legal, que solicita a reparação jurídica dos danos por si sofridos, alegando que, se não fosse o comportamento negligente do médico, os pais teriam recorrido à IVG e não teria nascido, nem teria de suportar uma existência naquela condição.⁹⁵

Este pedido tem sido rejeitado pela jurisprudência com fundamento, entre outros, na inadmissibilidade da qualificação da vida como um dano.⁹⁶ Entendem os tribunais que seguir esta ordem de raciocínio implicaria reconhecer que vida é um prejuízo para alguém, assim como um direito à não existência.⁹⁷

“De acordo com a doutrina dominante seria pedir ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que seria de todo impossível, por contrariedade aos pilares de um sistema jurídico civilizado”⁹⁸; “Defender que a própria vida é um prejuízo corresponderia a um ato de disposição da própria vida.”⁹⁹ e entraria em conflito com os princípios constitucionais constantes nos arts. 1.º, 24.º e 25.º da CRP.

Ademais, não podemos determinar o seu *quantum* indemnizatório devido à impossibilidade em quantificar o valor da vida, colocando-se perguntas de difícil

⁹⁵ (GONZÁLEZ, 2014, p. 11) e (PEREIRA, 2015, p. 262).

⁹⁶ Cfr. o sumário do Ac. do TRP de 01/03/2012 - “VII – A criança deficiente não tem direito próprio de indemnização pelo facto de ter nascido, por ausência de dano reparável.”- o do Ac. do STJ de 17/01/2013 – “ IX – Todavia, aquelas mesmas correntes, nos casos em que a par da *wrongful birth action* se cumula uma *wrongful life action*, está é rejeitada *in limine* por se considerar inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa do que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc – caso tal indemnização fosse possível, sendo que esta questão nos coloca perplexidades várias, passando pelas filosóficas, morais, religiosas, políticas, acrescidas, obviamente, das jurídicas. X – O problema com o qual nos deparamos, neste particular é o de saber se a atribuição de uma indemnização nestas circunstâncias específicas, o nascimento do Autor, constitui um dano juridicamente reparável atento o nosso ordenamento jurídico, o que não nos parece ser enquadrável em termos normativos, antes se nos afigurando a sua impossibilidade e nos levaria a questionar outras situações paralelas tais como a eutanásia e o suicídio, as quais passariam a ter leituras diversas, chegando-se então à conclusão que afinal poderá existir um “*direito à não vida*”, o que poria em causa princípios constitucionais estruturantes plasmados nos artigos 1º, 24º e 25º da CRPortuguesa, no que tange à protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser».”, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

⁹⁷ (SILVA, 2017, p. 939 e 940).

⁹⁸ Cit. (SIMÕES, 2010, p. 194 e 195).

⁹⁹ (FRADA, 2008).

resposta, ou até impossível, tais como “(...) quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa do que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? (...)”.¹⁰⁰ Naturalmente, estas questões colocam-nos algumas “(...) perplexidades várias, passando pelas filosóficas, morais, religiosas, políticas, acrescidas, obviamente, das jurídicas”.¹⁰¹

Apesar destes aspetos contra a admissibilidade das ações em estudo, defendemos que seria contraditório negar uma indemnização à criança e conceder aos progenitores uma compensação pelo mesmo facto, até porque aquela é a principal lesada.¹⁰² Também consideramos, ao lado de PAULO MOTA PINTO¹⁰³, que tal recusa corresponde a uma nova ou uma renovação da ofensa ao menor, pois para além de este último nascer com deficiências, é-lhe vedada a possibilidade de ter uma vida menos sofrida, com mais qualidade e de se comparar a uma criança saudável.

Assim sendo, é necessário enquadrar e interpretar esta “vida indevida” de uma outra forma.

Desde logo, não está em causa a vida como um dano, nem a vida com desvalor; tampouco o menor pede para morrer. Aqui, não se pretende uma reconstituição natural, pois isso implicaria voltar para o ventre da progenitora para que esta interrompesse a gravidez, o que se afigura impossível.¹⁰⁴

Somente se procura responsabilizar o médico pelo seu comportamento negligente, compensar a vida de sofrimento, limitada, dependente de terceiros que o autor terá de suportar (*burden of this existence*)¹⁰⁵, bem como fazer face aos tratamentos e cuidados médicos associados à sua condição e para que a sua vida seja o mais confortável possível.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Cit. Ac. do TRP de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁰¹ Cit. Ac. do TRP de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁰² (MARQUES, 2019, p. 32).

