



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **Wrongful Birth/Life Actions e a Responsabilidade Médica Civil em Portugal**

Alfredo Rafael Barbosa Marques

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Wrongful Birth/Life Actions e a  
Responsabilidade Médica Civil em  
Portugal**

Alfredo Rafael Barbosa Marques

Orientador: António Agostinho Cardoso Conceição Guedes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



*à minha família...*



## **Agradecimentos**

Ao meu pai, por ser o maior exemplo da minha vida.

À minha mãe, por nunca desistir de mim.

À minha irmã, por ser a pessoa de quem tenho mais orgulho e por toda a força que sempre me deu para atingir os meus objetivos.

Ao meu irmão, por me encher o coração todos os dias.

À Joana, por ser o meu pilar, acreditar sempre em mim e, mais importante, por partilhar comigo esta jornada que é a vida.

Ao meu orientador, Professor Agostinho Guedes, por todos os conselhos que me deu ao longo desta dissertação e por ser uma das pessoas que mais admiro no mundo do Direito.

Por fim, à Universidade Católica Portuguesa, por me recordar que existe prazer em estudar Direito.



## Resumo

O trabalho que nos propomos a realizar baseia-se nas *wrongful actions*, mais precisamente nas *wrongful birth/life actions* e no seu impacto na responsabilidade médica civil em Portugal. O interesse por esta temática resulta da multiplicidade de obstáculos jurídicos que estes tipos de ações enfrentam desde a sua génese e ainda pelas desconcertantes conceções morais, éticas e religiosas que as perseguem. Durante o nosso estudo iremos descortinar as principais características deste tipo de ações, seguindo-se uma análise da evolução histórica jurisprudencial, tanto a nível internacional como nacional. No último capítulo iremos enquadrar as *wrongful birth/life actions* no regime de responsabilidade civil português, identificando os seus pressupostos e tentando encontrar o melhor método indicado a preenchê-los.

**Palavras-chave:** *Wrongful birth actions, wrongful life actions, responsabilidade civil.*

## Abstract

The study we propose to carry out is based on wrongful actions, more precisely on wrongful birth/life actions and their impact on medical civil liability in Portugal. The interest in this theme comes from the multiplicity of legal obstacles that these types of actions face since their genesis, and from the perplexing moral, ethical and religious conceptions that persecute them. During our study we will reveal the main characteristics of this type of actions, followed by an analysis of the historical evolution of jurisprudence, both internationally and nationally. In the last chapter we will provide a legal framework of wrongful birth/life actions in the portuguese civil liability regime, identifying their requirements, trying to find the best method indicated to fulfill them.

Keywords: Wrongful birth actions, wrongful life actions, civil liability.



## Índice

Abreviaturas.....	13
1. Introdução.....	15
2. <i>As wrongful actions</i> .....	17
2.1. <i>Wrongful pregnancy actions</i> .....	17
2.2. <i>Wrongful birth actions</i> .....	18
2.3. <i>Wrongful life actions</i> .....	19
3. Análise Jurisprudencial – Direito Comparado e Evolução Histórica .....	20
3.1. Jurisprudência norte-americana.....	20
3.2. Jurisprudência europeia .....	24
4. Enquadramento das <i>Wrongful Birth/Life Actions</i> no Regime da Responsabilidade Civil Português .....	29
4.1. O Facto Voluntário do Agente (Conduta Lesiva).....	30
4.2. A Ilícitude da Conduta do Agente .....	31
4.3. Culpa (Imputação Subjetiva).....	37
4.4. O Dano.....	41
4.5. O Nexo de Causalidade (Imputação Objetiva) .....	46
5. Conclusão .....	48
6. Bibliografia.....	50
7. Jurisprudência nacional .....	53
8. Jurisprudência estrangeira .....	54



## **Abreviaturas**

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

al. - alínea

art./arts – artigo(s)

CC – Código Civil

cit. – citado

Col. – Coleção

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DPN – Diagnóstico Pré-Natal

DRP – Doença renal policística

ed. – edição

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

IVG – Interrupção voluntária da gravidez

n.º/n.ºs – número(s)

op. cit. – obra citada

p./pp. – página(s)

Prof. - Professor

ss. – seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

vd. – vide

vol. – volume

## 1. Introdução

O desenvolvimento tecnológico tem sido constante nas últimas décadas, abrindo espaço para novas questões em vários setores, nomeadamente na medicina. Este avanço veio redefinir as nossas expectativas relativamente aos tratamentos, exames e, principalmente, à relação médico-paciente. Durante a maior tranche da história da medicina este vínculo era baseado no modelo paternalista, onde eram adotadas condutas terapêuticas sem a consulta das preferências individuais do paciente, deixando-o sem participação ativa nas decisões. O obsoletismo inerente ao modelo referido é evidenciado pela visão mais igualitária que hoje rege o nosso sistema medicinal, tendo sido este progresso a dar origem às ações que nos propomos estudar.

O nosso estudo centra-se nas *wrongful actions*, mais precisamente nas *wrongful birth actions* e *wrongful life actions*, traduzido em português como ações de nascimento indevido e ações de vida indevida, respetivamente. Ambas as ações se baseiam no nascimento de uma criança com carências físicas e/ou psíquicas que trazem prejuízos consideráveis nas esferas jurídicas patrimoniais e não patrimoniais dos pais e da criança, tendo por base um erro médico em sede de diagnóstico pré-natal.

Esta dissertação vê a sua origem na redação do art. 142.º, al. c) do Código Penal, em que o ordenamento jurídico português possibilita a interrupção voluntária da gravidez se verificados certos requisitos, normalmente correlacionados com malformações congénitas que o feto apresenta. Tendo como referência o artigo mencionado, a questão primordial reside na possibilidade de recurso à responsabilidade civil quando aos pais lhes é rejeitado a opção pela IVG por negligência do médico ou instituição hospitalar responsável pelo DPN. Como veremos, esta negligência poderá ter origem na interpretação errada de exames atinentes à deteção de malformações no feto ou na ausência de aconselhamento à execução de tais exames quando o mesmo era exigível de acordo com as *leges artis* da medicina.

Ambas as ações em estudo são alvo de extrema controvérsia, em particular as de *wrongful life*, pois colocam-se não só em causa valores fundamentais no nosso Direito, como concepções subjetivas de ordem moral, religiosa e ética.

Delimitado o nosso âmbito de estudo, começaremos no primeiro capítulo por destrinçar as principais características dos três tipos de *wrongful actions* reconhecidos pela doutrina: *wrongful birth*, *wrongful life* e *wrongful pregnancy*. Posteriormente, no segundo capítulo será feita uma breve análise da evolução histórica da jurisprudência

pertinente das ações em estudo, culminando na avaliação da jurisprudência em contexto português. Por fim, tentaremos enquadrar as *wrongful birth/life actions* no regime da responsabilidade civil pela via contratual e extracontratual, identificando os principais entraves à aceitação das ações sob escrutínio, principalmente das *wrongful life actions*.

## 2. *As wrongful actions*

As ações de responsabilidade médica oriundas de aconselhamento ou tratamento pré-natal defeituoso denominam-se por *wrongful actions*, desdobrando-se em três diferentes categorias: *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception*<sup>1</sup>. Ainda que o nosso estudo se concentre primordialmente nos dois primeiros tipos de ações, cumpre-nos destrinçar as principais características de todos os conceitos.

### 2.1. *Wrongful pregnancy actions*<sup>2</sup>

As *wrongful pregnancy claims* (traduzido em português, “conceção indevida”) encontram na sua génese uma gravidez que não devia ter acontecido (culminando ou não num nascimento de um filho indesejado), emanada de um erro médico que impossibilitou aos progenitores o acesso à liberdade de planeamento familiar/não reprodução.

Como exemplos da violação destes direitos podemos encontrar uma interrupção da gravidez malsucedida, um defeito nos métodos de contraceção, uma esterilização mal efetuada, ou até mesmo o emprego errado ou mau funcionamento dos meios de diagnóstico, um erro na prescrição de algum fármaco ou a sua indevida dispensa por um farmacêutico.

Deste modo, quando uma destas ações é posta em curso, os pais alegam que se não tivesse acontecido algum dos exemplos enunciados a criança nunca teria sido concebida e, por conseguinte, procuram ver ressarcidos os custos com os procedimentos médicos defeituosos, as despesas advindas da educação da criança e, potencialmente, danos morais.

---

<sup>1</sup> Esta categorização tripartida não é tida como um absoluto do direito. No entanto, é a que mais encontra aceitação na nossa doutrina. *vd.*, PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*, in *Revista Lex Medecinae*, Ano 4, n.º 7, 2007, p. 5. Outros autores também utilizam esta classificação, nomeadamente ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015, pp. 250 e ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Dezembro 2010, Ano XIX, n.º21, pp. 61-66.

<sup>2</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions...*, p. 66; PAULA NATÉRCIA ROCHA, *Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou de “vida indevida” e tentativas para a sua superação*, in *Revista JULGAR*, n.º 21, Nov. 2018, pp. 3-4.

## 2.2. *Wrongful birth actions*<sup>3</sup>

As ações por *wrongful birth* (traduzido em português, “nascimento indevido”) diferenciam-se das ações mencionadas anteriormente pois, apesar de a criança nascer de uma gravidez planeada e desejada, é o próprio nascimento que é mal recebido. Assim, como referido supra, estas ações são iniciadas pelos progenitores da criança que nasceu com malformações/deficiências graves, “contra o médico e/ou instituições hospitalares ou afins por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram, erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados (...)”<sup>4</sup>. Portanto, o que aqui está em causa é o facto de o médico ter privado os pais do direito à informação, não lhes sendo possível preferir pela IVG, prevista no art. 142º, nº 1, al. c) CP.

Então, vejamos: o que é alegado neste tipo de casos não é tão só o facto de a criança nascer com malformações congénitas, mas também a lesão do direito de informação e a privação do consentimento informado. Ora, atendendo a estes fatores, terão os pais da criança que alegar que se tivessem sido detentores de toda a informação relativamente à gravidade da doença de que esta padecia nunca teria sido concebida<sup>5</sup> ou que se as malformações fossem oriundas de um problema durante a gestação teriam optado pela IVG. Destarte, os pais pedem indemnizações pelos danos patrimoniais, como os tratamentos, medicamentos e, possivelmente, ensino especial que a criança necessite, e danos não patrimoniais, por ver o seu direito à autodeterminação do planeamento familiar lesado, a violação do consentimento informado e, ainda, pela tristeza e angústia de ver um filho sofrer, sabendo que a dor poderia ser evitada se não fosse a atuação negligente de um profissional de saúde.

---

<sup>3</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions...*, p.63-65; PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op.cit.*, p.4.; PAOLA FRATI, *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of Bioethical and legal controversies, Human Reproduction Update*, Vol. 23, nº 3, p. 343.

<sup>4</sup> Sumário do acórdão do STJ de 12 de Março de 2015, processo n.º 1212/08.4TTBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>5</sup> Nos casos em que houve uma transferência para o útero de embriões fertilizados *in vitro* portadores de doença ou deficiências.

### 2.3. *Wrongful life actions*<sup>6</sup>

Por fim, as *wrongful life actions* (traduzido em português, “vida indevida”) partilham as suas circunstâncias com as de “nascimento indevido”, na medida em que o que se procura ver compensado é um nascimento indesejado. No entanto, como vertido supra, quem irá propor a ação é a criança, ou os seus representantes legais, na eventualidade de esta não deter capacidade de exercício.

Portanto, quando nos deparamos com este tipo de casos, sabemos que a criança que nasceu com as deformações congénitas irá reagir contra a instituição ou profissional de saúde que permitiu o seu nascimento e, subsequente, sofrimento.

