



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por erro médico em diagnóstico pré-natal

Considerações e coordenadas jurídico-públicas

Daniela Alexandra Silva Machado

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A responsabilidade da Administração Pública da
Saúde por erro médico em diagnóstico pré-natal**

Considerações e coordenadas jurídico-públicas

Daniela Alexandra Silva Machado

**Orientador: Professora Doutora Carla Amado
Gomes**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Agradecimentos

À Doutora Carla Amado Gomes, por quem nutro uma grande admiração enquanto pensadora do Direito, e a quem muito tenho de agradecer por toda a prontidão e ajuda ao longo do processo.

À minha mãe, a quem devo um agradecimento por tudo e mais alguma coisa, mas, sobretudo, por sempre me deixar voar. Ao meu pai, que nunca deixou que nada me faltasse e sempre me motivou a ser mais e melhor. Ao meu irmão, que sempre foi sinónimo de uma amizade e cumplicidade inexplicáveis.

À minha avó Antonieta, por ter um coração de ouro e por fazer tudo pela minha felicidade e bem-estar. A minha avó Armínia, uma verdadeira amiga, com quem sei que vou ter para sempre uma conexão especial. Ao meu avô Jaime, para quem não tenho palavras para agradecer o Avô que sempre foi.

Ao Tiago, o melhor companheiro nesta viagem que é a vida, pela paciência, pelo apoio incondicional e por ter estado comigo desde o primeiro dia.

À Elsa, pela ajuda e por ser um verdadeiro exemplo de sucesso.

À Doutora Elizabeth Fernandez, por quem nutro grande estima, e a quem só tenho de agradecer por me ter permitido caminhar a seu lado, naqueles que foram os meus primeiros passos no mundo do Direito.

À minha professora Anabela, por ser o maior exemplo que tive do que é ser Educador.

Resumo

A presente investigação - na sua essência despertada pela originalidade que o tema em apreço acarreta no cruzamento com a homóloga solução civilista - tem como ímpeto fazer uma incursão crítica pelo plano da interseção dos pressupostos da responsabilidade civil da Administração Pública da Saúde, com os casos de erro médico no processo de diagnóstico pré-natal, de gestantes acompanhadas em entidades que atuem ao serviço daquela Administração.

Não obstante continuem a existir vozes doutrinárias que teimam em despojar a temática de relevância teórico-prática, parece imperativo que se reconheça que, no contexto de um mundo em que o progresso científico é constante, o redefinir de fronteiras, no domínio da disciplina jurídica, se afigura crucial para que não se criem entraves à tutela jurídico-indemnizatória dos particulares lesados à luz de condutas clínicas ilícitas e culposas.

À semelhança daquele que tem sido o papel da jurisprudência, também este trabalho pretende desmistificar algumas das objeções que têm estado na origem da recusa da procedência de ações por *wrongful birth*, contribuindo com a exposição de coordenadas que possam auxiliar os tribunais da jurisdição administrativa, na aplicação prática dos pressupostos da responsabilidade civil, à identificação das praxis médicas faltosas em sede de acompanhamento pré-natal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil extracontratual do Estado; Administração Pública da Saúde; Diagnóstico pré-natal; *Wrongful birth actions*.

Abstract

The present research - in its essence inspired by the originality that the topic in question entails in the crossing with the similar civilist solution - has the purpose to make a critical foray into the level of the intersection of the assumptions of the civil responsibility of the Public Health Administration, in cases of medical error in the prenatal diagnosis process, of pregnant women monitored in entities that operate at the service of that Administration.

Despite the continued existence of doctrinal voices that insist on depriving the theme of theoretical-practical relevance, it seems imperative to recognize that, in the context of a world in which scientific progress is constant, the redefining of borders, in the field of legal discipline, appears to be crucial to avoid creating obstacles to the legal and compensatory protection of individuals injured in the light of illicit and culpable clinical conduct.

Similar to what has been the role of jurisprudence, this work also intends to demystify some of the objections that have been at the origin of the refusal to grant actions due to wrongful birth, contributing to the exposure of coordinates that can assist the courts of administrative jurisdiction, in practical application of the assumptions of civil liability, in the identification of faulty medical practices in prenatal care.

Keywords: State's non-contractual civil liability; Public Health Administration; Prenatal diagnosis; Wrongful birth actions.

Índice

Nota prévia	1
Lista de siglas e abreviaturas	2
Introdução	3
1. As pretensões por erro no diagnóstico pré-natal na linha de continuidade do direito à autodeterminação.....	6
2. A responsabilidade do Estado por erro médico: natureza contratual ou extracontratual?	12
3. A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por erro médico no diagnóstico pré-natal	19
3.1 Facto	21
3.2. Ilícitude.....	22
i. Da violação do dever de informar	26
3.3. Culpa.....	28
3.4. Dano	33
3.5. Nexo de causalidade	35
Conclusão	38
Bibliografia.....	40
Jurisprudência consultada.....	46

Nota prévia

A presente dissertação incidirá apenas sobre ações de efetivação da responsabilidade civil extracontratual pública propostas pelos progenitores do feto nascido com malformações, também denominadas de “wrongful birth actions”. Pelo facto de as ações interpostas pela própria criança (“wrongful life actions”) – ainda que, funcionalmente, também partam de um erro médico no diagnóstico pré-natal, e sem embargo do seu inegável interesse teórico – serem tendencialmente desatendidas pela jurisprudência, optou-se por trabalhar apenas as ações em que os demandantes são os progenitores.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

CC – Código Civil

Cfr. – Confrontar

Coord. – Coordenação

Op. cit. – Obra citada

P. – Página

Proc. – Processo

RRCEEP – Regime da Responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas

SNS – Sistema Nacional de Saúde

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. – Volume

Introdução

Até meados do século XX, em consonância com uma lógica de “paternalismo clínico”, a relação que se estabelecia entre o paciente e o médico era de tal forma estreita, que por muitos era vista como “não litigante” - assim espelhando uma postura permissiva, alheia a qualquer indagação dos contornos de competência da atuação do profissional de saúde.

Parece inevitável reconhecer que o modo como se encontra concebido o exercício da medicina, pelas concretas características que lhe são inerentes, impede que se a não pense como uma atividade particularmente suscetível de causar danos na esfera jurídica do utente e como uma atividade em que o dano iatrogénico ocorre com alguma frequência. O avanço da ciência médica e das técnicas de deteção e tratamento de patologias, porém, tem permitido dotar a prática clínica de mecanismos capazes de incrementar a previsibilidade e diminuir os riscos associados à própria natureza da prestação, e, consequentemente, dotar as relações dos utentes com o universo médico de maior proximidade, longe do arbítrio característico de outrora.

No concreto campo dos cuidados de saúde reprodutiva, a dita progressão tecnológica reveste particular valor, quando pensada como instrumento essencial na conformação da liberdade de autodeterminação e do planeamento familiar dos indivíduos (hoje elevado a direito constitucionalmente garantido¹). As técnicas de diagnóstico pré-natal, graças ao avanço científico operado no âmbito da medicina obstetrícia, permitem que o atual grau de exatidão dos procedimentos empreendidos, para detetar anomalias no período que antecede o parto, seja praticamente irrepreensível. Acontece que, apesar de tal precisão, se o uso dos dispositivos disponíveis não for acompanhado pela correspondente diligência humana, o diagnóstico pré-natal não estará isento de irregularidades – o que se afigura especialmente grave na conjuntura que supra se referiu. Isto porque, a consciência cívica de que a medicina está hoje dotada de mecanismos, com capacidade de revelar resultados minuciosos, tem como reverso um redefinir de expectativas. A tendência, nas sociedades modernas, é para uma maior consciencialização dos direitos adquiridos, tendência essa que mais não tem como corolário um crescer das demandas judiciais, no sentido de

¹ Cfr. artigo 67.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

responsabilizar aqueles que causam danos a outrem ao não cumprir com os deveres profissionais a que estão adstritos.