¹⁰³ (PINTO, 2007, p. 934) e (PINTO, 2021, p. 559 e 560).

¹⁰⁴ (MARQUES, 2019), (PINTO, 2007, p. 936 e 937) e (VICENTE, 2009, p. 136).

¹⁰⁵ (SIMÕES, 2010, p. 201).

¹⁰⁶ “Note-se, porém, que estamos a partir do pressuposto de que a vida é sempre e necessariamente um valor positivo, o que é altamente duvidoso. O que vamos defender agora é que, em certas situações de clamorosa deficiência, limitação e dor, a vida surge como um *minus* e não como um *plus* e, por conseguinte, o dano deve ser atendível. Não o dano da vida em si mesma, mas o dano das condições dessa vida.” cit. (RAPOSO, 2010, p. 81).

Desta forma, entendemos que o dano em causa corresponde ao nascimento com deficiências e não à vida em si.¹⁰⁷

1.4.2. O art. 562.º do CC e o paradoxo da “não existência”

Outros contra-argumentos utilizados consistem nas próprias regras do regime jurídico da responsabilidade civil, designadamente o art. 562.º do CC¹⁰⁸, e na falha do critério *controfattuale del dano* (*the counterfactual test*)^{109, 110}

Ora, o art. 562.º do CC e o *controfattuale del dano* pressupõem, com o intuito de avaliar e identificar os danos em causa, a comparação entre a situação real e atual do lesado com a que estaria no caso de não ter ocorrido o facto ilícito.¹¹¹ Isto é, entre a situação da criança *in casu* e a que estaria se o médico não tivesse adotado uma conduta negligente – a existência e a não existência.

Somos, desta forma, levados a pensar que a alternativa à vida deficiente é a não existência. Isto porque, a criança ou nasce com as malformações ou não nasce. Não existe outra alternativa!¹¹² E essa é a verdade.

Todavia, é inconcebível comparar a existência à não existência¹¹³. Não podemos afirmar que a criança estaria numa condição melhor/mais vantajosa se não existisse¹¹⁴ ou que a morte seria preferível a uma vida com deficiência¹¹⁵, pois, como já afirmámos anteriormente, a vida é um valor absoluto, indisponível, e “uma criança não precisa de ser perfeita para ter uma vida que valha a pena”¹¹⁶.

¹⁰⁷ Neste sentido, FERNANDO ARAÚJO apud. (PEREIRA, 2015, p. 280), ANDRÉ DIAS PEREIRA (PEREIRA, 2015, p. 280), SARA ELISABETE GONÇALVES SILVA (SILVA, 2017, p. 946) e VERA LÚCIA RAPOSO (RAPOSO, 2010, p. 81 e 82).

¹⁰⁸ Consagra o artigo 562.º do CC que “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

¹⁰⁹ (SILVA, 2017, p. 947) e (GONZÁLEZ, 2014, p. 70 e ss.).

¹¹⁰ (SIMÕES, 2010, p. 195) e (ARAÚJO, 2016, p. 109).

¹¹¹ (SILVA, 2017, p. 943).

¹¹² (ROCHA, 2018, p. 14 e 15).

¹¹³ “O *controfattuale del danno* pressupõe o ser, ou seja, a existência. O não ser, sendo o nada, é incontestável (...) A não existência é incomparável com a existência.” cit. (SILVA, 2017, p. 944).

¹¹⁴ (SILVA, 2017, p. 944), (SIMÕES, 2010, p. 195) e (ROCHA, 2018, p. 15).

¹¹⁵ (PINTO, 2007, p. 933).

¹¹⁶ “*A child need not be perfect to have a worthwhile life*” Cit. de *Gleitman vs. Cosgrove*. disponível em <https://casetext.com/>, e tradução da nossa responsabilidade.

Pelo exposto, poderíamos erradamente concluir pela inadmissibilidade das ações objeto de estudo, uma vez que não é possível concluir “(...) aquela diferença negativa em que consiste o dano”.¹¹⁷¹¹⁸ Conquanto, consideramos, ao lado de PAULO MOTA PINTO¹¹⁹, que essa diferença não deve ser apurada a partir da comparação entre a existência e a não existência, ao invés disso, devemos atentar à existência saudável, sem malformações e regularmente funcional, de um lado, e à existência deficiente, do outro.