Em paralelo com a ações de *wrongful birth* encontraremos um cenário em que o médico omitiu ou não prestou as informações necessárias para a preservação do consentimento informado. Havendo esta violação do direito de informação, poderá a criança alegar que, se tal não tivesse acontecido, os pais teriam oportunidade de recorrer à IVG. Tendo isto em mente, é aqui que nasce o principal ceticismo relativamente às ações de “vida indevida”, pois a criança alega que não deveria ter nascido.

Em sùmula, sabemos que as *wrongful birth/life actions* encontram a sua gênese na negligência médica, tendo como resultado o nascimento de uma criança com malformações graves. Por outro lado, o médico encarregado de monitorizar a gravidez não procedeu com a diligência necessária, violando a *leges artis* a que está vinculado, existindo uma violação do consentimento informado, o que impossibilita a mãe de interromper a gravidez caso fosse sua vontade.

Como veremos adiante, estas ações partilham semelhantes dificuldades materiais, no sentido em que a sua aplicação jurisprudencial implica razoável flexibilidade por parte dos tribunais, e dificuldades subjetivas, atendendo às divergências éticas, políticas e por vezes religiosas que este tipo de ações acarretam.

Deste modo, no próximo capítulo iremos fazer uma reflexão sobre a jurisprudência pertinente, analisando a evolução histórica de ambas as ações, de modo a determinar as suas vitórias e dificuldades ao longo da sua existência.

---

<sup>6</sup> Relativamente a estas ações, *vd.* VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions...*, pp.61-63.; PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, pp.5-6; PAOLA FRATI, *op. cit.* p. 346.

### 3. Análise Jurisprudencial – Direito Comparado e Evolução Histórica

Para entendermos as dificuldades que as *wrongful birth* e *wrongful life actions* enfrentam é necessário analisar a jurisprudência que emana dos tribunais, tanto a nível nacional como internacional. Durante esta explanação debruçar-nos-emos sobre os casos que entendemos ser mais preponderantes na evolução destas ações.

#### 3.1. Jurisprudência norte-americana

##### *Zepeda v. Zepeda*<sup>7</sup>

Em 1963, nos Estados Unidos da América, durante um processo corrido no *Appellate Court of Illinois*, nasce o termo *wrongful life* em contraposição ao termo *wrongful death* (ações que tinham por base uma vida que deveria ter continuado, mas que terminou abruptamente).

A ação foi interposta por um filho que procurava compensação pelo facto de ter sido abandonado pelo pai enquanto ainda se encontrava no ventre da sua mãe e, como tal, era visto socialmente como um descendente ilegítimo. Como podemos denotar, o termo utilizado, apesar de partilhar a nomenclatura dos dias de hoje, detinha um significado diferente. Isto porque sabemos que a criança nasceu completamente saudável, procurando, no entanto, compensação por danos psicológicos e financeiros advindos do abandono do seu pai.

Temendo que este tipo de ações se tornasse vulgar e acautelando os cidadãos que poderiam estar interessados em intentar ações baseadas em “vida indevida”, o tribunal acabou por considerar a ação improcedente.

##### *Gleitman v. Cosgrove*<sup>8</sup>

Avançando no tempo, mais precisamente a 1967, surge no *Supreme Court of New Jersey* o caso sob estudo. Seria nesta demanda que pela primeira vez nos iríamos deparar com a utilização do termo *wrongful life* no esplendor do seu significado.

---

<sup>7</sup> *Zepeda v. Zepeda* (1963), 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849, disponível em <https://casetext.com/case/zepeda-v-zepeda-1>

<sup>8</sup> *Gleitman v. Cosgrove* (1967), 227 A.2d 689, disponível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>

A ação proposta em tribunal cumulava uma ação interposta pelos pais baseada em *wrongful birth* com uma de *wrongful life*, em representação do filho. No seio deste litígio, tínhamos uma criança que padecia de cegueira e surdez, resultantes de uma malformação originada durante a gravidez após a mãe ter contraído rubéola. Salienta-se que médicos agiram com negligência, falhando em informar tempestivamente a mãe da criança que a contração pré-natal de rubéola poderia causar irregularidades no desenvolvimento do feto.

Sem embargo, relativamente aos danos alegados pela criança, o tribunal rejeitou a ideia de que se poderia comparar uma vida com deficiência com a não existência<sup>9</sup>. Quanto à pretensão dos pais, o tribunal entendeu declinar o pedido argumentando que o aborto não era legal no estado em questão e ainda que o tribunal não conseguia comparar a intangibilidade e complexidade dos benefícios adjuntos à maternidade e paternidade com os alegados danos emocionais e financeiros<sup>10</sup>.

### ***Park v. Chessin***<sup>11</sup>

Transcorridos dez anos, em 1976, o *Appellate Court of New York* decidiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América que profissionais de saúde poderiam ser legalmente responsabilizados por *wrongful life*.

No presente caso, o casal Park procurou aconselhamento médico com o obstetra da mãe, Dr. Chessin, com o intuito de se informarem sobre a possibilidade de terem outro filho após o falecimento do primeiro por doença renal policística. Negligentemente, o doutor do casal informou-os que a probabilidade de terem outro bebé com a mesma doença era extremamente escassa e que não era uma doença hereditária. Verdade é que, após o parto do segundo filho, verificou-se que criança padecia de DRP, vindo a falecer dois anos e meio depois.

Atendendo a estes fatores, e considerando que a atuação do médico foi inquestionavelmente negligente e merecedora de reprovação legal, o tribunal concedeu aos pais, em nome da criança falecida, indemnização pelos danos sofridos.

---

<sup>9</sup> Sobre esta questão, nas palavras do tribunal, “*This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself*”.

<sup>10</sup> Neste sentido, o tribunal informa que “*In order to determine their compensatory damages a court would have to evaluate the denial to them of the intangible, unmeasurable, and complex human benefits of motherhood and fatherhood and weigh these against the alleged emotional and money injuries*”.

<sup>11</sup> *Park v. Chessin* (1977) 60 A.D.2d 80 [400 N.Y.S.2d 110], disponível em <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1>.

### ***Becker v. Schwartz***<sup>12</sup>

Em 1978, o *Court of Appeals of New York* torna-se o primeiro tribunal superior a dar satisfação a um pedido baseado em *wrongful birth*. Pouco após a legalização do aborto<sup>13</sup>, surge esta vitória das *wrongful actions* num caso em que um médico falhou em informar a mãe dos perigos advindos de gravidez em idade avançada, resultando no nascimento de um bebé com síndrome de *Down*.

### ***Curlener v. Bio-Science Laboratories***<sup>14</sup>

Volvidos dois anos, o *Court of Appeals of California* dá providência pela primeira vez a uma ação exclusivamente baseada em *wrongful life*. Em causa estava uma criança que nascera com a doença de *Tay-Sachs*, originadora de graves limitações físicas e psíquicas.

A pretensão tinha como premissa o erro de diagnóstico do laboratório réu quando os pais da criança efetuaram exames com a intenção de detetar se eram portadores do gene da doença.

Dito isto, o tribunal rejeitou a ideia mantida até então nos Estados Unidos da América de que seria necessário calcular o dano em comparação com a inexistência. Concluiu que à criança lhe era devido o recebimento de indemnização, não pela comparação entre a vida com doença e a não existência, mas sim pelas dores físicas e psíquicas que sofreu e iria sofrer para o resto da sua vida, e ainda pelos encargos patrimoniais que advinham da sua condição<sup>15</sup>.

### ***Turpin v. Sortini***<sup>16</sup>

Neste litígio, o *Supreme Court of California* confirmou a noção de que o respeito pela santidade da vida não importa a exclusão das ações por *wrongful life*.

Ora, uma criança que nasceu com surdez hereditária levou à discussão do tribunal uma ação por *wrongful life*, em que pedia compensação por danos patrimoniais e não

---

<sup>12</sup> *Becker v. Schwartz* (1978), 46 N. Y.2d, 401, disponível em <https://casetext.com/case/becker-v-schwartz>.

<sup>13</sup> *Roe v. Wade* (1973), 410 U.S. 113, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>.

<sup>14</sup> *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 cal.app.3d 811, disponível em <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>.

<sup>15</sup> “We reject the notion that a “wrongful-life” cause of action involves any attempted evaluation of a claimed right not to be born. In essence, we construe the “wrongful-life” cause of action by the defective child as the right of such child to recover damages for the pain and suffering to be endured during the limited life span available to such a child and any special pecuniary loss resulting from the impaired condition.”, concluiu o tribunal.

<sup>16</sup> *Turpin v. Sortini* (1982), 31- Cal. 3d 220, 182 Cal. Rptr. 337, 643 P.2d 954, disponível em <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>.

patrimoniais pelo erro de diagnóstico por parte do médico, da instituição hospital e outros intervenientes no DPN. A autora alegava que houve negligência por parte dos profissionais de saúde, falhando em alertar os pais da possibilidade do nascimento de uma criança com a sua condição hereditária, retirando-lhes a possibilidade de tomar a decisão de não a conceber.

O tribunal concluiu que a criança não tinha direito a receber compensações por danos não patrimoniais, alegando a impossibilidade do cálculo do dano por oposição de uma vida com deficiência a não ter nascido de todo<sup>17</sup>. Em contraposição, a compensação relativa aos danos patrimoniais foi aceite, determinando o tribunal que a criança era merecedora da supressão dos custos extraordinários<sup>18</sup> que advinham da sua doença<sup>19</sup>.

Não obstante, “subsequentemente o Estado da Califórnia promulgou leis destinadas a afastar este tipo de pretensões”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Por conseguinte, o acórdão explica que *“In a wrongful life action, that simply is not the case, for what the plaintiff has “lost” is not life without pain and suffering but rather the unknowable status of never having been born. In this context, a rational, nonspeculative determination of a specific monetary award in accordance with normal tort principles appears to be outside the realm of human competence.”*

<sup>18</sup> Também neste sentido, o *Supreme Court of New Jersey* no caso *Procanik v. Cillo* (1985), 206 N.J. Super. 270, 502 A.2d 94, disponível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1985/206-n-j-super-270-0.html>.

<sup>19</sup> No acórdão em questão, o tribunal clarifica que *“Although we have determined that the trial court properly rejected plaintiff’s claim for general damages, we conclude that her claim for the “extraordinary expenses for specialized teaching, training and hearing equipment” that she will incur during her lifetime because of her deafness stands on a different footing.”*

<sup>20</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions...*, p. 68.

### 3.2. Jurisprudência europeia

No espaço europeu, as ações por *wrongful conception* têm no seu histórico consideráveis vitórias e assumem-se como pretensões com efetiva aceitação por parte da doutrina<sup>21</sup>. Diferem, portanto, das *wrongful birth* e *wrongful life actions*, que, como veremos, ainda se deparam com dificuldades significativas.

#### Grã-Bretanha

##### *McKay vs. Essex Area Health Authority*<sup>22</sup>

O caso em apreço surge no Reino Unido, em 1982, quando uma criança que nascera com deficiências tentou uma ação por *wrongful life* contra o médico e a instituição hospital responsáveis pelo DPN, alegando que ambos agiram com negligência quando falharam em tratar uma infecção de rubéola que a mãe contraiu durante a gestação. A ação sustenta-se no argumento de que se a mãe da criança tivesse sido alertada das consequências de tal infecção, a mesma teria recorrido à IVG.

Perante o alegado, entendendo que tal pretensão indemnizatória iria contra a ordem pública por violar a santidade da vida humana, o pedido foi declinado. Assim, o tribunal concluiu que não havendo legislação para tal, não existe qualquer mérito em terminar uma vida humana, seja ela ainda uterina ou não. Na mesma senda que a jurisprudência mencionada aquando do estudo da jurisprudência norte-americana, também esta decisão foi influenciada pela incapacidade do tribunal em admitir o cálculo de uma indemnização comparando uma vida com deficiência à não existência<sup>23</sup>.