Ora, em países em que existe uma forte intervenção pública na área da saúde, como é o caso de Portugal, para o referido panorama de gradual litigância nesse setor, contribui, de igual forma, a ideia de que são os próprios utilizadores dos serviços quem os sustentam, pelo que se presencia uma reivindicação acrescida no plano da prestação. Em particular, nos campos em que a ciência médica está mais evoluída em termos de técnicas de diagnóstico e tratamento, como será o da saúde reprodutiva, essas pretensões parecem ser ainda mais avultadas, face ao entendimento de que o universo médico especializado deve agir em conformidade com os instrumentos tecnológicos de que se faz munir.

Nessa senda, o aparecimento de ações de responsabilidade, contra as instituições que façam parte da Administração Pública da Saúde, encontra-se potenciado no caso de erro médico no diagnóstico pré-natal das grávidas seguidas por tal Administração – erro que, embora se situe a montante do parto e apresente umnexo de causalidade *suis generis*, é fonte de danos (e, por isso, gerador de responsabilidade). Esta conjuntura de litigância beneficia, por um lado, de mudanças no pensamento ético da sociedade, mas, por outro lado, encontra dificuldades ao mover-se num sistema em que o direito não está ainda completamente alinhado com essas novas conceções, confrontando-se com problemas de articulação com os requisitos da responsabilidade civil (assim requerendo uma jurisprudência maleável, capaz de encontrar soluções justas para pretensões judiciais controversas).

Ver-se-á, como traz à colação André Gonçalo Pereira, que “em Portugal, temos um complexo sistema de responsabilidade civil (médica) (...), o que significa a manutenção de regimes bastante diferenciados a regular uma atividade materialmente semelhante, a prestação de cuidados de saúde”². Ainda que se encontrem semelhanças e o caráter eminentemente fronteiro da matéria seja inegável, as diferenças nos regimes substantivos aplicáveis impedem que a abordagem jurisprudencial, nas jurisdições cível e administrativa, seja a mesma. É com base nesta premissa, que se procurará, com a presente dissertação, expor as coordenadas pelas quais se deverá reger a análise das ações de responsabilidade civil contra a Administração Pública da Saúde, com base em erro

² PEREIRA, André Dias, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *JULGAR*, n.º 42, setembro-dezembro de 2020, Almedina, 2020, p. 129.

médico no processo de diagnóstico pré-natal que decorra em instituições ao serviço daquela administração. Procurar-se-á, com base neste desígnio, encontrar resposta às seguintes questões de investigação: Deverá ser aberto espaço ao provimento destas pretensões indemnizatórias? Estão reunidas, no terreno jurídico, as condições necessárias à sua admissibilidade?

1. As pretensões por erro no diagnóstico pré-natal na linha de continuidade do direito à autodeterminação

Como tem vindo a ficar patente, as transformações científicas que tomaram o mundo da medicina nas últimas décadas têm desempenhado um papel fulcral no progresso dos meios e saberes de que hoje a medicina obstetrícia se mune. Em especial, no plano de atuação a montante, o processo de aconselhamento genético associado à utilização de técnicas de deteção precoce de malformações e doenças congénitas dos fetos (comumente designadas de técnicas de diagnóstico pré-natal) tem permitido o conhecimento prévio de patologias e deficiências³, e bem assim o antecipar de dissabores aos progenitores aquando do parto.

A doutrina e a jurisprudência têm pacificamente reconduzido o processo de diagnóstico pré-natal ao conjunto de técnicas utilizadas para detetar anomalias fetais, durante a gestação, com recurso a exames médicos que assumem “várias finalidades, nomeadamente, a de tranquilizar ou preparar os progenitores acerca da saúde do feto; permitir, quando possível, o tratamento do feto; indicar o modo mais adequado para a realização do parto; determinar o tratamento a ser dirigido ao recém-nascido; e, nos países onde o aborto é permitido, o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita ainda o exercício do direito à interrupção voluntária da gravidez”⁴. Trata-se de métodos de controlo, reconhecidos pela comunidade médica como os idóneos para a deteção de irregularidades, aos quais a mulher grávida pode ser submetida durante o período de gestação, com o efeito de monitorizar o desenvolvimento e saúde do feto.

Atualmente, diversos são os exames que o serviço nacional de saúde coloca à disposição das gestantes (a par das consultas de obstetrícia e aconselhamento genético) no sentido de providenciar o referido acompanhamento. Entre eles, discernem-se técnicas não invasivas, como será o caso dos exames laboratoriais e das ecografias, de técnicas invasivas, dentro das quais se destacam a amniocentese, a biopsia das vilosidades

³ ROCHA, Paula Natércia, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação”, in *JULGAR Online*, novembro de 2018, p. 6. Disponível em <https://julgar.pt/author/paula-natercia-rocha/>.

⁴ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

coriônicas, a citogenética molecular e a cordocentese⁵. Não obstante estas últimas serem consideradas as únicas aptas a diagnosticar determinadas patologias, carregam consigo a evidência de que existe um risco acrescido de provocar um aborto espontâneo ou instigar ao aparecimento de infeções, pelo que a sua prescrição está sujeita a condições, bem como ao devido consentimento informado da grávida para a sua realização. Face a esta conjuntura, o recurso a técnicas invasivas de diagnóstico é de caráter subsidiário, e está subordinado ao preenchimento de um dos preceitos enumerados no ponto 2 do Despacho n.º 5411/97 do Ministério da Saúde, nomeadamente a idade da gestante ser superior a 35 anos, existir um progenitor e/ou um filho anterior portador de cromossomopatia, haver suspeita ecográfica de anomalia fetal congénita, verificar-se uma alteração dos valores dos marcadores serológicos maternos, existir um risco elevado de recorrência de doença genética não cromossómica ou um risco elevado de efeito teratogénico.

Nestes termos, não olvidando a inegável utilidade, nem tampouco os riscos associados às terapêuticas pré-natais invasivas supra mencionadas⁶, é consensual que o recurso a tais exames médicos há-de ser precedido de ponderações entre os seus riscos e benefícios, só se prosseguindo com a sua realização quando a probabilidade de diagnóstico do feto com alguma malformação for superior ao risco inerente à execução do exame⁷. Seguindo de perto Luís Baptista Manso, importa nestes casos “justificar o alcance diagnóstico do exame em questão, indicando a sua concreta finalidade, a eventualidade de ocorrência de efeitos secundários e limitações na qualidade de vida da grávida (...), [sendo igualmente fundamental] informá-la dos benefícios e riscos do respetivo ato médico”⁸ – para que, uma vez na posse de todos os elementos, possa tomar uma decisão livre e esclarecida sobre a (não) realização do exame, bem como estar ciente do leque de opções ao seu dispor no caso de um eventual resultado indesejado.