Importa, também, referir que seguir um padrão contrafactual¹²⁰ desta natureza facilita a medida /o cálculo da indemnização, dado que, no que concerne aos danos patrimoniais, se pretende o pagamento das despesas acrescidas que uma criança deficiente tem comparativamente a uma saudável;¹²¹e, quanto aos danos não patrimoniais, a compensação da vida de dor e de sofrimento que terá de suportar e que uma vida dita “normal” e “saudável” não implica.¹²²

1.4.3. O problema da não identidade

Em desfavor das ações de “vida indevida” é, ainda, invocado o problema da não identidade que leva a uma contradição lógica e à conclusão de que os pressupostos da responsabilidade civil não se encontram preenchidos. Isto porque, a criança não pode invocar e pretender uma compensação pelo dano da sua vida por negligência médica, quando sem esse facto ilícito ela não existiria.¹²³ ¹²⁴

Contudo, e concordando mais uma vez com PAULO MOTA PINTO¹²⁵, o referido não implica a destruição destes requisitos e a “a existência da criança é um *dado* que não pode estar em causa, para efeitos da sua legitimidade”.¹²⁶

¹¹⁷ Cit. (ARAÚJO, 1999, p. 97).

¹¹⁸ (SILVA, 2017, p. 944), (DUARTE, 2017, p. 34) e (ROCHA, 2018, p. 15).

¹¹⁹ (PINTO, 2007, p. 933 e 934) e (RAPOSO, 2010, p. 82).

¹²⁰ Termo utilizado por (PINTO, 2007, p. 934).

¹²¹ Por exemplo, tratamentos médicos, operações, fisioterapia, próteses.

¹²² (MARQUES, 2019, p. 29).

¹²³ “Quando o dano que se invoca só poderia ter sido evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente posto em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, aquela negativa em que consiste o dano.” cit. (ARAÚJO, 1999, p. 97).

¹²⁴ (PINTO, 2007, p. 933) e (MARQUES, 2019, p. 29).

¹²⁵ (PINTO, 2007, p. 934 e 935).

¹²⁶ Cit. (PINTO, 2007, p. 935).

1.4.4. O princípio da dignidade da pessoa humana

O último aspeto que referimos contra estas ações é que “o nascimento com deficiência não é reparável por colidir com o princípio da dignidade da pessoa”.¹²⁷ Este não deve proceder, dado que entendemos que atribuir uma indemnização à criança que lhe permita viver com melhores condições de vida e atenuar o seu sofrimento não só respeita a dignidade da pessoa humana, como a promove.^{128 129}

1.5. O nexó de causalidade

O quinto e último pressuposto do instituto da responsabilidade civil é o nexó de causalidade entre o facto ilícito praticado pelo agente e o dano sofrido pelo lesado.

Neste sentido, o art. 563.º do CC limita a obrigação de indemnização aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão. No referido preceito está implicitamente consagrada a teoria da causalidade adequada, que é defendida maioritariamente na nossa ordem jurídica, e que nas palavras de GALVÃO TELLES:¹³⁰

*Determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar.*¹³¹

Assim, seguindo esta linha de raciocínio, este requisito não se encontra preenchido pois a conduta negligente do médico - a violação da *legis artis* - não é a causa direta e adequada do prejuízo em causa – o nascimento com as malformações congénitas. Estas não foram provocadas pelo especialista contratado e, ao verificar-se o nascimento, a criança nasceria sempre com elas.¹³²

¹²⁷ Cit. Ac. do TRP de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹²⁸ (ROSA, 2013, p. 53) e (PINTO, 2021, p. 558).

¹²⁹ Cfr. (RAPOSO, 2010, p. 83).

¹³⁰ (LEITÃO, 2016, p. 310 a 313) e (LIMA, 2011, p. 578 e 579).

¹³¹ Cit (TELLES, 1997, p. 405).