É imperativo mencionar que, neste território, ainda se encontra vigente a lei *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, de 1976<sup>24</sup>, formulada com o propósito de

---

<sup>21</sup> Em Espanha tem-se entendido que os danos que advêm de esterilizações claudicadas são merecedoras de indemnização (na parte dos custos com o próprio processo de esterilização, mas não com os relativos ao sustento da criança). No âmbito das *wrongful pregnancy actions*, em 1980, o Supremo Tribunal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*) entendeu condenar um médico por uma esterilização falhada, *vd.* MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões sobre as Ações de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, Revista *Lex Medicinæ*, 2009, n.º 6, p. 124.

<sup>22</sup> *McKay vs. Essex Area Health Authority*, (1982) EWCA Civ J0219-3, disponível em <https://vlex.co.uk/vid/mckay-v-essex-area-793227361>.

<sup>23</sup> Ainda no âmbito das *wrongful actions*, mas relativamente a uma ação sobre *wrongful pregnancy*, ver o acórdão *Macfarlane and Another vs. Tayside Health Board (Scotland)*, disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

<sup>24</sup> O documento em questão encontra-se integralmente disponível em <https://www.health-ni.gov.uk/articles/congenital-disabilities-civil-liability-act-1976>

restringir os progenitores de pedir indemnização por *wrongful pregnancy*, excluindo concludentemente “a perda económica que resulta do custo de educar uma criança”<sup>25</sup>.

## Alemanha

### *Bundesgerichtshof*<sup>26</sup>

Em 1982, o Tribunal de Apelação de Munique negou o pedido de indemnização numa ação que cumulava *wrongful birth* e *wrongful life*, onde os pais e o filho procuravam ser compensados pela negligência apresentada pelo médico durante a gravidez, alegando que o mesmo falhou em diagnosticar à mãe uma infeção de rubéola, levando ao nascimento de uma criança com severas malformações<sup>27</sup>. Todavia, esta decisão iria acabar por ser parcialmente revertida pelo *Bundesgerichtshof*, que entendeu haver legitimidade na pretensão de *wrongful birth* invocada pelos pais<sup>28</sup>.

## França

### *Arrêt Perruche*<sup>29</sup> – *Cour de Cassation*

No seio das *wrongful life actions*, a jurisprudência emanada do caso *Perruche (bèbè prejudice)* é a que mais marcou e influenciou discussões pela doutrina e tribunais europeus<sup>30</sup>.

Nicolas Perruche era um menino que nasceu com consideráveis malformações congénitas, consequência da rubéola que a mãe contraiu durante o período de gestação. Aquando da descoberta da doença, os pais efetuaram exames no laboratório competente, de forma a detetar alguma anomalia no desenvolvimento da criança, tendo em mente que se a resposta fosse positiva iriam optar pela interrupção da gravidez. Não encontrando

---

<sup>25</sup> PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso...*, p. 10.

<sup>26</sup> Supremo Tribunal da Alemanha.

<sup>27</sup> BASIL MARKENSINIS e HANNES UNBEARATH, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002, p. 156

<sup>28</sup> Posteriormente, esta decisão foi o molde de vários litígios semelhantes, *vd.* VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrongful actions...*, p. 69.

<sup>29</sup> *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, de 17 de novembro de 2000, 99-12.701, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>

<sup>30</sup> Neste sentido, Marta Nunes Vicente clarifica que o caso *Perruche* “tem um relevo sociológico indelével, na medida em que as reações exacerbadas que gerou por parte da doutrina francesa, bem como as invocações de uma pretensa imparcialidade operadas de lado a lado, mostram a necessidade de empreender reflexões jurídicas sérias, principalmente no campo de matérias suscetíveis ou intrinsecamente aptas a gerarem “a-juridicidades”, *in* MARTA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 118.

qualquer complicação no estado de saúde do feto e criando a expectativa do nascimento de uma criança saudável, os serviços médicos conduziram o casal a não optar pelo aborto eugénico.

Pese embora o diagnóstico, Nicolas nasceu com graves carências auditivas e visuais em conjugação com sérias complicações cardíacas e neurológicas. É na cumulação destes fatores que encontramos a origem da ação intentada pela mãe por *wrongful birth*, em nome próprio, e *wrongful life*, em representação da criança.

Num primeiro momento, a ação foi julgada pelo *Cour de Grand'Instance d'Evry* (tribunal de primeira instância) e foi considerada procedente na sua totalidade, obrigando solidariamente o médico e o laboratório ao pagamento de uma indemnização aos pais e à criança. Interposto recurso para o *Cour d'Appel* (tribunal de recurso), a decisão foi parcialmente revogada, anulando a decisão em indemnizar a criança, mas mantendo o que ficou determinado em relação aos pais. Mais adiante, já sob o escrutínio da *Cour de Cassation*, a maior instância judicial do estado francês, a sentença é novamente revertida, culpabilizando o médico e o laboratório pela perda de oportunidade de interromper a gravidez, sustentando a pretensão de Nicolas em ser compensado pelos danos emergentes da sua condição de saúde.

Como será de compreender, esta decisão gerou um enorme descontentamento na comunidade médica, que viu “(...) os custos das apólices de seguro (...) multiplicadas por seis(...)”<sup>31</sup>, justificando greves que obrigatoriamente deixariam as mães sem assistência de parto. Compelido a intervir, o legislador francês cria a lei nº 2002-303, de 4 de Março de 2002<sup>32</sup>, conhecida pela Lei Anti-Perruche. Neste diploma, o legislador estipula que seria impossível alguém retirar proveito do facto de ter nascido e que, para haver compensação, teria de ficar provado onexo de causalidade direto, ou seja, o médico ou instituição hospitalar e/ou afins teriam de ser os causadores da deficiência que aflige a criança. Relativamente às *wrongful birth claims*, o documento não afasta a procedência das pretensões de carácter não patrimonial, no entanto encaminham as patrimoniais para o âmbito da solidariedade nacional<sup>33</sup>. A radicalidade desta lei (aplicação imediata da Lei Anti-Perruche a todos os processos pendentes relativos a *wrongful life* sem compensação

---

<sup>31</sup> MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O dano da vida*, in Cadernos de Direito Privado nº 2 – Especial, Dez. 2012, p. 9, nota 37.

<sup>32</sup> O texto integral desta lei encontra-se disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000227015/>

<sup>33</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions...*, p. 71. O termo solidariedade nacional é equivalente à nossa segurança social.

estipulada) levou à condenação do estado francês pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação do direito à não privação arbitrária da propriedade<sup>34</sup>, obrigando a uma revisão legislativa que motivaria a revogação do diploma pela Lei nº 2005-102, de 11 de Fevereiro de 2005. Será de notar que a nova lei não tentou modificar a aplicação do direito perante as *wrongful life actions*, mas meramente limitar a sua aplicação a nascimentos posteriores a 4 de Março de 2002.

## **Portugal**

### **Supremo Tribunal de Justiça**

A nossa jurisprudência parece ter encontrado um terreno comum no que respeita às *wrongful actions*, admitindo, em cabal concordância com a generalidade dos tribunais europeus, as ações por *wrongful birth* e rejeitando as ações por *wrongful life*.

O STJ pronunciou-se em duas ocasiões distintas sobre casos envolvendo *wrongful life*, rejeitando ambas as pretensões no Acórdão de 19 de Junho de 2001 e no Acórdão de 17 de Janeiro de 2013. Veremos sucintamente a argumentação em ambas as situações.

#### **Acórdão de 19 de Junho de 2001<sup>35</sup>**

Um ano após o virar do milénio, sobe ao STJ uma ação por *wrongful life*. Sob seu escrutínio estava um caso de uma criança que nasceu com malformações nas duas pernas e na mão direita, procurando compensação patrimonial e não patrimonial pela sua condição de saúde. Em sua representação, os pais alegavam que o médico e um gabinete de radiologia incorreram em responsabilidade civil por negligência ao falhar em detetar, durante o período de gestação, as carências físicas que o feto sofria, não lhes sendo possível recorrer à IVG. Apesar do que ficou provado relativamente ao médico<sup>36</sup>, o STJ entendeu negar a revista com base na inexistência de conformidade entre o pedido e a causa de pedir (o filho pede compensação por um dano causado na esfera jurídica dos pais), declarando ainda que estaria em causa um “direito à não existência”, o que no

---

<sup>34</sup> Ver o art. 1º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, “Ninguém pode ser privado do que é a sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”.

<sup>35</sup> Acórdão STJ 19 de Junho de 2001, processo 01A1008, relatado por António Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>

<sup>36</sup> Ficou provado em matéria de facto que o médico sabia que estava perante uma gravidez de risco e que não realizou os exames essenciais adstritos à *leges artis*.

entender do tribunal só poderia ser acionado pelo próprio filho quando atingisse a maioridade.

### **Acórdão de 17 de Janeiro de 2013<sup>37</sup>**

Mais de uma década depois, o STJ pronuncia-se novamente sobre um caso de *wrongful life*, desta vez cumulada com uma ação de *wrongful birth*. Os autores, mãe e filho, através de uma ação de responsabilidade civil contratual, pediam a condenação da sua médica obstetra, do centro de radiologia e do seu diretor clínico. Em causa estava o facto de durante toda a gravidez ter sido informado à progenitora, através da análise das ecografias, que o feto se encontrava a desenvolver na normalidade. Só aquando do nascimento, é que se pôde perceber que a criança comportava inúmeras malformações<sup>38</sup>.

Pese embora o STJ ter entendido que houve negligência e violação da *leges artis*, negou a procedência do pedido feito pelo filho por *wrongful life*, aceitando, no entanto, a pretensão da mãe por *wrongful birth*. A rejeição da pretensão do descendente encontrou justificativo na não existência de qualquer ilicitude, culpa enexo de causalidade entre a negligência provada e as deficiências da criança, bem como no facto de o filho não ser parte da relação contratual, não se admitindo a sua integração no instituto do contrato com eficácia de proteção de terceiros<sup>39</sup>.

Em jeito de conclusão, e após esta breve análise jurisprudencial, cabe-nos assumir que existe uma abertura considerável à atribuição de indemnizações por *wrongful birth*, tanto a nível nacional<sup>40</sup> como europeu. Quanto às *wrongful life claims*, sabemos que ainda existe um longo caminho pela frente, que começará a ser talhado já próximo capítulo, enquanto avançamos para o seu enquadramento no regime da responsabilidade civil em Portugal.

---

<sup>37</sup> Acórdão STJ 17 de Janeiro de 2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado por Ana Paula Boularot, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>

<sup>38</sup> A criança nasceu sem mãos ou braços e ainda com graves deformações nos pés, na língua, no nariz, nas orelhas, na mandíbula e no céu da boca.

<sup>39</sup> O acórdão contou com o voto de vencido do Juiz Conselheiro Pires de Rosa.

<sup>40</sup> Admitindo ações de *wrongful birth* em Portugal, o acórdão da Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Junho de 2012, processo 1212/08.4TBCL.G1 relatado por Rosa Tching; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2014, processo 57/11.9TVLSB.L1-7, relatado por Roque Nogueira; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Abril de 2015, processo 2101-11.0TVLB.L1-8, relatado por Catarina Manso; acórdão do STJ de 12 de Março de 2015, processo 1212/08.4TBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque, entre outros, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

#### **4. Enquadramento das *Wrongful Birth/Life Actions* no Regime da Responsabilidade Civil Português**

Após estudarmos o progresso das *wrongful actions* na jurisprudência, cabe-nos agora perceber se será possível o seu enquadramento no plano da responsabilidade civil médica<sup>41</sup> no regime português.

A responsabilidade civil poderá ser contratual ou extracontratual/delitual. Com efeito, a responsabilidade civil contratual nasce com a inexecução contratual, havendo uma infração das obrigações previamente acordadas ao abrigo da autonomia privada (art. 405.º CC). Por outro lado, a responsabilidade extracontratual emerge do inadimplemento normativo, ou seja, da violação de uma normal legal que visa proteger um princípio geral de direito.