Como bem explica Vera Lúcia Raposo, no específico domínio da medicina materno-fetal, sob o médico que esteja a prestar cuidados de saúde recaem deveres de “i)

⁵ Cfr. Despacho n.º 5411/97, de 6 de agosto de 1997 do Ministério da Saúde e Parecer n.º 39/2018, de 3 de dezembro de 2018, da Mesa do Colégio da Especialidade de Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica da Ordem dos Enfermeiros.

⁶ NOIVO, Rafaela do Vale, “Dos Contornos das Wrongful Actions à sua Aplicação na Atualidade”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 8, n.º 2, (Dir. Fernando Araújo), Centro de Investigação de Direito Privado, 2022, p. 1418.

⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, “O Direito do Diagnóstico Pré-Natal”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 132N.º, 3898, Coimbra, maio de 1999, p. 7 e 8.

⁸ MANSO, Luís, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e o diagnóstico genético pré-implantação”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2011, p. 144 e 145.

prescrever a realização de todos os exames que considere pertinentes no caso concreto (...); ii) realizá-los de forma correta, tal como estipulado pelas regras técnicas aplicáveis; iii) proceder à sua adequada interpretação, de acordo com as regras cientificamente vigentes em cada momento, e sublinhando nos resultados apurados eventuais limites técnicos à respetiva fiabilidade; iv) comunicar na íntegra os resultados dos referidos exames aos pais, acompanhados dos devidos esclarecimentos, para que estes possam tomar uma decisão livre e informada quanto ao prosseguimento da gravidez”⁹. Acontece que, apesar de as *leges artis* e os deveres objetivos de cuidado assim o imporem, nem sempre o profissional de saúde atua em conformidade com os deveres a que está adstrito, incorrendo em erros de má prática clínica – o que, no âmbito da medicina obstetrícia de diagnose pré-natal, se materializa na não realização dos testes e exames genéticos que se revelariam pertinentes no caso concreto, na incorreta realização de exames (cuja consequência é a produção de resultados não fidedignos), na defeituosa interpretação dos resultados dos exames efetuados, ou na falta de comunicação, aos progenitores, do respetivo resultado dos testes a que a gestante foi submetida (seja porque não houve, de todo, uma comunicação; seja porque a informação foi deficientemente veiculada; seja porque a informação foi intempestivamente transmitida)¹⁰.

Este quadro de más práticas médicas no processo de acompanhamento pré-natal, associado que está aos fatores supra descritos (de transformação científico-tecnológica do mundo clínico e de mudança no pensamento ético da sociedade), tem potenciado a eclosão de demandas judiciais de responsabilização das instituições de saúde onde operam os profissionais autores das praxis clínicas faltosas. Ainda que não isentas de controvérsia, quer quanto ao fundamento, quer no que concerne ao cruzamento com os requisitos da responsabilidade civil, estas são ações cujo destaque e volume no terreno jurídico tem sido crescente. Tomam como pressuposto a falha no diagnóstico (ou na respetiva transmissão aos progenitores) de uma patologia fetal no período pré-parto (quando a sua deteção seria viável com recurso aos meios técnicos disponíveis), assim privando a gestante de tomar uma decisão livre e esclarecida quanto ao destino da gravidez.

⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), in *Revista do Ministério Público* 132, Ano 33, out-dez 2012, p. 72.

¹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 73. MANSO, Luís, “Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-Natal – O Caso das Ações de “Wrongful Birth”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 18, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012, p. 163.

Frequentemente denominadas pela doutrina por “ações *wrongful birth*”, estas pretensões indemnizatórias reconduzem-se a reações judiciais contra a conduta negligente do médico, que frustrou o exercício da liberdade da gestante de optar (ou não) pela interrupção da gravidez (nos respetivos termos legais)¹¹, dando azo a uma violação do direito à autodeterminação daquela, na sua vertente de direito ao planeamento familiar e direito à liberdade reprodutiva¹². Tal como assumido pelo Acórdão N.º 55/16 do Tribunal Constitucional (o qual se segue de perto, pela primordial e notável abordagem ao tema em apreço), e à semelhança daquele que tem sido o entendimento da doutrina nacional e estrangeira¹³ sobre o tema, é de remeter o conceito de *wrongful birth actions* “[a]s processos em que se deduz uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, não atempadamente detetada ou relatada aos mesmos em função de um erro médico, a serem ressarcidos (eles os pais) pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas mesmas opções”¹⁴.

Trata-se de demandas judiciais instigadas por uma violação das *leges artis* num período pós-concepcional (e pré-parto), que se traduz num erro de omissão no processo de monitorização e acompanhamento da gravidez (ou porque não foram prescritos os exames pertinentes, ou porque há uma interpretação errónea dos mesmos, ou porque os resultados dos exames efetuados não foram devidamente comunicados). A conduta ilícita e faltosa do profissional de saúde motiva os progenitores a reagir judicialmente contra este e a respetiva instituição hospitalar, no sentido de obter uma indemnização pela privação da prestação de um consentimento informado, que poderia traduzir-se na interrupção voluntária da gravidez¹⁵. Sem embargo de o dano indemnizável não proceder de um erro iatrogénico *stricto sensu* (pois a patologia de que a criança padece não foi diretamente causada pelo médico), é a conduta omissiva do profissional, o erro no diagnóstico pré-

¹¹ Refere o Ac. do TRP, de 1.07.2021 (Proc. N.º 5397/16.8T8PRT.P1), que “o interesse protegido e indemnizável, nas ações de nascimento não desejado (*wrongful birth*), é a liberdade de decisão sobre o direito de procriação, que inclui a faculdade, nas condições legais, de interromper voluntariamente a gravidez”.

¹² CARDEIRA, Marlene, “Wrongful Birth e Wrongful Life. O Regime da Responsabilidade Civil”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 8, n.º 2, (Dir. Fernando Araújo), Centro de Investigação de Direito Privado, 2022, p. 1353.

¹³ Cfr. LEIGHTMAN, Caryl Wolfson, “Robak v. United States: A Precedent-Setting Damage Formula for Wrongful Birth”, in *Chicago-Kent Law Review*, Article 4, Issue 3, Vol. 58, 1982, p. 725.

¹⁴ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹⁵ Cfr. Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

natal, que ocasiona a lesão do direito à autodeterminação da gestante. Se as malformações ou patologia congénita tivessem sido detetadas ou devidamente comunicadas aos progenitores dentro do prazo legal para a interrupção da gravidez, estariam aqueles em posição de equacionar o término da gestação¹⁶ – daí que este género de ações seja comumente apelidado de “ações por nascimento indevido”, numa lógica de nascimento potencialmente qualificado retrospectivamente como indesejado.

A propósito da expressão “wrongful birth”, embora a tradução literal se reconduza ao termo “nascimento indevido”, importa que se desmistifique o conceito, sob pena de incorrer num despejo do valor da vida humana. Paulo Mota Pinto, debruçando-se especificamente sobre a questão, apoia-se no supra citado Acórdão N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, para refutar a ideia de que o reconhecimento de uma indemnização, aos progenitores de uma criança surpreendentemente nascida com deficiências, afeta a indisponibilidade da vida humana¹⁷. Em causa não está qualquer intenção presente que se reporte à não existência da criança; antes se trata de uma construção intelectual, esgotada no domínio da abstração e do plano hipotético, atinente “ à caracterização de um facto passado que se tornou num dado imutável do presente e cuja abordagem indemnizatória se esgota na fixação de uma indemnização em dinheiro (...), sempre atribuída em função de uma efetiva situação de existência e sempre estabelecida por referência a desvalores decorrentes das peculiaridades da atividade de médicos agindo no quadro de um diagnóstico pré-natal”¹⁸ (porquanto não se justifica, nem se afigura como justo, que se prive de tutela jurídico-indemnizatória os indivíduos colocados em forte posição de carência, em virtude de um erro médico culposo com inevitáveis repercussões financeiras)¹⁹.