¹³² Neste sentido, o Ac. do STJ de 17/01/2013 e o Ac. do TRL de 30/04/2015, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

Todavia, alguns autores¹³³, ao invés de uma causalidade adequada, têm vindo a defender, nestas situações, uma causalidade indireta ou mediata, a qual não é excluída pelo art. 563.º do CC. Nesta, o facto do lesante embora não produza diretamente o dano, origina outro acontecimento que, conseqüentemente, o gera.¹³⁴ Sob esta perspetiva, que perfilhamos, o comportamento negligente do médico privou a progenitora de tomar uma decisão esclarecida acerca da interrupção da gravidez e, por conseguinte, a criança nasce com as ditas malformações. Se, em vez disso, tivesse atuado diligentemente, a gestação teria sido interrompida e o ter-se-ia evitado que o dano se concretizasse.¹³⁵

Aqui, a única dificuldade que se levanta é a da prova. Não há nenhuma certeza de que se a mãe tivesse conhecimento das anomalias do feto iria recorrer à IVG; mas, pelo menos, teria a possibilidade de tomar uma decisão informada.¹³⁶

Por outro lado, também se argumenta que ao admitir estas ações os médicos podem começar a adotar uma atitude defensiva e incentivar a realização de IVG. Pois estes, com receio de virem a ser responsabilizados, ao mínimo sinal de malformações/problemas/doenças, iriam aconselhar logo o aborto. Ainda assim, não nos podemos esquecer que essa decisão é única e exclusivamente dos progenitores.¹³⁷

¹³³ Neste sentido, (OLIVEIRA, 2005, p. 230), (ROCHA, 2018, p. 18 e 19), (RAPOSO, 2010, p. 85 a 87) e (PEREIRA, 2015, p. 280).

¹³⁴ (LIMA, 2011, p. 579).

¹³⁵ (ROCHA, 2018).

¹³⁶ (SANTOS, 2020, p. 34).

¹³⁷ (SIMÕES, 2010, p. 202) e (ROSA, 2013, p. 54).

Conclusões

Assim, e chegados ao fim deste estudo acerca da (in)existência de um direito a não nascer e da (in)admissibilidade de ações de “vida indevida”, podemos tecer algumas considerações finais e retirar conclusões.

Primeiramente, importa referir que a doutrina e a jurisprudência maioritária se posicionam contra o deferimento das *wrongful life actions* pelos desafios que colocam às diferentes áreas da Ciência, da Ética, da Política e da Religião, mas, sobretudo, ao Direito.

Um dos principais argumentos jurídicos invocados para sustentar esta inadmissibilidade consiste na ponderação do reconhecimento de um direito a não nascer, preenchendo assim a primeira modalidade da ilicitude extracontratual e cuja violação daria origem à obrigação de indemnizar (“Aquele que, (...), violar ilicitamente o direito de outrem (...) fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”¹³⁸).

Ora, é verdade que o próprio termo “*wrongful life*” ou “vida indevida” é infeliz e nos remete para uma vida que não deveria existir. Ainda assim, não concordamos com a existência de um direito desta natureza; isto é, o feto não tem qualquer direito a ver a sua vida interrompida em caso de serem detetadas malformações congénitas nem a progenitora tem um poder-dever nesse sentido.

Ademais, em sede das ações alvo de estudo, o pedido realizado não procura diminuir o ser humano nem tornar a vida desvaliosa, muito menos se reduz a “não queria existir, logo tenho direito a uma indemnização por isso acontecer”¹³⁹. Pelo contrário, a criança quer viver da forma mais confortável possível, e é por isso que se procura atender ao sofrimento, à angústia, às lesões físicas e às despesas acrescidas, tendo em consideração que os apoios sociais, na maioria dos casos, são insuficientes.

Para além do referido, ao analisar detalhadamente os pressupostos do Regime Jurídico Português da Responsabilidade Civil verificamos que surgem outras objeções

¹³⁸ Cit. do art. 483.º do CC.

¹³⁹ Cit. Ac. do STJ de 19/06/2001, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

jurídicas, todavia, passíveis de serem ultrapassadas pelo próprio Direito e de se concluir pela procedência das ações estudadas:

1.º Desde logo, verificamos que relativamente ao facto voluntário do agente existe um comportamento omissivo por parte do médico, o qual se traduz na abstenção de realizar os exames adequados a detetar as malformações, na incorreta interpretação/comunicação dos seus resultados ou até na ausência total de prestação de qualquer informação aos progenitores.