Assim, da leitura do art. 483º do Código Civil ficamos a saber da existência de vários pressupostos que condicionam a responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente o facto voluntário do agente (conduta lesiva), a ilicitude, a culpa (imputação subjetiva), o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (imputação objetiva). Sem mais demoras, e atendendo a estes requisitos, iremos verificar se será possível estas demandas encontrarem respaldo no seio do instituto da responsabilidade civil.

---

<sup>41</sup> A responsabilidade médica poderá ser civil, penal ou disciplinar, *vd.* ANDRE DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 36.

## 4.1. O Facto Voluntário do Agente (Conduta Lesiva)

No núcleo do regime da responsabilidade civil encontramos um facto praticado por um agente. Para que tal seja merecedor de atenção por parte do instituto, o facto terá de ser voluntário, excluindo-se desde logo danos causados por força maior ou pela atuação irreversível de situações fortuitas. Ora, um ato voluntário só albergará factos objetivamente controláveis e domináveis pela vontade humana, consubstanciando-se numa ação ou omissão<sup>42</sup>.

No estudo das *wrongful actions* o que importa como facto voluntário será uma ação ou omissão de um médico que, violando a *leges artis*<sup>43</sup>, comete um erro<sup>44</sup>.

No que à responsabilidade civil contratual respeita, sabemos que no caso das *wrongful actions* existe uma omissão por parte do devedor da prestação (o médico), que, se atuasse na perfeita sabedoria da sua arte, não ocorreria. Logo, sempre que estamos perante um caso em que existe alguma informação que não foi comunicada, que foi transmitida erroneamente à mãe, ou, então, algum exame recomendado pela arte que não foi efetuado ou foi interpretado desacertadamente, sabendo-se que poderia ter detetado as malformações da criança, será considerado um comportamento dotado de mérito para desencadear uma ação por responsabilidade civil contratual.

Quanto à responsabilidade civil extracontratual, o art. 486.º CC elucida-nos que deve haver reparação dos danos quando era devido a prática, “por força da lei ou do negócio jurídico”, de um ato e tal não aconteceu. Portanto, sabendo que o dever de informação e o consentimento informado têm consagração legal<sup>45</sup>, cabe-nos assumir que a sua violação se traduz num ato voluntário, passível de responsabilização.

---

<sup>42</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, 10ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 527-529 e MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol.1, Almedina, 13.º ed., 2016, pp. 257-259.

<sup>43</sup> Será de realçar o que se encontra vertido no art.º 4º da Convenção de Oviedo, onde somos informados que “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

<sup>44</sup> Como nos informa Germano de Sousa, antigo bastonário da ordem dos médicos, as condutas geradoras de erros médicos podem ser: “a “imperícia” – como inobservância das regras técnicas, insuficiência de conhecimentos, deficiente preparação ou inexperiência; a “imprudência” – mediante assunção, por ação ou omissão, de riscos desnecessários para o doente, sem suporte técnico científico bastante e a “negligência” – inobservância, por ação ou omissão, da conduta legalmente exigível na situação concreta”, in GERMANO DE SOUSA, *Erro Médico, Curso complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Série Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, pp. 88-119.

<sup>45</sup> Arts. 19º e 20º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 e publicado em Diário da República, 2ª série – n.º. 139 – 21 de Julho de 2016 e ainda, o art. 3º, n.º 2, al. a) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

## 4.2. A Ilicitude da Conduta do Agente

A questão da ilicitude nas ações por *wrongful birth* e *wrongful life* está delimitado pela despenalização da IVG. Ainda assim, não nos parece concebível que a ilicitude que advém da atuação do médico emirja da violação do arts. 142º, nºs 1, al. c) e 2 do CP. Em outras palavras, no nosso entender, não será da sua infração que resultarão os casos de responsabilidade civil nas ações em estudo, pois o artigo em questão não foi destinado a criar deveres aos profissionais de saúde, mas tão somente justificar a IVG<sup>46</sup>. Deste modo, descartamos a violação do artigo que justifica a IVG como pressuposto apto a preencher a ilicitude da conduta do agente e iremos focar-nos nos deveres que foram violados durante o DPN.

A relação médico-paciente no âmbito do DPN baseia-se num contrato de prestação de serviços, ao abrigo do art. 1154.º CC, que prevê que “uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. O contrato em estudo trata-se de um contrato civil e de consumo onde existem características análogas à globalidade dos contratos médico-paciente, no sentido em que é sinalagmático, gerando obrigações para as duas partes; oneroso, uma vez que o contrato compreenderá sacrifícios patrimoniais a ambos os contraentes; consensual, à luz do art. 209º CC por existir liberdade de forma contratual; de execução continuada, não se tratando de um único ato, mas sim na realização de vários procedimentos ao longo da gravidez; e, ainda, é um contrato *intuitu personae*, pois gera-se uma relação de confiança pessoal entre os intervenientes, que se apresenta como aspeto imprescindível à manutenção do vínculo contratual<sup>47</sup>.

Tendo por base o contrato de prestação de serviços, haverá ilicitude contratual quando exista incumprimento das obrigações a que os contraentes se comprometeram.

---

<sup>46</sup> De acordo com o pensamento de Paulo Mota Pinto, “A interpretação teleológica (com determinação do “fim de proteção”) do art. 142.º, nº 1, al.c) do Código Penal, não nos parece decisiva porque apenas torna justificada a interrupção da gravidez, mas não impõe um dever específico ao médico; e, por sua vez, o n.º 2 prevê requisitos para aquela justificação (para a “verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção voluntária da gravidez”), mas a eventual responsabilidade civil do médico que pode estar em causa nos casos de *wrongful birth* e de *wrongful life* não resulta da violação dessa norma (que só pode ter lugar pela realização da interrupção voluntária da gravidez sem preenchimento dos requisitos em causa) mas antes de outros deveres”. *vd.*, PAULO MOTA PINTO, *Ainda a indemnização por “nascimento indevido” (wrongful birth) e “vida indevida” (wrongful life)*, in *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Síde Monteiro*, Instituto Jurídico FDUC, 2021, p. 566, nota 45.

<sup>47</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda da chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 70 e ss.

No caso do médico, a obrigação a que o mesmo se vincula é a de respeitar as *leges artis*. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES define-as como “o conjunto de regras e princípios profissionais, aceites genericamente pela ciência médica num momento histórico determinado, e que são ajustáveis à realidade individual do paciente”<sup>48/49</sup>. Como sabemos, e já mencionamos supra, o que se percebe como violado nas *wrongful birth* e *wrongful life actions* é o dever de informação e a obtenção do consentimento informado.

Destarte, nas *wrongful birth actions* o médico viola o contrato de prestação de serviços quando não informa ou informa erroneamente a mãe acerca do estado de saúde do nascituro, tendo esta falha repercussões no esclarecimento da progenitora quanto ao *status* da gestação<sup>50</sup>. Assim, contratualmente, o médico age ilicitamente ao não executar todas as suas obrigações, retirando a oportunidade de a mãe decidir entre continuar a gravidez ou recorrer à IVG.

Quanto às *wrongful life actions*, para preenchermos o pressuposto da ilicitude contratual teremos de verificar se o contrato também abrange o feto ou se visa unicamente proteger a mãe.

Primeiramente, quando estudamos o Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001, em que estava *sub judice* uma ação por *wrongful life*, estabelecemos que uma das razões pela qual a ação não procedeu foi o desacordo entre o pedido e a causa de pedir. O tribunal justificou-se argumentando que o filho invocava danos por si sofridos, no entanto fundamentava a sua pretensão numa omissão que ocorreu na esfera jurídica dos pais. Segundo este acórdão, os juízes concluíram que o nascituro não fazia parte do contrato estabelecido entre a mãe e o médico, devendo a ação ter sido proposta pelos pais<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 54.

<sup>49</sup> Ou seja, o verdadeiro significado de *leges artis* encontra-se em constante mutação como nos lembra Paula Natércia Rocha quando nos diz que “(...) a definição do conteúdo das *legis artis* que integram os deveres profissionais é uma exigência cada vez mais difícil em virtude do progresso da medicina e da tecnologia aplicada às técnicas médicas, mas, cada vez mais, é auxiliada pelas regras que têm vindo a ser fixadas pelos profissionais da medicina, 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 ética”, *vd* PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p.13.

<sup>50</sup> Como exemplos, Vera Lúcia Raposo elucida-nos dizendo que o incumprimento contratual poderá advir de uma “deficiente execução de um ato médico (imaginem-se que a ecografia não segue os protocolos existentes), ou na circunstância de o médico não avaliar corretamente a situação e assim não prescrever a realização de um exame que se revelaria necessário.”, *vd*. VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal*, in Revista do Ministério Público, Ano 33, nº 132, (Outubro – Dezembro), p.85.

<sup>51</sup> Também no Acórdão do STJ de 17 de Janeiro de 2013 foi descartada a possibilidade de utilização da figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros.

O que tem vindo a ser discutido na doutrina é se não será possível a integração do nascituro na relação contratual ao recorrermos à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros<sup>52/53</sup>. Este instituto jurídico insere-se na designada terceira via da responsabilidade civil, não se baseando no seu âmbito delitual ou contratual. O que se pretende com a utilização da figura jurídica “é reconhecer que, para além dos deveres principais, secundários e acessórios do devedor para com o credor, aquele tem ainda, em função do círculo de proteção do contrato, deveres especiais de proteção e cuidado com terceiros”<sup>54</sup>.

Dito isto, os terceiros que a figura procura proteger não podem ser alheios à relação contratual, pondo em risco os limites da contratação subjetiva. Sobre a questão do raio de aplicação desta figura, SINDE MONTEIRO afirma que “não parece existir qualquer objeção séria à eficácia em relação a terceiros, quando este é desde o início claro que o conselho ou informação se destinam em primeira linha a influenciar a decisão de pessoa diferente do parceiro contratual”<sup>55</sup>. Numa visão menos otimista, CARNEIRO DA FRADA entende que só poderá haver recurso à eficácia em relação a terceiros quando estes estejam intimamente ligados à prestação principal objeto do contrato, em especial ligação com o credor da obrigação com o conhecimento do devedor, e ainda que esses terceiros tenham os seus interesses alinhados com os do credor<sup>56</sup>. Nesta senda, recusa que o nascituro seja terceiro no contrato de prestação de serviço entre a mãe e o médico, pois como não temos método para prever a sua vontade, não podemos assumir que o mesmo irá querer não nascer<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Sinde Monteiro aponta como motivo de aplicação deste instituto jurídico a justiça material e a segurança do comércio jurídico, *vd.* JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Informações a Terceiros*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, p. 48.

<sup>53</sup> Para João Pires de Rosa, Juiz Conselheiro com voto de vencido no Acórdão do STJ de 17 de Janeiro de 2013, não existe sequer necessidade de recurso ao instituto do contrato com eficácia de proteção de terceiros. Nas suas palavras, “Não pode assim, nem é preciso, se bem entendo, falar-se de um contrato em benefício de terceiro porque o contrato é ainda em benefício do próprio contraente e a contraparte – o médico ou a clínica – sabe bem quem é a contraente/mãe – sabe bem que é por estar grávida ou se pensar grávida que a mulher contratualiza consigo os exames destinados a permitir-lhe o exercício livre e consciente do seu direito ao planeamento familiar ou a uma maternidade consciente.”, JOÃO PIRES DE ROSA, “NÃO EXISTÊNCIA – UM DIREITO!”, Revista JULGAR, nº. 21, Coimbra Editora, 2013, p. 51.

<sup>54</sup> *vd.* PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p.10.

<sup>55</sup> JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1989, p. 523.

<sup>56</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 91-92.