¹⁶ Veja-se o seguinte exemplo. “Os pais requerem uma indemnização pelos danos morais e patrimoniais resultantes do nascimento de um filho portador de deficiências graves. Alegam que se houvessem sido (...) informados da doença que o embrião/feto desenvolveu durante a gestação (trissomia 21, por exemplo) teriam optado por interromper a gravidez”. 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*, Ano XIX, n.º 21, Imprensa da Universidade de Coimbra, Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, dezembro, 2010, p. 64.

¹⁷ MOTA PINTO, Paulo, “Ainda a indemnização por “nascimento indevido” (*wrongful birth*) e “vida indevida (*wrongful life*)”, in *Responsabilidade Civil em Saúde - Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, (Coord. André Dias Pereira, Filipe Albuquerque Matos, Javier Doménech e Nelson Rosenvald), Centro de Direito Biomédico, Editora Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 555.

¹⁸ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹⁹ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

Claro está, que esta conjuntura, de eventual admissibilidade de concessão de indemnizações ao abrigo de condutas faltosas em diagnóstico pré-natal, mais não é do que um contínuo da progressiva liberalização dos regimes legais da liberdade reprodutiva, nomeadamente, os referentes à licitude da interrupção voluntária de gravidez. Com efeito, para que as pretensões por *wrongful birth* prosperem em determinado ordenamento jurídico, para além de o direito à autodeterminação reprodutiva atuar como pressuposto no plano de fundo, deve estar conjeturado como conduta lícita o aborto fetopático (aborto esse, que, no plano casuístico, se terá de afigurar como tempestivamente viável à data em que a anomalia deveria/poderia ter sido detetada em sede de diagnóstico pré-natal)²⁰.

No ordenamento português, nos termos do artigo 142.º, n.º 1, c) do Código Penal, a interrupção de gravidez fetopática é lícita nas primeiras 24 semanas de gestação, no caso de patologia grave ou malformação congénita do feto incuráveis. Destarte, e uma vez que não existe um catálogo de doenças graves ou malformações congénitas, é à Comissão de Ética de cada unidade hospitalar a quem cabe a análise casuística e respetiva qualificação das patologias como “graves”. Se determinada doença for descartada de tal denominação, a pretensão indemnizatória não poderá ter como substrato a hipótese da alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal. Todavia, a ação por *wrongful birth* é ainda viável, se pensada nos termos da alínea e) do mesmo artigo²¹, porquanto assistir-se-á a uma lesão do direito à autodeterminação reprodutiva da gestante, quando aquela não tenha sido devida e tempestivamente informada (se cientificamente possível) da doença do feto dentro das primeiras 10 semanas de gravidez (período temporal em que não é punível a interrupção da gravidez por mero desejo da mulher).

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 100 e 116.

²¹ BORGES, Daniella Aloise, “Wrongful Birth Action e o Dever de Informar”, in *Cadernos da Lex Medicinæ - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, n.º 4, Vol. I, Centro de Direito Biomédico, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p. 160.

2. A responsabilidade do Estado por erro médico: natureza contratual ou extracontratual?

Pensar a admissibilidade e eventual procedência de ações contra a Administração Pública da Saúde, por erro médico no diagnóstico pré-natal, implica que se indague a natureza da responsabilidade a vir a ser efetivada. A questão reconduz-se à determinação da abordagem legal e do regime substantivo aplicável à responsabilidade dos atos médicos (faltosos) praticados em instituições públicas de saúde (entendidas em sentido amplo), solução que passa pela submissão da matéria a um regime de responsabilidade civil contratual ou de responsabilidade civil extracontratual.

Importa recordar que da prestação de cuidados de saúde geradora de danos, no seio daquela que se define como uma relação obrigacional complexa, tanto pode resultar a aplicação da disciplina da responsabilidade extracontratual (fruto da violação de direitos de personalidade do utente – como seja, do direito à vida e do direito à integridade física e moral), como a aplicação de preceitos de responsabilidade contratual, como consequência da violação de deveres profissionais (principais e acessórios) por parte do universo médico, nomeadamente o de atuar de acordo com as *leges artis* e em tempo útil, de desenvolver a atividade com as cautelas impostas pela arte, de obter o consentimento informado e esclarecido do utente, de prestar informação e de se deter ao sigilo profissional²².

O tratamento da problemática, na jurisdição civilística, de aferição do regime jurídico aplicável à responsabilidade por atos médicos (praticados em âmbito de medicina privada), ainda que alvo de debate doutrinal, tem-se afigurado de simples resolução. A existência de um contrato de prestação de serviços médicos, celebrado entre o utente e o estabelecimento de saúde ou o médico, conduz à constituição de uma relação jurídico-contratual, da qual emergem obrigações de cumprimento de deveres de prestação principais e acessórios – pelo que, o mesmo paciente pode ver violado o vínculo contratual e ver-se lesado nos seus direitos de personalidade. No plano específico das ações por erro no diagnóstico pré-natal, assistir-se-á, em simultâneo, a um

²² MONGE, Cláudia, “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, (Coord. Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo), ICJP, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, dezembro de 2012, p. 96.

incumprimento, ou cumprimento defeituoso, do contrato de prestação de serviços médicos de acompanhamento de gravidez (contrato do qual se espera uma adequada supervisão e a transmissão de informações que permitam à gestante decidir sobre a interrupção da gravidez)²³, e, bem assim, à violação de direitos de personalidade da paciente (por falha no consentimento esclarecido imposto pelo artigo 157.º do Código Penal, e conseqüente violação do direito à autodeterminação reprodutiva e de planeamento familiar).

Com efeito, e como já assumido pelo STJ, “a responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física”²⁴. Este concurso de responsabilidades tem comumente sido resolvido, pela jurisprudência civil, pelo recurso ao princípio da consunção do regime de responsabilidade contratual²⁵ (do artigo 798.º e seguintes do Código Civil), que se sobrepõe à aplicação das normas do artigo 483.º e seguintes do mesmo Código, pelo facto de aquele se mostrar a “solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada”²⁶ (nomeadamente, no que concerne às normas em matéria de ónus da prova²⁷). Um setor dissonante da doutrina e da jurisprudência, porém, é da opinião de que deverá imperar a “doutrina do cúmulo”²⁸, segundo a qual é facultada ao lesado a seleção das normas que mais lhe forem benéficas, como serão as referentes ao regime de solidariedade passiva e de demanda de danos não patrimoniais, no caso da responsabilidade civil extracontratual, e as atinentes ao ónus da prova do lesante e ao prazo de prescrição alargado, de que goza o regime da responsabilidade contratual²⁹.

²³ NOIVO, Rafaela do Vale, “Dos Contornos...”, op. cit. p. 1426 e 1427.

²⁴ Ac. do STJ, de 7.03.2017 (Proc. N.º 6669/11.3TBVNG.S1).