2.º De seguida, a propósito da ilicitude contratual surgem algumas dificuldades que propomos que sejam solucionadas com recurso ao contrato com eficácia para proteção de terceiros. Este inclui o nascituro, que não é parte no contrato, no seu círculo de proteção, pelo que o médico especialista contratado passa a ter deveres especiais de cuidado e de proteção em relação àquele e cujo incumprimento gera obrigação de indemnizar.

Já no que respeita à ilicitude extracontratual, as complicações suscitadas têm que ver com a criação de um direito a não existir, sem qualquer consagração legal, ou de um direito a nascer saudável. Estes não merecem acolhimento no âmbito destas ações, contudo, consideramos que tal não deve interferir com a sua aceitação.

Assim, o preenchimento deste requisito deve restringir-se à sua segunda modalidade, isto é, ao incumprimento dos deveres impostos pela *legis artis* que visam não só proteger a progenitora como também o nascituro, havendo um interesse comum no seu cumprimento.

3.º Posteriormente, entendemos que a culpa do médico, em regra, negligente se verifica com o erro no diagnóstico pré-natal em virtude de um descuido/ relaxamento no exercício da profissão, da omissão da diligência a que encontra obrigado ou até da sua falta de competências técnicas.

4.º Por sua vez, no que concerne ao dano, concluimos que este se consubstancia no nascimento com deficiências.

Apesar de surgirem obstáculos de difícil superação a respeito deste pressuposto, - nomeadamente a perspectiva da vida como um prejuízo, as dificuldades de cálculo do montante da indemnização, o paradoxo da não existência e o problema da não identidade – procuramos atender à vida de dor, de sofrimento e dependente de terceiros, bem como às despesas acrescidas que o autor terá de suportar ao longo da vida comparativamente a

uma criança saudável. Para além do mais, assim, estaremos não só a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, como também a promovê-lo.

5.º Por último, constatamos ser complicado estabelecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito praticado pelo agente e o dano sofrido pelo lesado, mas possível seguindo a teoria da causalidade indireta ou mediata.

Bibliografia

- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, 176 p. .
- ARAÚJO, Maria Isabel (2016) - "Ser ou não ser?: as wrongful life claims = To be or not to be?: as wrongful life claims", in *Lúsiada. Direito*, n.º 16, Universidade Lusíada Editora, 2016, p. 91 a 202, disponível em http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4382/1/ld_16_2016_6.pdf, consult. a 12/11/2021.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Príncípa Editora, 2017, 448 p. .
- BOULAROT, Ana Paula, "As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido", in *Tutela geral e especial da personalidade humana*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 11 a 21.
- CASTELO, Higinia Maria Almeida Orvalho da Silva, "De que falamos, quando falamos de contrato de serviços? - Ainda os conceitos de meios e de resultado", in *Revista Ordem dos Advogados*, ano 79, vol. III/IV, 2019, p. 639 a 669, disponível em https://portal.oa.pt/media/130338/higinia-castelo_roa-iii_iv-2019-11.pdf, consult. em 24/03/2022.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil VIII - Direito das Obrigações, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, 2ª reimpressão da 1ª edição do tomo III da parte II de 2010, Lisboa, Almedina, 2016, 850 p. .
- DUARTE, Sara Cristina Gomes, "Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a Admissibilidade das Wrongful Actions à luz da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil", in *Dissertação de Mestrado em Direito Privado*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola Porto, 2017, 51 p., disponível em https://campus.porto.ucp.pt/bbcswebdav/pid-304567-dt-content-rid-1459942_1/courses/2020_3506C13504/SaraGomesDuarte-DissertaçãoMestrado.pdf, consult. a 8/12/2021.