<sup>57</sup> CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, vol. 1., 2008.

Já PAULO MOTA PINTO, em plena concordância com a aplicação do contrato com eficácia de proteção de terceiros, informa-nos que “os requisitos deste contrato consistentes na relação de sustento do credor (os pais) com a criança e na sua proximidade reconhecível ao credor, bem como a sua necessidade de proteção, estão evidentemente verificados”<sup>58</sup>. MENEZES LEITÃO apresenta-se similarmente como um verdadeiro apoiante da utilização do contrato em benefício de terceiros, lembrando-nos que “a essência da Responsabilidade Civil é que qualquer pessoa tem no mínimo um dever de cuidado em relação a outrem e se esse dever é violado há dever de indemnizar. Ora, havendo essa indemnização não há razão para não atribuímos ao principal lesado – a criança! (...) ela é a principal atingida pela negligência médica e então a responsabilidade do médico para com a mãe deve estender-se a ela”<sup>59</sup>.

Ainda sobre a aplicação desta figura jurídica, no acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 2013, a Ex.<sup>ma</sup> Conselheira ANA PAULA BOULAROT situou a criança fora do abrigo do contrato entre o médico e a mãe, não aceitando sequer que o mesmo fosse abrangido pela figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros por considerar que à data não tinha personalidade jurídica e, portanto, inexistia enquanto “ser humano”. Para nós, este juízo afigura-se como incompreensível pois, independentemente do facto do nascituro não ter personalidade jurídica, o médico sabe que durante o DPN as suas ações irão influenciar tanto o estado de saúde da progenitora como o do feto.

Assim, sendo certo que concordamos com CARNEIRO DA FRADA, sob pena de violação do princípio da relatividade dos contratos (art. 406, n.º 2 CC), quanto ao limite de aplicabilidade do instituto jurídico na generalidade dos casos, discordamos em parte da sua tese relativamente à vontade do nascituro. Por um lado, parece-nos adequado considerar que a criança não terá uma vontade, nem presumida, de não existir. Porém, também nos aparenta como legítimo considerar que a criança pretenderá que a mãe tenha acesso a toda a informação necessária durante a gestação e que o médico e outros interveniente no contrato cumpram as suas funções segundo o mais alto rigor das artes medicinais. Se percecionarmos a questão pelo prisma da violação do direito de informação, e de que as boas práticas médicas devem produzir bons resultados tanto para a mãe como para o feto, a utilização da figura do contrato com eficácia de proteção de

---

<sup>58</sup> PAULO MOTA PINTO, *Ainda a indemnização...*, p. 568 e também neste sentido, PAULA NATÈRCIA ROCHA, *op. cit.* p. 13 e MARTA NUNES VICENTE, *op. cit.*, p. 129/132.

<sup>59</sup> LUÍS MANUEL TELES MENEZES LEITÃO, *O dano da vida...*, p.11.

terceiros parece-nos preencher o requisito da ilicitude contratual<sup>60</sup> nas *wrongful life actions*.

Esclarecida a parte da ilicitude contratual, o estudo segue em busca de identificar, caso não seja possível o recurso a essa via, as normas legais<sup>61</sup> que foram violadas durante o DPN, de modo a preenchermos o requisito da ilicitude extracontratual.

Primeiramente, quando estão em causa ações que visam ressarcir os pais pelo “nascimento indevido” de uma criança com malformações congénitas, é reconhecido doutrinariamente<sup>62</sup> que a ilicitude extracontratual se consubstancia na violação de direitos subjetivos, como o direito à autodeterminação pessoal, constitucionalmente consagrado no art. 26.º CRP, e o direito à liberdade reprodutiva, aspeto integrante, se não no direito à liberdade, no direito geral de personalidade, art. 70.º CC.

A ilicitude extracontratual da conduta médica também poderá advir da violação de um dever profissional, nomeadamente da violação das *leges artis* adjacente à profissão, por negligenciar o direito à informação e ao consentimento informado, consagrados no Código Deontológico da Ordem dos Médicos nos seus arts. 19.º e 20.º. Por conseguinte, podemos concluir que nas *wrongful birth actions* o direito de autodeterminação pessoal da mãe foi violado, por comprometimento da informação necessária à tomada de uma decisão esclarecida, justificando, assim, o direito à indemnização por esta via<sup>63</sup>.

Para encontrarmos consenso quanto à ilicitude extracontratual nas ações por *wrongful life*, cabe-nos procurar pelos direitos subjetivos que a criança alega terem sido violados aquando da sua ocupação uterina. Desta forma, teremos de encontrar um direito que seja exclusivo do nascituro e não um direito dos pais, sob o risco de não haver conformidade entre o pedido e a causa de pedir como no acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001. VERA LÚCIA RAPOSO<sup>64</sup> destaca a possível violação de dois direitos como

---

<sup>60</sup> Pergunta-se na doutrina se devemos aplicar à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros as regras da responsabilidade contratual ou as da responsabilidade extracontratual. Na opinião de Menezes Leitão, o regime a utilizar quanto às figuras que preenchem a terceira via da responsabilidade civil, deverá ser híbrido, no sentido em que o lesado poderá valer-se das regras de ambas as modalidades que considere mais apropriadas ao caso em concreto, *vd* LUÍS MANUEL TELES MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, p. 353. Com uma visão distinta, Carlos Mota Pinto entende que só se deverá utilizar as regras de responsabilidade contratual por se tratar de uma extensão contratual para terceiros, *vd* CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, 2003, p. 419.

<sup>61</sup> Para haver preenchimento da ilicitude extracontratual há que ter em conta que o dano terá de resultar da violação de uma norma legal, demonstrando a sua existência e não apenas a sua lesão e que o interesse violado faça parte dos fins da norma violada, ou seja, que o interesse seja tutelado diretamente pela norma, afastando-se assim os interesses que são unicamente protegidos colateralmente. *vd. Responsabilidade Civil*, Quid Juris – Sociedade Editora, 3ª ed., 2013, pp. 113-114.

<sup>62</sup> PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 13 e PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso...*, p. 16.

<sup>63</sup> De acordo com o nosso pensamento, *vd.* MARTA NUNES VICENTE, *op. cit.* p. 122.

<sup>64</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions...*, p. 73.

hipóteses a preencher a ilicitude extracontratual: o direito a nascer saudável e o direito a não nascer.

Ora, quanto ao direito a nascer saudável, só poderemos dar valor à sua violação em casos onde as malformações advêm diretamente da atuação do médico, não sendo possível integrar este direito nas *wrongful life actions*<sup>65</sup>. O que é discutido nestas ações é se o médico deveria ter proposto outros exames de modo a determinar se as malformações existem, ou, no caso de os exames terem sido efetuados, se houve uma interpretação claudicada dos mesmos.

Considerando, desta vez, o direito a não nascer ou o direito à não existência, a nossa jurisprudência tem entendido que tal não poderá ser invocado como fundamento das pretensões de *wrongful life*.

Assim, cabe-nos recordar que no acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, quanto ao direito subjetivo que foi violado, entendeu que “tem que se concluir que aquilo que está em causa é o direito à não existência”, acrescentando que esse direito “não encontra consagração na nossa lei”<sup>66</sup>. Por sua vez, CARNEIRO DA FRADA também assume dificuldades na formulação de uma hipótese quanto ao direito subjetivo violado quando diz que “a responsabilidade civil é normalmente invocada como forma de proteção da vida e da sua qualidade contra lesões físicas. Poderá também ser chamada a intervir para tutelar um (suposto) interesse na morte?”<sup>67</sup>. Com efeito, o direito à não existência não parece preencher o pressuposto da ilicitude extracontratual por dois motivos: em primeiro lugar, a criança em momento algum peticiona o fim da sua vida ou reclama um direito a não nascer e em segundo lugar, o paradoxo inerente a este direito pois para o mesmo ser reclamado será necessário que a criança já exista<sup>68</sup>.

Findando, será complicado encontrar na esfera jurídica do nascituro um direito subjetivo que terá sido efetivamente violado, seja pelo não reconhecimento da personalidade jurídica do feto, seja pela enorme dificuldade em ter acesso aos demonstrativos da vontade do mesmo. No entanto, aquando do estudo da ilicitude

---

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Esta é a mesma dedução que existe desde os primórdios das *wrongful life actions*, como se pôde verificar durante o estudo da jurisprudência e direito comparado no capítulo anterior.

<sup>67</sup> CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como um dano?...*

<sup>68</sup> Porém, João Pires de Rosa entende que existe um direito à não existência desde que admitimos a impunibilidade da IVG no nosso ordenamento jurídico, aceitando que o prosseguimento da gravidez dependa da vontade da mãe, respeitando os pressupostos do art. 142, n.º. 1, al. c) CP, *vd.* JOÃO PIRES DE ROSA, *op. cit.* p. 50.

extracontratual referente às *wrongful birth actions*, reconhecemos a violação das *leges artis*, mais precisamente o desrespeito pelo direito de informação e do consentimento informado como normas capazes de preencher o pressuposto da ilicitude extracontratual. A nossa opinião não difere nos casos de *wrongful life* no sentido em que cremos que tais normas não servem apenas a mãe como também o nascituro<sup>69</sup>, devendo ser consideradas como aptas à legitimação das pretensões da criança no momento da propositura da ação, tanto como pessoa própria como quando é representada pelos pais<sup>70</sup>.

### 4.3. Culpa (Imputação Subjetiva)

O nexó de imputação subjetiva serve como conexão entre o facto praticado e o agente. Para que tal seja alcançado, é essencial “que o autor da conduta tenha procedido de forma objetivamente inadmissível. É ainda indispensável que a atitude revelada pela conduta lesiva seja reprovável. E isso supõe e exige a formulação de um juízo de apreciação pelo qual se possa sustentar que tal pessoa ‘podia e devia ter agido de outro modo’”<sup>71</sup>.

De modo a conseguirmos atribuir a culpa ao agente, teremos em primeiro lugar que medir o seu nível de imputabilidade. Segundo o art.º 488.º n.º 1, não responderá por facto danoso quem “no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer (...)”. Ora, de acordo com ANTUNES VARELA<sup>72</sup>, “diz-se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos atos que pratica e para se determinar a harmonia com o juízo que faça acerca deles. Exige-se assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva).”

O que retiramos destas palavras é que não bastará que ao agente lhe seja imputável o facto ilícito, sendo também essencial que este o tenha praticado com culpa, ou seja, terá indispensavelmente de haver uma ligação entre a vontade do agente e a prática do ato.

---

<sup>69</sup> Partilhando o nosso pensamento, *vd.* PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 13 e PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso...*, p. 16.

<sup>70</sup> Diferindo assim da posição de Carneiro da Frada quando afirma que “mesmo que fosse de afirmar um direito da criança à não existência, esse direito não poderia ser exercido pelos pais em sua representação. Apenas a criança poderia eventualmente fazê-lo, após atingir a maioridade”, *vd.* CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como um dano?...*

<sup>71</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 161.

<sup>72</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral – Volume I...*, pp. 563-569.

Torna-se, portanto, impreterível em sede de responsabilidade civil a verificação do elemento culposo, como a própria lei nos lembra no art. 483 n.º 2 quando diz que só existirá “obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados pela lei”.

Depois de verificada a imputabilidade do agente, terá de se fazer a aferição da culpa, segundo o art. 487.º n.º 2. De acordo com a lei mencionada, o critério a utilizar será o do *bonus pater familias*, o homem médio<sup>73</sup>. Já no que concerne a responsabilidade médica, o juízo a utilizar será a de um bom profissional médico, medianamente competente, prudente e zeloso, nas circunstâncias de cada evento<sup>74/75</sup>.