²⁵ A título de exemplo, ver Ac. do STJ, de 22.09.2011 (Proc. N.º 674/2001.PL.S1).

²⁶ Ac. do STJ, de 7.03.2017 (Proc. N.º 6669/11.3TBVNG.S1).

²⁷ Ac. do STJ, de 7.10.2010 (Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1).

Esta solução acaba por ser mais favorável para o lesado, pois é o profissional de saúde quem tem de provar que atuou com a diligência devida. Como já constatou a jurisprudência, “faz mais sentido – e é justo – que sejam os técnicos que prestam os cuidados de saúde (...), a provarem que agiram com zelo, precisamente porque dominam – ou é suposto dominarem – os conhecimentos técnicos na sua área de atuação, do que fazer recair o ónus da prova da falta de zelo sobre os pacientes que, na generalidade dos casos, não têm conhecimentos técnicos na área da saúde”. Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG).

²⁸ Cfr. PEREIRA, André Dias, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 89, Tomo I, 2013, p. 278 e ss.

²⁹ PEREIRA, André Dias, “Responsabilidade civil em saúde...”, op. cit. p. 130. Ver ainda, Ac. do STJ, de 7.10.2010 (Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1).

Na jurisdição administrativa, a querela da natureza do regime de responsabilidade civil adequado, às situações de erros médicos cometidos nos serviços públicos de saúde, apresenta-se como análoga à precedente abordada em termos civilísticos. A doutrina acha-se dividida entre teses adeptas da subsunção a um regime de responsabilidade civil contratual e teses que propugnam uma perspetiva extracontratual da responsabilidade dos entes públicos.

Para uma facção minoritária da doutrina³⁰, tendo por base a destrição supra assinalada (entre violação de obrigações profissionais e violação de direitos de personalidade), a responsabilidade por atos médicos faltosos praticados em instituições públicas de saúde, não terá natureza administrativa, antes deverá ter por referência a disciplina jurídica da responsabilidade civil contratual. Argumentam os autores que os deveres de prestação de que o médico/estabelecimento de saúde está incumbido (como sejam os de atuar de acordo com as *leges artis*) não diferem, em termos de conteúdo substantivo, consoante a natureza pública ou privada da relação jurídica subjacente, assim devendo a sua transgressão prefigurar um incumprimento de um contrato celebrado entre a unidade de saúde e o utente³¹.

Alicerçando a opção pelo estatuto contratual na suposta relação de confiança que se estabelece entre as partes, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro advogam que “o quadro do contrato parece o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde”³², mesmo que essa entidade seja de natureza pública. Também para Cláudia Monge, dúvidas não restam de que, em matéria de prestação de cuidados de saúde médicos, “o regime de responsabilidade civil aplicável deverá ser o da responsabilidade obrigacional (...), quer o estabelecimento de saúde seja um estabelecimento de saúde público ou com contrato que dite também a sua integração no Serviço Nacional de Saúde”³³, porquanto não se

³⁰ A título de exemplo, ver DIAS FIGUEIREDO, Jorge e SINDE MONTEIRO, Jorge, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 47 e ss. e DIAS, João Álvaro, “Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano II, n.º 3, 1993, p. 40 e ss.

Especificamente apelando à aplicação do regime de responsabilidade civil contratual, no caso de ações por *wrongful birth*, em que a instituição demandada é pública, ver MOTA PINTO, Paulo, “Ainda a indemnização...”, op. cit. p. 566.

³¹ MONGE, Cláudia, “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares...”, op. cit. p. 100.

³² DIAS FIGUEIREDO, Jorge e SINDE MONTEIRO, Jorge, “Responsabilidade Médica...”, op. cit. p. 48 e 49.

³³ MONGE, Cláudia, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, (Coord. Carla Amado

encontra fundamento “para distinguir o tratamento a conferir à violação do dever de tratamento de acordo com as *leges artis*, ou de violação do dever de informação, ou do dever de obtenção de consentimento prévio (...), em razão de o médico ser auxiliar do cumprimento da prestação de cuidados de saúde de um estabelecimento de saúde privado ou de um estabelecimento de saúde público, pois quer o ato seja de gestão privada ou de gestão pública, o médico não é um estranho a quem apenas compita um dever genérico de respeito, pelo que a violação dos invocados deveres ou obrigações deve gerar sim a aplicação das regras de responsabilidade civil contratual”³⁴.

A jurisprudência administrativa, ainda que firme e pacífica em considerar a aplicação das normas do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 (atinentes à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas), foi já palco de decisões dissonantes com essa tendência. Num Acórdão datado de 30.11.2012, o TCAN considerou que “no domínio da prestação de serviços de saúde é mais adequado à realidade e conduz a soluções mais justas, a aplicação do regime da responsabilidade contratual do que o regime da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços (...), a justificar a mesma proteção legal”³⁵. O Tribunal acrescentou ainda que, nestes casos, não se está, em bom rigor, “perante responsabilidade emergente de atos de gestão pública, uma vez que na prestação de assistência hospitalar (...), não existem prerrogativas de autoridade ou uma regulamentação de natureza pública que permita distinguir, como ato de gestão pública, a assistência prestada por um hospital público e a assistência prestada, como ato de gestão privada, por um hospital particular”³⁶.

De facto, subsiste uma parte da doutrina e da jurisprudência, conquanto minoritárias, ávidas defensoras da teoria contratualista da responsabilidade do Estado por atos médicos. Pessoalmente, cabe reconhecer que tal orientação doutrinal não se ajuíza como ajustada à realidade jurídico-fáctica, no entanto. Entende-se a indagação da “razão de ser do tratamento desigual de duas situações que são, inequivocamente, análogas na sua intencionalidade problemática”³⁷; porém, o raciocínio inerente ao posicionamento

Gomes, Miguel Assis Raimundo e Cláudia Monge), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, dezembro de 2013, p. 45.

³⁴ MONGE, Cláudia, “Responsabilidade civil na prestação...”, op. cit. p. 47.

³⁵ Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEERG).

³⁶ Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEERG).

³⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Responsabilidade civil do médico qua atua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente

contratual parece encontrar-se viciado em vários segmentos. Em virtude do recurso de um utente a uma unidade de saúde pública, estabelece-se entre o indivíduo, essa unidade e os respetivos profissionais de saúde, uma relação jurídica multilateral³⁸ (regida por princípios e normas de Direito Público³⁹), reconduzida a uma lógica, já atestada pela jurisprudência administrativa, de que “quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de “utente”, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas”⁴⁰.

Alegar existir um substrato contratual, na relação que brota da prestação de cuidados de saúde em instituições públicas, afigura-se de difícil concretização, pois, nestes casos, não assiste ao utente qualquer liberdade de escolha do contratante⁴¹, apenas um estado de sujeição à assistência em determinado estabelecimento de saúde, cuja determinação depende de classificações geográfico-administrativas e do encargo estadual de prover a cuidados de saúde⁴². É da previsão do legislador de um direito universal de acesso à saúde, configurado como uma necessidade geral, de que procede a relação jurídica de prestação de cuidados de saúde. Como reconhecem Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, essa relação jurídica não tem origem num acordo de vontade entre as partes, “antes surge como consequência do acesso dos cidadãos a um serviço público, neste caso, ao serviço público de saúde, determinado por uma permissão normativa de origem legal ou mesmo constitucional”⁴³. Destarte, porquanto são obrigações que emergem da previsão constitucional de incumbência do Estado Social em assegurar a prestação de cuidados de saúde aos cidadãos⁴⁴, quer a violação do dever principal de prestar, como a violação dos

“aplicável” – Anotação ao Acórdão de 20 de abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 10, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 172.