- 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, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>, consult. a 12/11/2021.
- . "Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Auto-Estradas", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, 2005, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/manuel-a-carneiro-da-frada-sobre-a-responsabilidade-das-concessionarias-por-acidentes-ocorridos-em-auto-estradas/>, consult. a 13/11/2021.
- GONÇALVES, Diogo Costa, "Wrongful actions em Portugal, 20 anos depois", in *Revista de Direito Comercial*, Almedina, 2020, p. 353 a 400, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/wrongful-life-actions-em-portugal>, consult. a 12/11/2021.
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014, 159 p. .
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Introdução, Da Constituição das Obrigações*, vol. I, 13.^a edição, Coimbra, Almedina, 2016, 493 p. .
- LIMA, Pires de e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a edição revista atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 794 p. .
- MARQUES, Luís Miguel Borges Neiva, "Nascer Por Engano: As Wrongful Life Actios e o Regime da Responsabilidade Civil Português" in *Dissertação de Mestrado*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola Porto, 2019, 41 p., disponível em [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30392/1/NascerPorengano-Wrongful life actions %28Luís Neiva Marques%29.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30392/1/NascerPorengano-Wrongful%20life%20actions%28Luís%20Neiva%20Marques%29.pdf), consult. 12/12/2021.
- MONTEIRO, António Pinto, "Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)", in *Revista da Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3933, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 371 a 384.

- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, " O direito do diagnóstico pré-natal", in *Temas de Direito da Medicina 1*, 2.^a edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 218 a 237.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, "Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal", in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 6, n.º 17, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 11 a 22, disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/32926/1/RPDC17_artigo2.pdf?ln=pt-pt, consult a 15/01/2022.
- . *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, 997 p. .
- PINA, José António Esperança, *A responsabilidade dos médicos*, 3.^a edição revista, atualizada e ampliada, Lisboa, Porto, Coimbra, Lidel - Edições Técnicas, Lda, 2003, 204 p. .
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4^a Edição, 2^a Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 688 p. .
- PINTO, Paulo Mota, *Ainda a indemnização por "nascimento indevido" (wrongful birth) e "vida indevida"*, Centro de Direito Biomédico, 2021, p. 542 a 576, disponível em http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_23.pdf, consult. a 13/11/2021.
- . "Indemnização no caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life")", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homeagem aos Professores Doutores A.Ferrer Correira, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 915 a 946.
- RAPOSO, Vera Lúcia, "As wrong actions no início de vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica", in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 9, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 61 a 99, disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33210/1/RPDC21_artigo5.pdf, consult. a 8/11/2021.
- ROCHA, Paula Natércia, "Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas "wrongful life actions" ou "de vida indevida" e tentativas para a sua superação", in *Revista Julgar Online*, n.º 21, 2018, p. 1 a 21, disponível em <http://julgar.pt/wp->

[content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha-v2.pdf](#), consult. a 8/11/2021.

ROSA, João Pires da, "Não existência - um direito!", in *Revista Julgar*, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 47 a 55, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/03-Pires-da-Rosa-não-existência.pdf>, consult. a 8/11/2021.

SANTOS, Andreia Filipa Silva, "Da Responsabilidade Civil: a vida como dano? A Tutela da vida indevida (wrongful life) no ordenamento jurídico português", in *Dissertação de Mestrado em Direito Privado*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola Porto, 2020, 62 p., disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/33641/1/00273_02_andreia-filipa-santos-340114096-dissertação-integral.pdf, consult. a 8/12/2021.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da, "Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência", in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n.º 2, 2017, p. 907 a 956, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0907_0956.pdf, consult. a 2/02/2022.

SIMÕES, Fernando Dias, "Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana", in *Tékne, Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, vol. VIII, 2010, p. 187 a 203.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 486 p. .

VICENTE, Marta Sousa Nunes, "Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche", in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º11, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 117 a 140.

Jurisprudência Portuguesa

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/06/2001, proc. n.º 01A1008, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2013, proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2015, proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/06/2012, proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/04/2015, proc. n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20/07/2006, disponível em www.dgsi.pt/.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01/03/2012, proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Jurisprudência Internacional

Arrêt n.º 457, P. Pourvoi n.º N 99-13.701, 17.11.2000, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Baby Kelly Molenaar, HR, 18.03.2005, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606, disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR521>.

Curlender v. Bio-Science Laboratories, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d, 811, 165 Cal. Rprt. 477, disponível em <https://law.justia.com/>.

Emeh vs. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority (1984)
disponível em <https://vlex.co.uk/>.

Gleitman v. Cosgrove, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, disponível em
<https://casetext.com/>.

Park v. Chessin, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222, disponível em <https://casetext.com/>.

Zepeda v. Zepeda, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849, disponível em
<https://casetext.com/>.