No que toca à censurabilidade da conduta lesiva, existem casos de dolo e de negligência ou de mera culpa. Embora ambas se apresentem como condutas censuráveis, o dolo é-o mais no domínio abstrato; no entanto, no que à responsabilidade civil importa, é indiferente esta graduação uma vez que a indemnização será a mesma<sup>76</sup>, excetuando o que nos diz o art. 494.º CC. Especificamente nas *wrongful birth/life actions*, a censurabilidade da conduta cairá, na esmagadora maioria dos casos, no plano da mera culpa ou negligência, isto porque, na crítica dos diversos casos que passaram por este estudo, a atuação danosa provém da não recomendação de exames ou tratamentos, ou então da falha em interpretar tais exames, violando, assim, o direito à informação e ao consentimento informado.

Cumpre-nos também discutir sobre a presunção de culpa, que variará consoante falemos de responsabilidade civil contratual ou de responsabilidade civil extracontratual. Na responsabilidade contratual caberá ao devedor da obrigação provar que o incumprimento do contrato ou o seu cumprimento defeituoso advém de fator que não envolve a sua culpa, art. 799.º, n.º1 CC. Relativamente à responsabilidade extracontratual, terá de ser o lesado a demonstrar que o autor da lesão tem, efetivamente, culpa (art. 487.º, n.º 1 CC). Assim, esta espécie de responsabilidade rege-se pelo princípio de que “aquele

---

<sup>73</sup> Afastando-se do conceito de homem médio, temos a Lei 67/2007, 31 de Dezembro, responsável pelo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas, que no seu art. 10.º nos diz que “A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligencia e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”.

<sup>74</sup> PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.* p. 14.

<sup>75</sup> Relativamente ao critério de aferição de culpa dos médicos, o acórdão do STA de 9 de Outubro de 2014, processo n.º 0279/14, relatado por Costa Reis, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta>, entendeu que “age com culpa, violando o dever objetivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do standard técnico/científico da atuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias em concreto”.

<sup>76</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 173.

que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado” (art. 342.º, n.º1 CC).

Para além de todos estes aspetos, é igualmente crucial perceber se a cura ou, neste caso, a transmissão da informação sem erros, está abrangida pelo programa contratual entre a mãe e o médico. Relativamente a esta questão, a jurisprudência tem-se apoiado na dicotomia obrigação de meios *versus* obrigação de resultado. Tais definições servem para expor o que o credor poderá expectar aquando da subscrição do contrato de prestação de serviços e, como tal, irá ter repercussões num eventual pedido de responsabilidade civil. Quanto à obrigação de meios, ANTUNES VARELA<sup>77</sup> define-a como “aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro”, acrescentando relativamente à obrigação de resultado que “o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou de seu sucedâneo, havendo, assim, perfeita coincidência entre a realização da prestação devida e a plena satisfação do interesse do credor”.

Portanto, opostamente à obrigação de resultado, o que será expectável do devedor no caso de uma obrigação de meios é a prossecução de determinada atividade segundo os padrões normalizados da arte, empregando todos os seus esforços para atingir o fim desejado, sem, no entanto, garantir a produção efetiva de um resultado.

Concretamente, no que toca às obrigações a que o médico está adstrito, a jurisprudência<sup>78</sup> e a doutrina<sup>79</sup> tendem, na generalidade dos casos, a considerá-las como obrigações de meios. Esta conceção advém do argumento de que ao médico só lhe poderá ser imposto o tratamento do doente e não a concretização da cura<sup>80</sup>. Todavia, quando está

---

<sup>77</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral – Volume II*, Reimpressão da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 10 e ss.

<sup>78</sup> A título de exemplo, atentemos ao acórdão do STJ de 23 de Março de 2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1, relatado por Tomé Gomes, quando nos diz que “de um modo geral, tem-se entendido que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviços de ato médico não se reconduz a uma obrigação de resultado, no sentido de garantir a cura do paciente, mas a uma obrigação de meios dirigida ao tratamento adequado da patologia em causa mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médica (*leges artis*).” E ainda no acórdão do STJ de 22 de Março de 2018, processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relatado por Maria da Graça Trigo: “No âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, em geral, não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios ajustados a conseguir tal resultado, considerando que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, e não de resultado”. Ambos os acórdãos se encontram disponíveis em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

<sup>79</sup> Segundo João Álvaro Dias, “a cura (sempre que se verifique) é decerto concebível como resultado, mas, uma vez que não depende necessária e exclusivamente da atuação do médico, não pode ser erigida em objeto de contrato.”, *vd.* JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 1996, p. 251.

<sup>80</sup> No entanto, se o médico garantir a cura já se poderá falar em obrigação de resultado.

em causa a realização de um exame (análise ou radiografia), a jurisprudência<sup>81</sup> e a doutrina<sup>82</sup> tendem a julgar a atuação do médico como uma obrigação de resultado.

Independentemente deste entendimento geral, no que ao estudo das *wrongful birth/life actions* concerne, partilhamos a opinião de que o resultado não se encontra abrangido pela obrigação do médico. Ainda que se considere que após a incrível evolução tecnológica e científica da medicina a margem de erro referente à análise de exames laboratoriais seja residual<sup>83</sup>, a mesma ainda existe. Assim, não se poderá exigir um resultado pois o erro invocado (não deteção de malformações no feto) pode estar conectado com outros fatores que não a violação da *leges artis*<sup>84</sup>, ou seja, alheias à performance do médico.

Esta definição tem importância na medida em que quando falamos de uma obrigação de meios o credor tem que “demonstrar a falta das adequadas medidas e o nexo causal entre a falta e o dano”<sup>85</sup>, ao passo que nas obrigações de resultado existe “uma presunção de *faute* do devedor”<sup>86</sup>. No entanto, no que ao nosso estudo importa, ainda que consideremos estar perante uma obrigação de meios, depois do lesado provar que houve violação da *leges artis*, grande parte da jurisprudência<sup>87</sup> e da doutrina<sup>88</sup> tem entendido

---

<sup>81</sup> No acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, processo n.º 08A183, relatado por Fonseca Ramos - “Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de erro é mínima”<sup>81</sup>, e neste sentido também o acórdão do STJ de 12 de Março de 2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque, “Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais”, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

<sup>82</sup> Destacamos João Álvaro Dias quando diz que “há certos casos, que atenta a sofisticação e alta fiabilidade das técnicas utilizadas parecem fazer recair sobre o médico verdadeiras obrigações de resultado”, *vd.* JOÃO ALVARO DIAS, *op. cit.* p. 251. Quanto a esta problemática, André Dias Pereira, no que concerne o cit. acórdão de 4 de Março de 2008, considera que “algumas técnicas no âmbito da bioquímica, da radiologia e mesmo da análises clínicas podem ser de grande complexidade e de resultado imprevisível em função de certas características do doente”, mas também assume que “casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção médica deve ser sujeita ao regime das obrigações em resultado”, *vd.* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.* p.724.

<sup>83</sup> Neste sentido, João Pires de Rosa refere que “a obrigação do médico especialista (...) não é já apenas uma obrigação de meios, mas, verdadeiramente, uma obrigação de resultado, ainda que o resultado seja a afirmação de que o(s) concreto(s) exame(s) realizados(s) não permite(m) qualquer informação segura sobre a presença da doença ou da malformação.”, *vd.* JOÃO PIRES DE ROSA, *op. cit.* pp. 51-52

<sup>84</sup> Falamos de casos em que a não deteção das malformações no feto se deveu a circunstâncias alheias ao desempenho do médico. Por exemplo, não se detetou a malformação porque o feto se encontrava numa posição que não permitia que tal fosse observado.

<sup>85</sup> HIGINA CASTELO, *De que falamos, quando falamos de contratos de serviços? – Ainda os conceitos de meios e de resultado*, Revista da Ordem dos Advogados, 2019, p. 645.

<sup>86</sup> *Ibidem.*

<sup>87</sup> Como exemplar, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2011, processo n.º5485/09.7TVLSB.L1-2, relatado por Pedro Martins – “Provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do art. 799/1 do CC”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>88</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 612.

que a culpa se presume, nos termos do art. 799.º CC, recaindo sobre o médico o ónus da prova da falta de culpa, evidenciando que, naquelas circunstâncias, não podia nem devia ter atuado de outra forma. Existe ainda uma outra linha de pensamento<sup>89</sup> no sentido em que deverá ser o credor a provar que, para além de ter havido incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, tal se ficou a dever a uma atuação reprovável do devedor.

Concluindo, ainda que a obrigação a que o médico está adstrito seja de meios, se a progenitora conseguir provar que houve violação das *leges artis*, a culpa deve-se presumir, nos termos do art. 799.º CC, permanecendo na esfera jurídica do médico o dever de fazer prova dos fatores que excluem a sua responsabilidade.

#### 4.4. O Dano

O dano apresenta-se como o elemento etiológico da responsabilidade civil, sem o qual não poderíamos falar dos deveres de ressarcir, indemnizar ou restituir. Por conseguinte, estes deveres só poderão surgir quando “o facto ilícito culposo tenha causado um prejuízo a alguém”<sup>90</sup>.

Antes de mais, o dano não se patenteia por ser um pressuposto uno, desdobrando-se em diversas espécies. Primeiramente, cabe-nos produzir a distinção entre dano real e dano patrimonial: o primeiro espelha a lesão que foi efetivamente sofrida pelo lesado<sup>91</sup>, ao passo que o segundo representa o conjunto de repercussões que o dano real tem no seu património. Também poderemos fazer a distinção entre dano patrimonial e dano pessoal ou não patrimonial (em concordância com o art. 496.º CC). Ora, os danos patrimoniais serão aqueles que provocam uma diminuição de utilidade no bem jurídico violado, sendo possível a sua compensação em dinheiro ou equivalentes. Já os não patrimoniais, morais ou pessoais serão aqueles que envolvem uma lesão que não poderá ser compensada nem por dinheiro nem equivalentes<sup>92</sup>. Dentro do dano patrimonial existe ainda a distinção entre

---

<sup>89</sup> Um dos representantes desta linha de pensamento, *vd* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 137.

<sup>90</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral – Volume I...*, p. 597.

<sup>91</sup> Como exemplos podemos ter a destruição de um bem, o sofrimento causado por ferimento, a afetação da reputação e do bom nome, a utilização indevida de certa marca ou propriedade intelectual, entre outros.

<sup>92</sup> “(...) *todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetraplégico como consecuencia de um accidente*”, FERNANDO GÓMEZ POMAR, *Daño Moral*, InDret, disponível em <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/120073/162033>.

danos emergentes (“o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”<sup>93</sup>) e os lucros cessantes (“os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão”<sup>94</sup>). Relativamente aos danos não patrimoniais, os mesmos também se podem fragmentar em dois tipos, nomeadamente o dano físico, que resultará de uma lesão à integridade física, e o dano psíquico, que se reproduzirá numa lesão sobre a integridade moral ou psicológica. Em último lugar, existe também dissemelhança entre dano direto e indireto, sendo o primeiro o efeito imediato da conduta lesante na esfera jurídica do lesado e o segundo uma consequência eventual ou remota da mesma conduta<sup>95</sup>.

No contexto das *wrongful actions*, principalmente nas ações de “vida indevida”, sabemos que existe bastante controvérsia em redor do dano, levantando-se três grandes entraves ao preenchimento do pressuposto: o problema da “não identidade” ou da autocontradição “pragmática” ou “performativa”, que se prende com o facto de que o próprio sujeito que alega o dano não existiria se retirássemos da ordem de eventos a atuação do médico; o problema do *counterfactual test*, que consiste na impossibilidade de apuramento da diferença negativa em que consiste o dano, pois, independentemente da atuação do médico, a criança comportaria sempre as malformações congénitas; e ainda o obstáculo de considerarmos a própria vida como um dano<sup>96/97</sup>.