³⁸ SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 185.

³⁹ CAPELA, Maria Teresa, “O utente, o médico e o hospital – O busilis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjetiva por atos médicos lesivos”, in *e-Pública - Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. II, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, junho, 2015, p. 147.

⁴⁰ Ac. do STA, de 20.04.2004 (Proc. N.º 0982/03).

⁴¹ CORREIA, Sérvulo, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados Pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 22.

⁴² RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, Coimbra, 2013, p. 38.

⁴³ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, *Direito da Saúde - Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 207.

⁴⁴ PEREIRA, André Dias, “Responsabilidade Civil: o Médico entre...”, op. cit. p. 294.

deveres acessórios a que os profissionais de saúde estão funcionalmente adstritos, devem remeter-se a um regime de responsabilidade civil extracontratual, no seio de um quadro jurídico que perspetiva aquelas obrigações como incumbências legais, e não contratuais.

A somar ao reconhecimento da origem legal da relação jurídica, a submissão dos atos médicos praticados, em estruturas da Administração Pública da Saúde, a um regime de responsabilidade civil extracontratual (nomeadamente ao aprovado pela Lei n.º 67/2007) passa também por anuir na inclusão daquela que é denominada por “função técnica do Estado”⁴⁵ (neste caso, os atos materiais de prática médica) no conceito de “exercício da função administrativa”, a que o artigo 1.º da Lei n.º 67/2007 alude. Embora referindo-se à biunívoca expressão de “atos de gestão pública” (que protagonizava a essência do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 48 051), a linha doutrinal de Diogo Freitas do Amaral é, ainda, de atual aplicabilidade e adequada ao homólogo conceito de “exercício da função administrativa”. Como constata o autor, “é certo que uma atividade técnica tem sempre a mesma natureza, independentemente da qualidade do agente que a desenvolve ou do estabelecimento em que é exercida”⁴⁶; ademais, tomar como critério os eventuais poderes de autoridade exercidos, também não passa no crivo da presente análise, pois a prestação de cuidados de saúde não é expressão do exercício de poderes de autoridade pública sobre os utentes, por parte dos profissionais de saúde; todavia, fazendo operar um critério de enquadramento institucional, como sugere o Professor, os constrangimentos impostos, pela natureza da atividade desenvolvida e pelo não exercício de poderes de autoridade, são forçosamente ultrapassados, quando confrontados com a evidência de que “a atividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde se insere num enquadramento institucional de carácter público: ela constitui exercício de uma função pública, desenvolve-se sob a égide de normas de direito público, e condiciona os médicos em função de deveres e restrições especiais de carácter público”⁴⁷.

A jurisprudência dos tribunais administrativos tem precisamente caminhado no sentido de uma aplicação (quase) uniforme do regime da responsabilidade civil extracontratual

⁴⁵ MONIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. II: Profissionais de Saúde e Pacientes – Responsabilidades, (Coord. João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa), Almedina, 2016, p. 109.

⁴⁶ FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, in AUBY, Jean-Marie, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1991, p. 127.

⁴⁷ FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Natureza da Responsabilidade Civil...”, op. cit. p. 129.

do Estado, instituído pela Lei n.º 67/2007, aos casos de responsabilidade por erro médico nos estabelecimentos de saúde da Administração Pública. Tome-se como exemplo o Acórdão do TCAN, de 13.05.2022, justamente debruçado sobre uma pretensão indemnizatória, por erro médico no diagnóstico pré-natal de uma gestante seguida no Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal assumiu, sem qualquer hesitação, que “os hospitais públicos, em sentido amplo (...), atuam no exercício de prerrogativas de poder público e/ou exercem atividades reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo, pelo que os atos médicos (sejam eles ações ou omissões) neles praticados correspondem, inequivocamente, ao exercício da função administrativa”⁴⁸. Também o tribunal superior da jurisdição administrativa (ainda que em sede de pronúncia de facto subsumível ao já revogado Decreto-Lei n.º 48 051) já se manifestou no sentido de que “a atividade da Administração pública da saúde (...) não se desenvolve sob a modalidade de atividade “contratual de facto” nem em operações subsumíveis a “contratos de adesão” com os doentes/utentes, por absoluta inverificação dos respetivos pressupostos, antes constitui e se traduz na prossecução de atribuições públicas em saúde, constitucionalmente consagradas, constituídas por atos de gestão pública”⁴⁹.

⁴⁸ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁴⁹ Ac. do STA, de 16.01.2014 (Proc. N.º 0445/13).

3. A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por erro médico no diagnóstico pré-natal

Enveredar por um caminho de escrutínio das ações administrativas com fundamento em erro médico, em sede de diagnóstico pré-natal, não se afigura como tarefa desprovida de mérito. Sem embargo de a jurisprudência (das duas jurisdições) já se ter confrontado, por diversas ocasiões, com ações por *wrongful birth*, continua a inexistir harmonia doutrinária e jurisprudencial no tratamento da matéria, quer em termos de admissibilidade da pretensão indemnizatória (por divergências relativas aos pressupostos do dano e do nexo de causalidade), quer no atinente à extensão da indemnização⁵⁰.

Determinada a natureza e o respetivo regime substantivo de responsabilidade a empregar à análise que precede à ponderação da eventual procedência de uma pretensão ressarcitória, que tenha por fundamento um erro médico no processo de diagnóstico pré-natal (de grávida acompanhada em entidade que componha a Administração Pública da Saúde), cabe agora examinar as coordenadas orientadoras dessa averiguação judicial.

O primeiro apontamento a ser feito, contende com o facto de se ter evitado, *ab initio*, aludir expressamente ao conceito de “erro médico praticado em estabelecimento público” (antes se tendo optado por fazer uso da noção de “Administração Pública da Saúde”), porquanto aquela acaba por ser uma expressão redutora face à amplitude da problemática que se ousa abraçar. Como advertem Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro, “o RRCEE [Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas] adota um sentido funcional de Administração pública, correspondendo esta à atividade materialmente administrativa, independentemente da natureza do sujeito”⁵¹. Com efeito, convém não ignorar que a Lei n.º 67/2007 explicitamente confere administratividade às “ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”⁵², assim tomando por referência um critério material.

⁵⁰ Cfr. LETONA, Víctor Torre de Silva López, “Responsabilidad por Nacimiento Evitable (Wrongful Birth) y Discapacidad”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 203, mayo/agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 101.

⁵¹ AMADO GOMES, Carla e PEDRO, Ricardo, *Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual Administrativa: Questões Essenciais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 31.

⁵² Artigo 1.º, n.º 2 e n.º 5 da Lei n.º 67/2007.