Portanto, relativamente ao paradoxo da “não identidade” ou autocontradição “pragmática” ou “performativa”, o cerne da questão encontra-se na suposta destruição dos pressupostos da responsabilidade civil, por se considerar que o interesse no não nascimento da criança põe retroativamente em causa a base da pretensão indemnizatória. É do nosso entendimento que tal argumento não se apresenta sustentável no nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>93</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral – Volume I...*, p. 599.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Para melhor entendimento do pressuposto, JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral – Volume I...*, pp. 597-628 e JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 42-55. Existem também os danos puramente económicos. No entanto, por não serem trazidos à colação nos casos de *wrongful birth/life*, não foram abordados.

<sup>96</sup> CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como um dano?...*; PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>97</sup> Relativamente a este problema, no acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 pode-se ler que “o direito à vida, integrado no direito geral de personalidade exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida”.

Atentemos neste sentido ao Tribunal Constitucional que se pronunciou sobre a questão no acórdão n.º 55/2016<sup>98</sup>. Ora, neste acórdão, o tribunal entendeu não haver violação constitucional dos arts 483.º, 798.º e 799.º, em ações que os pais, em consequência de erro médico, procuram ser ressarcidos pela não informação, ou pela não deteção ou deteção intempestiva das deficiências que o feto acarreta. Considera o tribunal que o dano resulta da “privação do conhecimento dessas circunstâncias, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar as mesmas opções”. Ora, o acórdão em mão, para além das ações de *wrongful birth*, demonstra igual relevo nas ações por *wrongful life* ao rejeitar o suposto paradoxo da “não identidade”<sup>99</sup>, observando a questão pelo prisma do “apuramento da contrafactualidade relevante, e não na violação concreta da vida humana já existente”<sup>100</sup>. Assim, nas ações de *wrongful life*, o fundamento em rejeitar a pretensão da criança por existir um suposto paradoxo em nada interessa ao caso em concreto pois a existência da criança é um dado adquirido e, como tal, não se poderá pôr em causa a sua legitimidade em interpor a ação. Deste modo, consideramos que o autor das ações de “vida indevida” não tem interesse em autolimitar o direito à vida, simplesmente interpõe a ação por considerar que é sujeito de direito e, portanto, merecedor de tutela perante o mesmo<sup>101</sup>.

O segundo argumento para se rejeitar o preenchimento do pressuposto do dano baseia-se no *counterfactual test*, ou seja, na aplicação da teoria da diferença, art. 556.º, n.º 2 CC. Os defensores deste argumento enquanto impedimento à atribuição de indemnização nas *wrongful actions*, entendem que, de acordo com a teoria da diferença, é impossível colocar o sujeito na situação que estaria caso o erro não ocorresse, pois implicaria “comparar a sua situação atual (de viver) com a situação hipotética de não viver”<sup>102</sup>.

No que concerne as *wrongful birth actions*, defendemos que, tendo em consideração que foi o erro médico que levou ao nascimento da criança, a medição deverá ser feita entre a diferença em ter uma criança saudável e uma criança com deficiência.

---

<sup>98</sup> Acórdão n.º 55/2006 do Tribunal Constitucional, processo n.º 662/15, relatado por Teles Pereira, disponível em [tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html](http://tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html).

<sup>99</sup> No acórdão n.º 55/2006, do Tribunal Constitucional, “Trata-se, nesta visão das coisas, de sublinhar, enquanto verdadeira essência deste tipo de ações, a circunstância de se expressarem – de só expressarem – como dissemos, pretensões de compensação indemnizatória por má-prática médica. A circunstância de assentarem, de alguma forma, numa construção contendo algo de paradoxal, pouco ou nada muda a essência reparatória dos danos sofridos por pessoas determinadas em resultado do desvalor da conduta de outras pessoas”.

<sup>100</sup> *vd.* PAULO MOTA PINTO “*Ainda a indemnização...*”, p. 550

<sup>101</sup> PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>102</sup> CARNEIRO DA FRADA, “*A própria vida como um dano?...*”.

Neste seguimento, será devido aos pais o ressarcimento pelos danos não patrimoniais, em compensação pelos encargos psíquicos que advêm da criação e educação de uma criança com deficiência, e ainda pelos danos patrimoniais que provêm das carências que a criança sofre, excluindo-se da indemnização as despesas ordinárias inerentes aos deveres parentais, consagrados no art. 1878.º, n.º 1 CC, por se entender que a gravidez foi desejada e, portanto, que esses encargos sempre foram expectáveis<sup>103</sup>. Dentro dos danos patrimoniais, cabe-nos também propor a possibilidade de compensação por lucros cessantes, nomeadamente quando a deficiência da criança tenha um impacto exacerbado na vida profissional dos pais<sup>104</sup>.

Quanto às ações de “vida indevida”, recusamos o argumento que compara a existência à não existência. A nosso ver, não será de adotar o fundamento de que a atuação do médico em nada influenciou as malformações congénitas e, portanto, só se poderá entender como ponto de comparação a não existência. Este entendimento parece-nos paradoxal na medida em que é indiscutível que o erro médico ocorreu, impossibilitando o acesso dos pais aos mecanismos de proteção contra o nascimento de crianças com deficiências graves. É também indiscutível que a criança existe, detém personalidade jurídica e merece tutela perante o erro cometido, apresentando-se como o sujeito que efetivamente apresenta limitações físicas e/ou psicológicas, tendo de as suportar para o resto da vida - que já existe. Assim, rejeitamos a ideia de que não é possível encontrar um padrão contrafactual de comparação<sup>105</sup>, propondo que a mesma seja feita entre a existência livre de limitações de saúde e a existência com limitações de saúde. Deste modo, pediríamos que nas pretensões de *wrongful life* fossem ressarcidos os danos não patrimoniais, atendendo ao sofrimento da criança, aferido em cada caso em concreto. E ainda, a compensação patrimonial pelas despesas originadas pela deficiência<sup>106</sup>, excluindo-se de igual modo as despesas que resultam do contexto de uma vida normal.

Por fim, quanto à qualificação da vida como um dano, a doutrina e a jurisprudência têm considerado que tal se apresenta como inadmissível, ainda que seja uma vida com

---

<sup>103</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, “*As wrong actions...*” p. 88.

<sup>104</sup> Tendo a perfeita noção que qualquer criança tem impacto na vida profissional dos progenitores, falamos apenas das limitações que excedam as repercussões normais.

<sup>105</sup> De acordo com o nosso pensamento, *vd.* PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso...*, p. 17.

<sup>106</sup> João Pires de Rosa no voto de vencido do acórdão do STJ de 19 de Janeiro de 2013 defendeu a atribuição da indemnização unicamente por danos não patrimoniais. Porém, será de realçar que tal decisão se baseia na “completa ausência de autonomia actual e futura” do autor e, portanto, a indemnização irá patrimonializar-se na esfera jurídica da mãe, devendo tal quantia ficar “constrangida em absoluto às necessidades” do filho.

deficiência, por contrariar o princípio da dignidade humana<sup>107/108</sup>. A respeito deste raciocínio, cabe-nos unicamente perguntar o que respeita mais a dignidade humana: rejeitar uma indemnização a uma criança que sofrerá para toda a vida devido a um erro médico, ou conceder-lhe a pretendida indemnização de modo a elevar o seu bem-estar?<sup>109</sup>

No nosso entendimento, no mesmo trilha que PAULO MOTA PINTO<sup>110</sup>, ao recusarmos a indemnização à criança, estamos a duplicar a ofensa, pois, para além de não terem evitado o seu nascimento (no caso de a IVG ser admitida juridicamente), o direito recusa-lhe os meios que serão necessários a mitigar a diferença entre uma vida saudável e a vida com deficiência. Não queremos com isto dizer que não existe dignidade numa vida com deficiência<sup>111</sup>, queremos tão só reafirmá-la, tornando-a mais tolerável.

Apesar de a vida ser o mais alto direito fundamental do nosso ordenamento jurídico, o que importa para a criança é a vida que ela tem em concreto, as deficiências que acarreta e o sofrimento que daí advém. Como JOÃO PIRES DE ROSA<sup>112</sup> nos ensina, “a vida que nos interessa, que interessa ao direito, é esta vida em concreto, esta vida que – sem qualidade – não pode todavia deixar de ser vivida, e não uma ideia abstrata de vida pela vida que esquece quem, podendo não ter nascido, tem todavia que suportar a vida – a sua vida. E como a vida pode ser uma sobrecarga!”. Para nós, o verdadeiro cerne da questão é este: a vida em concreto e não um respeito abstrato, seja por princípios morais ou religiosos, pela santidade da vida humana.

Deste modo, rejeitamos a ideia de que o dano se encontra na vida em si. Ao invés, consideramos que este está nas consequências do ato ilícito e culposo por parte do médico, que levou à materialização de uma vida sem condições a ser vivida na sua plenitude.

---

<sup>107</sup> Neste sentido o acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001, relatado por Pinto Monteiro.

<sup>108</sup> Relativamente a este problema, Fernando Dias Simões lembra-nos que “há que reconhecer, desde logo, que o nosso ordenamento jurídico não atribui um valor absoluto e indiscutível à vida, uma vez que a sua proteção sofre algumas relativizações em alguns casos (por exemplo, na legítima defesa e no estado de necessidade). Estas relativizações também se manifestam ao nível da própria disponibilidade do direito por parte do seu titular, por exemplo, com a não punição do suicídio. O surgimento de algumas decisões sobre o direito a morrer com dignidade demonstra, por outro lado, que por vezes os princípios de ordem pública favorecem a não vida sobre a vida.”, vd. FERNANDO DIAS SIMÕES, *As ações de wrongful life e dignidade da pessoa humana*, in Revista de Estudos Politécnicos, Vol. VIII, 2010, pp. 187-203.

<sup>109</sup> JOÃO PIRES DE ROSA, *op. cit.*, p. 53.

<sup>110</sup> PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso...*, p. 14.

<sup>111</sup> É realçar que a dignidade da vida com deficiência em nada se distingue da dignidade de uma vida saudável. No entanto, como nos lembra José Faria da Costa, existem casos em que “a qualidade de vida atinge níveis de humilhação e o sofrimento é para lá de razoável.” vd. JOSÉ DA COSTA FARIA, *O fim da vida e o direito penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 794.

<sup>112</sup> JOÃO PIRES DE ROSA, *op. cit.* p. 48.

## 4.5. O Nexo de Causalidade (Imputação Objetiva)

O próximo pressuposto a ser preenchido é o nexo de causalidade ou imputação objetiva. Deste resulta a necessidade de estabelecermos um nexo causal entre a atuação do médico e a lesão da criança. Desta forma, chamamos à atenção para o que se encontra vertido no art. 563.º CC, “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Prosseguindo, a teoria que mais tração tem na jurisprudência e na doutrina quanto à explicação do nexo de causalidade é a teoria da causalidade adequada. INOCÊNCIO GALVÃO TELES<sup>113</sup> define a teoria considerando que “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias do agente conhecidas do agente e a mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes possibilidades de o originar”.

Absorvendo esta explicação, parece-nos que a teoria da causalidade adequada se mostra apta a acolher as ações de “nascimento indevido”<sup>114</sup>. Julgamos como indiscutível a não interferência da atuação do médico com o surgimento das malformações congénitas na criança. Não obstante, tal não pode ser dito relativamente ao prejuízo causado na esfera jurídica dos pais. É sabido que os pais, nas ações de *wrongful birth*, tendem a culpar o médico por não lhe ter sido possível recorrer à IVG. Logo, parece-nos existir um nexo causal adequado entre a violação do direito à informação e ao consentimento informado e o prejuízo patrimonial e não patrimonial evidenciado na esfera jurídica dos pais, preenchendo-se assim todos os pressupostos necessários à atribuição de uma indemnização.

Relativamente às *wrongful life actions*, a teoria da causalidade adequada não parece ter relevância jurídica. Como mencionamos supra, as lesões que o feto desenvolve não resultam da conduta do médico, nem tão pouco identificamos um direito subjetivo do nascituro que tenha sido violado. Deste modo, cabe-nos perceber se só será possível o

---

<sup>113</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, 1997, p. 405.

<sup>114</sup> “Imaginemos o caso do mesmo radiologista, num comportamento ilícito (violador da *leges artis*) e censurável (negligente), não detetar um cancro e assim não informar o paciente do correto diagnóstico. Em consequência desta omissão, o cancro – de que o paciente era portador (que não foi “causado” pelo médico) – desenvolve-se e conduz à morte do paciente. Pode o Direito deixar de responsabilizar o comportamento ilícito e culposo e causador do dano morte... apesar de o médico não ter estado na origem do cancro? Todos concordamos que a omissão ilícita e negligente foi a causa adequada do dano morte, pelo que se impõe a responsabilidade do médico.”, *vd.* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p.228.

preenchimento donexo causal entre a atuação do médico e a lesão quando tal se evidencie diretamente. GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>115</sup> afirma que será possível encontrar umnexo causal entre a atuação do médico e a lesão da criança através da causalidade mediata ou indireta. Assim, segundo os parâmetros da causalidade mediata, poderemos admitir uma relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo quando intervenham outros fatores, sendo apenas essencial que tais fatores tenham origem no facto inicial.

Recorrendo, assim, à teoria da causalidade mediata, podemos concluir que o médico, apesar de não produzir o dano diretamente, através do erro cometido, não preveniu que a gravidez se materializasse num ser humano com deficiência<sup>116</sup>.

Outra hipótese que se poderá apresentar como apta a preencher onexo causal é a teoria do escopo da norma violada. MENEZES LEITÃO<sup>117</sup> informa-nos relativamente a esta teoria que “é apenas necessário averiguar se os danos que resultam do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Assim, a questão da determinação do nexode causalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos”. Assim, também poderemos encontrar umnexo causal nas ações de *wrongful life* recorrendo a esta teoria, no sentido que as normas que foram violadas têm como fim de proteção os pacientes. Deste modo, entendemos que tal também abrange o feto por ser dever do médico obstetra prevenir o nascimento de crianças com deficiência grave.

---

<sup>115</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, p. 230.

<sup>116</sup> A favor da teoria da causalidade mediata nos casos de *wrongful life*, vd. PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.* pp.18-19 e VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 85-87.

<sup>117</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, p.313.

## 5. Conclusão

Como pudemos evidenciar, a responsabilidade civil médica em sede de *wrongful actions* tem sido um assunto gerador de extrema controvérsia nas últimas quatro décadas. Como nos foi possível constatar, o percurso que foi estabelecido nos Estados Unidos da América influenciou de modo inquestionável a percepção sobre os deveres a que os profissionais de saúde estão adstritos, alastrando-se aos países europeus.

O objetivo central deste estudo residiu na construção de um molde de preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, de modo a albergarem as *wrongful birth e wrongful life actions*, centrando os nossos maiores esforços nestas últimas.

Assim, concluímos desde logo que o facto voluntário do agente se consubstanciou no erro médico. Este erro advém da violação da *leges artis* a que o médico está adstrito, materializando-se na interpretação errónea de exames cujo fundamento seria a descoberta de malformações congénitas no feto, ou na falha de comunicação da informação necessária ao esclarecimento da mãe sobre o *status* da gestação.

Quanto à ilicitude contratual, concluímos que a relação médico-paciente se traduz num contrato de prestação de serviços cuja violação poderá desencadear uma ação de responsabilidade civil contratual. Assim, no âmbito das *wrongful birth actions*, a ilicitude contratual resulta da violação das obrigações a que o médico se vincula aquando da subscrição do contrato de prestação de serviços, incumprindo o dever de informação e violando o consentimento informado da mãe. No que concerne as *wrongful life actions*, identificamos que parte da doutrina e da jurisprudência não enquadra o feto na relação contratual entre o médico e a mãe. Como solução, recorreremos à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, onde reconhecemos que existem deveres laterais de conduta a que o médico se vincula em sede de DPN cuja inobservância será geradora de uma obrigação a indemnizar.

Relativamente à ilicitude extracontratual referimos que a mesma emerge da violação de uma norma legal que visa proteger um princípio geral de direito. Nas *wrongful birth actions* concluímos que o direito à autodeterminação pessoal e à liberdade reprodutiva foram violados através do comprometimento da informação necessária à tomada de uma decisão esclarecida quanto ao prosseguimento da gravidez. Reconhecemos, ainda, que as normas presentes no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, cujo fim de proteção será a segurança e o esclarecimento dos pacientes, como

normas legais que visam proteger um direito geral. Em sede de *wrongful life action*, equacionamos a possibilidade de recorrer aos direitos de nascer saudável e a não nascer, rejeitando tanto a existência de um como de outro. Concluimos, portanto, que a ilicitude extracontratual nas ações de “vida indevida” advém da violação das normas referenciadas aquando do estudo das ações de “nascimento indevido” por considerarmos que as obrigações a que o médico se vincula albergam não só a mãe como o nascituro.

Em sede de culpa, reconhecemos que o erro médico nas *wrongful birth/life actions* provém de um ato negligente. Deste modo, concluimos também que as obrigações violadas são de meios, sendo que após o lesado provar a violação da *leges artis*, a culpa do médico deve-se presumir.

Quanto ao dano, e em âmbito de ações de *wrongful birth*, defendemos a atribuição de indemnização pelos danos patrimoniais em tudo que excede os gastos na educação de uma criança saudável e possíveis perdas (lucros cessantes) no que concerne as profissões dos pais, e, por outro lado, por danos morais, pelo sofrimento e angústia de criar um filho naquelas condições. Nas *wrongful life actions*, argumentamos que a teoria da diferença deveria ser equacionada entre uma vida com limitações de saúde e uma vida sem imitações de saúde, excluindo os gastos referentes ao prosseguimento de uma vida normal. Em relação à violação do princípio da dignidade humana por se considerar a vida como um dano, rejeitamos tal ideia por entendermos que a não atribuição de indemnização danificaria o princípio em maior escala.

Por fim, estabelecemos que onexo causal nas *wrongful birth actions* poderá ser estabelecido através da teoria da causalidade adequada, ao passo que nas *wrongful life actions* o pressuposto seria preenchido pela teoria da causalidade indireta ou através da teoria do escopo da norma violada.

Concluindo, na nossa opinião, com a redação dos arts. 142º. nºs 1, al. c) e 2 do CP, reconhecemos enquanto ordenamento jurídico que existem certas carências físicas e mentais que não deveriam ser suportadas enquanto ser humano e, como tal, no caso de a negligência médica ser o fator que leva à materialização de um indivíduo em tais condições, o mesmo merece tutela perante esse erro. Desta forma, tendo em conta que o ato lesivo é o mesmo, parece-nos contraditório a jurisprudência dar procedência às ações de *wrongful birth* e não às de *wrongful life*,

## 6. Bibliografia

CASTELO, HIGINA, *De que falamos, quando falamos de contratos de serviços? – Ainda os conceitos de meios e de resultado*, Revista da Ordem dos Advogados, 2019

DIAS, JOÃO ÁLVARO, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 1996.

FARIA, JOSÉ DA COSTA, *O fim da vida e o direito penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

FRADA, CARNEIRO DA, *A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, vol. 1., 2008.

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

FRATI, PAOLA, *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of Bioethical and legal controversies*, *Human Reproduction Update*, Vol. 23, nº 3.

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Responsabilidade Civil, Quid Juris* – Sociedade Editora, 3ª ed., 2013.

LEITÃO, MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol.1, Almedina, 13.º ed., 2016.

LEITÃO, MANUEL TELES DE MENEZES, *O dano da vida*, in *Cadernos de Direito Privado* nº 2 – Especial, Dez. 2012.

MARKENSINIS, BASIL e UNBEARATH, HANNES, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002.

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1989.

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por Informações a Terceiros*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005

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

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015.

PINTO, CARLOS MOTA, *Cessão da posição contratual*, Almedina, 2003.

PINTO, PAULO MOTA, *Ainda a indemnização por “nascimento indevido” (wrongful birth) e “vida indevida” (wrongful life)*, in *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico FDUC, 2021, coordenado por André Dias Pereira, Filipe Miguel Albuquerque Matos, Javier Barceló Domenech e Nelson Rosenvald.

PINTO, PAULO MOTA, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida Indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*, in *Lex Medecinae*, Ano 4, nº. 7, 2007.

POMAR, FERNANDO GÓMEZ, *Daño Moral*, InDret.

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*, Dezembro 2010, Ano XIX, nº21.

RAPOSO, VERA LÚCIA, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal*, in Revista do Ministério Público, Ano 33, nº 132, (Outubro – Dezembro).

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, n.º 21, Nov. 2018.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007.

ROSA, JOÃO PIRES DE, “NÃO EXISTÊNCIA – UM DIREITO!”, Revista JULGAR, n.º 21, Coimbra Editora, 2013.

FERNANDO DIAS SIMÕES, *As ações de wrongful life e dignidade da pessoa humana*, in Revista de Estudos Politécnicos, Vol. VIII, 2010

SOUSA, GERMANO DE, *Erro Médico, Curso complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Série Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade médica*, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 137.

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

VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, 10ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000.

VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das Obrigações em Geral – Volume II*, Reimpressão da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

VICENTE, MARTA NUNES, *Algumas Reflexões sobre as Ações de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, Revista *Lex Medicinæ*, 2009, nº. 6

## 7. Jurisprudência nacional

- Acórdão do STA de 9 de Outubro de 2014, processo n.º 0279/14.
- Acórdão do STJ de 12 de Março de 2015, processo 1212/08.4TBBCL.G2.S1.
- Acórdão do STJ de 17 de Janeiro de 2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1.
- Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001, processo 01A1008.
- Acórdão do STJ de 22 de Março de 2018, processo n.º. 7053/12.7TBVNG.P1.S1.
- Acórdão do STJ de 23 de Março de 2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1.
- Acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, processo n.º. 08A183.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Junho de 2012, processo 1212/08.4TBBCL.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2011, processo n.º5485/09.7TVLSB.L1-2.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2014, processo 57/11.9TVLSB.L1-7.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Abril de 2015, processo 2101-11.0TVLB.L1-8.

Todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

- Acórdão n.º. 55/2006 do Tribunal Constitucional, processo n.º 662/15, relatado por Teles Pereira, disponível em [tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html](http://tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html)

## 8. Jurisprudência estrangeira

- *Becker v. Schwartz* (1978), 46 N. Y.2d, 401, disponível em <https://casetext.com/case/becker-v-schwartz>
- *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, de 17 de novembro de 2000, 99-12.701, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>
- *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 cal.app.3d 811, disponível em <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>.
- *Gleitman v. Cosgrove* (1967), 227 A.2d 689, disponível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>
- *Macfarlane and Another vs. Tayside Health Board (Scotland)*, disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>
- *Mckay vs. Essex Area Health Authority*, (1982) EWCA Civ J0219-3, disponível em <https://vlex.co.uk/vid/mckay-v-essex-area-793227361>
- *Park v. Chessin* (1977) 60 A.D.2d 80 [400 N.Y.S.2d 110], disponível em <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1>.
- *Procanik v. Cillo* (1985), 206 N.J. Super. 270, 502 A.2d 94, disponível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1985/206-n-j-super-270-0.html>
- *Roe v. Wade* (1973), 410 U.S. 113, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>.
- *Turpin v. Sortini* (1982), 31- Cal. 3d 220, 182 Cal. Rptr. 337, 643 P.2d 954, disponível em <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>
- *Zepeda v. Zepeda* (1963), 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849, disponível em <https://casetext.com/case/zepeda-v-zepeda-1>