Seguindo aquela que tem sido a doutrina dos grandes administrativistas, o conceito de Administração Pública tanto pode ser entendido em sentido orgânico, como em sentido material-funcional⁵³. Ora, a opção do legislador foi subsumir o âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2007 a uma noção de Administração Pública funcional, que engloba as entidades a quem estão confiadas atividades ou tarefas substancialmente administrativas, num quadro alheio à natureza das estruturas prestadoras (que tanto podem pertencer ao domínio público como ao domínio privado, desde que encarregados de uma tarefa de satisfação de interesse público, regulada por normas administrativas ou adotada no exercício de prerrogativas de poder público⁵⁴). Especificamente, no atinente ao plano da prestação de cuidados de saúde, a própria jurisprudência já atestou este regime de abertura instituído pela Lei n.º 67/2007, confirmando que são enquadráveis, no seu âmbito subjetivo de aplicação, as ações de responsabilidade por atos médicos praticados em entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde (a ser entendidas em sentido amplo)⁵⁵; pelo que são de abranger na cobertura normativa da Lei n.º 67/2007 os danos causados pelas entidades que se enquadram no setor público administrativo, pelas pertencentes ao setor empresarial do Estado, pelos entes que constituam Parcerias Público-Privadas⁵⁶, e pelas entidades privadas que “atuem ao abrigo de convenções que as habilitem a prestar cuidados aos utentes do SNS”⁵⁷.

Como assente na violação de direitos de personalidade do utente, violação essa que resulta de uma infração, a montante, das *leges artis* e dos deveres objetivos de cuidado, impõe-se reconduzir as ações de responsabilidade por erro no diagnóstico pré-natal, a um regime de responsabilidade (funcional⁵⁸) por factos ilícitos, a observar o disposto no artigo 7.º e seguintes da Lei n.º 67/2007. Destarte, como decorre da pronúncia da generalidade dos tribunais administrativos e da doutrina, a responsabilidade civil extracontratual da

⁵³ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, 6.ª ed., Coimbra Jurídica, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, p. 13 e ss. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 2013, p. 22.

⁵⁴ Cfr. Artigo 1.º, n.º 2 e n.º 5 da Lei n.º 67/2007.

⁵⁵ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁵⁶ Cfr. ASSIS RAIMUNDO, Miguel, “Comentário ao Artigo 1.º”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, (Coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão), 2.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 264.

⁵⁷ MONIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica...”, op. cit. p. 111.

⁵⁸ Para efeitos de aplicação do regime da Lei n.º 67/2007, a responsabilidade terá sempre por referência um ato funcional, praticado no exercício das respetivas funções do trabalhador ou do titular do órgão da pessoa coletiva responsável, a propósito desse exercício e desde que no desempenho da função administrativa. Cfr. CARVALHO, Raquel, “Comentário ao Artigo 7.º, n.º 1”, in *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, (Org. Rui Medeiros, Colab. Mário Aroso de Almeida), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 174 e ss.

Administração Pública por factos ilícitos, assenta na averiguação cumulativa dos mesmos preceitos a que o modelo civilístico de responsabilidade civil extracontratual alude, nomeadamente, o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano causado pelo lesante⁵⁹.

3.1 Facto

Na medida em que o modelo de responsabilidade por facto ilícito, sobre o qual ora se debruça, contende com uma situação de responsabilidade civil subjetiva, subordinada à demonstração de um ato voluntário culposos, torna-se forçoso concluir que esta nunca poderá “ser estabelecida sem existir um comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito responsável”⁶⁰. Com efeito – e porque num quadro de responsabilidade da Administração –, o dito ato tanto se pode subsumir a um facto jurídico (um ato administrativo, nomeadamente), como a um facto material (que deflue do exercício de funções técnicas – como é o caso da atividade médica –, e no seio do qual emergem obrigações de agir de acordo com as respetivas leis da arte)⁶¹.

Nas pretensões indemnizatórias por erro no diagnóstico pré-natal, é a conduta (facto) do profissional de saúde que configura o gatilho do dano provocado aos progenitores, que se veem lesados em virtude de uma preterição dos deveres legais a que o médico está adstrito. Na sequência dessa conduta positiva ou omissiva, o clínico incorre na violação das *leges artis* e/ou dos deveres objetivos de cuidado, assim interferindo nas opções reprodutivas dos progenitores, que são vedados de prestar um consentimento informado quanto ao destino da gravidez. De facto, ao contrário do que alguns autores tentam fazer valer, não se ajuíza como legítimo associar o pressuposto do facto, nas ações por *wrongful birth*, ao nascimento com deficiência; como já ficou patente, o dano reportar-se-á sempre

⁵⁹ Cfr. Ac. do TCAS, de 17.11.2022 (Proc. N.º 1015/08.6BELRA) e Ac. do STA, de 9.06.2011 (Proc. N.º 0762/09).

⁶⁰ MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 11.ª ed., Almedina, 2014, p. 257.

⁶¹ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 1225.

à frustração do direito à autodeterminação reprodutiva, pelo que o correspondente facto lesivo será a conduta (ilícita) do médico, responsável pela ofensa daquele direito⁶².

Conforme consta dos artigos 7.º e 8.º do RRCEEP, a natureza do facto que gera responsabilidade extracontratual da Administração, tanto se pode enquadrar num contexto de comportamento positivo ou de comportamento negativo⁶³. Retomando a menção feita supra, relativamente aos erros médicos mais comuns cometidos no âmbito da medicina obstetrícia, estar-se-á perante uma conduta positiva (ação) quando haja uma incorreta realização dos exames de diagnóstico, uma defeituosa interpretação dos exames efetuados ou uma deficiente transmissão de informação aos progenitores; acresce que, o facto consubstanciará uma omissão, nos casos em que o profissional pretira na prescrição de exames que se revelariam pertinentes ou na comunicação do resultado de exames realizados.

3.2. Ilicitude

Nas palavras de Estêvão da Cunha, “a ilicitude consiste, antes de tudo, numa atuação antijurídica, isto é, contrária ao Direito”⁶⁴. Para efeitos de efetivação da responsabilidade da Administração, nos termos do artigo 9.º, n.º 1 do RRCEEP, esta antijuridicidade, cujo resultado se prende com a violação de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos, tanto pode decorrer da violação de normas ou princípios jurídicos, como da infração de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado.

Tomando por referência o texto normativo, facilmente se percebe que a intenção do legislador foi estabelecer uma associação imperativa entre duas modalidades distintas de ilicitude: a ilicitude de resultado (decorrente da ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos) e a ilicitude de conduta (que se materializa na violação de

⁶² Cfr. CARDEIRA, Marlene, “Wrongful Birth...”, op. cit. p. 1371.

⁶³ “A responsabilidade civil decorrente de atos positivos tem caráter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem; já a responsabilidade civil emergente de omissões, apesar da aparente generalidade das referências legais, depende da existência de um dever de praticar a ação omitida”. REBELO DE SOUSA, Marcelo e MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, p. 20.

⁶⁴ CUNHA, Estêvão da, *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da administração*, Coimbra Editora, 2010, p. 217. *apud* ANTUNES, Tiago, “Comentário ao n.º 1, do Artigo 9.º”, in *O Regime de Responsabilidade...*, op. cit. p. 617.

princípios e normas jurídicos, na infração de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado)⁶⁵. De facto, à luz do citado artigo, para efeitos de aplicação do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, não se afigura suficiente a existência de um resultado danoso; é impreterível que a esse resultado esteja associado o desvalor de determinado comportamento⁶⁶. Quer o comportamento antijurídico, quer as respetivas consequências lesivas, contribuem de igual forma para a constituição da Administração no dever de indemnizar, assim sendo essencial reconhecer que “a ilicitude responsabilizante é um conceito compósito, que pressupõe não só uma conduta ilegal, como a incidência dessa ilegalidade na esfera jurídica ou nos interesses legalmente protegidos de terceiros, lesando-os”⁶⁷.

Sem embargo de se ter referido que a responsabilidade extracontratual da Administração Pública obedece aos mesmos requisitos de que a congénere figura civil, importa notar que o conceito de ilicitude abraçado pelo RRCEEP é bem mais amplo do que o consagrado na lei civil⁶⁸. Aferir o preenchimento do pressuposto da ilicitude, à luz do regime de responsabilidade extracontratual aprovado pela Lei n.º 67/2007, implica que se reconheça que, não obstante o legislador tenha isolado os preceitos da ilicitude e da culpa (nos artigos 9.º e 10.º, respetivamente), proceder à sua autonomização não se afigura simples. Como vem sendo destacado pela doutrina e pela jurisprudência⁶⁹, embora se reconduzam a juízos distintos, a abordagem do RRCEEP às noções de ilicitude e de culpa dificulta o discernimento entre ambas, nomeadamente pelo facto de o artigo 9.º fazer operar um conceito de ilicitude de grande amplitude, que procede à subjetivação de um pressuposto que teoricamente é objetivo e alheio a juízos de censura⁷⁰.

Nas ações de responsabilidade médica, definir uma moldura limítrofe entre os pressupostos da ilicitude e da culpa parece traduzir-se numa operação ainda mais complexa. Porque no contexto de uma atividade iminentemente material/técnica, o exercício da medicina escapa às malhas da ilegalidade estrita, sendo de considerar estar verificado um quadro de ilicitude, não apenas quando sejam violadas normas ou

⁶⁵ MONIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica...”, op. cit. p. 127.

⁶⁶ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁶⁷ ANTUNES, Tiago, “Comentário ao n.º 1, do Artigo 9.º”, in *O Regime de Responsabilidade...*, op. cit. p. 638.

⁶⁸ Cfr. Ac. do STA, de 2.12.2009 (Proc. N.º 0763/09).

⁶⁹ Cfr., a título de exemplo, Ac. do STA, de 13.03.2012 (Proc. N.º 477/11). Ainda, Vera Lúcia, *Do Ato Médico...*, op. cit. p. 86 e ss.

⁷⁰ MONIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica...”, op. cit. p. 126 e 127.

princípios legais, mas ainda quando sejam infringidas regras de ordem técnica e de prudência comum⁷¹. Com efeito, assume particular relevância, neste panorama de atividade clínica, a violação das denominadas *leges artis*, normas não jurídicas (mas juridicamente relevantes) que funcionam como critério valorativo da conduta do médico. Exprimem regras de boa prática clínica, cuja legitimidade se acha acrescida, por encontrarem fundamento num consenso técnico e científico de renome⁷². O universo médico deve, desta forma, pautar a sua atuação de acordo com a observância destas determinações, que tanto constam de disposições escritas (no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em preceitos criados por Organizações Internacionais e Nacionais, nos pareceres das Comissões de Ética e em guias protocolares resultantes de reuniões de consenso), como de princípios não escritos, materializados em métodos e procedimentos atestados pela comunidade médico-científica, como a abordagem mais idónea para os diversos cenários clínicos⁷³.

Como esclarece Vera Lúcia Raposo, o entendimento de que o RRCEEP faz operar um conceito de ilicitude de amplitude *suis generis* funda-se no facto de “os preceitos relativos à ilicitude (...) expressamente se referirem a “regras de ordem técnica e de prudência comum”, que mais não são do que as *leges artis*, mas que de certa forma descrevem também aquele comportamento que é esperado do “médico médio””⁷⁴. Deste modo, as *leges artis* surgem neste género de demandas como um conceito híbrido, que simultaneamente concretiza parte substancial do pressuposto da ilicitude, como permite determinar o grau de culpa com que o profissional de saúde atuou, assim espelhando a violação do dever objetivo de cuidado característico do pressuposto da culpa⁷⁵. Embora não gozem de força ou vinculatividade jurídica, elas “estabelecem padrões de conduta e critérios de decisão em domínios de conhecimento especializado”⁷⁶. A sua violação pode, por conseguinte, “implicar uma obrigação de indemnizar os danos causados pela quebra da tecnicidade devida”⁷⁷, sendo que essa infração goza de autonomia enquanto

⁷¹ Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG).

⁷² Ac. do TRP, de 1.07.2021 (Proc. N.º 5397/16.8T8PRT.P1).

⁷³ Ac. do STA, de 13.03.2012 (Proc. N.º 0477/11).

⁷⁴ Vera Lúcia, *Do Ato Médico...*, op. cit. p. 90.

⁷⁵ Vera Lúcia, *Do Ato Médico...*, op. cit. p. 87.

⁷⁶ ANTUNES, Tiago, “Comentário ao n.º 1, do Artigo 9.º”, in *O Regime de Responsabilidade...*, op. cit. p. 631.

⁷⁷ ANTUNES, Tiago, “Comentário ao n.º 1, do Artigo 9.º”, in *O Regime de Responsabilidade...*, op. cit. p. 631.

fundamento de responsabilidade, quando dela resulte a ofensa de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos.

Fundamentalmente, numa lógica de atuação material desconforme ao direito⁷⁸, em que a ilicitude consubstancia o desvalor da conduta do profissional de saúde, aquilatar a antijuridicidade de determinada ação ou omissão implica que se proceda a um raciocínio de ponderação, que depende de uma concreta densificação fáctica⁷⁹. No caso específico das pretensões indemnizatórias por erro médico no processo de acompanhamento pré-natal, não se encontram grandes dificuldades em colocar em evidência a relação dos contornos fácticos de determinado evento com a inerente ilicitude da conduta do médico. O pressuposto da ilicitude estará confirmado nas circunstâncias em que aquele comportamento 1) se revele atentatório das *leges artis* médicas e, eventualmente, de deveres objetivos de cuidado⁸⁰ (o que se verifica quando o médico procede a uma deficiente realização dos exames médicos, quando não os interpreta corretamente, quando não prescreve convenientemente os exames devidos ou quando não cumpre a obrigação de manter a mulher grávida devidamente informada durante o processo) e ainda 2) nas situações em que aquela conduta espelhe a violação de parâmetros jurídicos⁸¹ (aqui se incluindo todos os casos de ações por *wrongful birth*, na medida em que, em todos eles, se contempla uma falha na obtenção do consentimento informado da gestante, a quem não são prestadas, na sua plenitude, as informações necessárias ao juízo quanto ao destino da gravidez).

Cumulativamente, porquanto o artigo 9.º ordena que a violação do direito seja acompanhada por uma lesão da esfera jurídica do particular, da ação ou omissão do clínico deve resultar uma lesão de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos da utente; pelo que, é de considerar, nas demandas com fundamento em lacunas no acompanhamento médico pré-natal, que a gestante se vê particularmente lesada no interesse legalmente protegido ao consentimento informado e no direito à autodeterminação reprodutiva. A título ilustrativo, veja-se que, no já citado Acórdão do

⁷⁸ CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 181.

⁷⁹ Cfr. Ac. do STA, de 16.01.2014 (Proc. N.º 0445/13).

⁸⁰ A violação dos deveres objetivos de cuidado reporta-se a uma atuação imprudente e descuidada, em que o médico pretere uma prática clínica que permita evitar riscos que possam ser tidos como certos ou previsíveis, com base na sua experiência. Ainda que a violação das *leges artis* seja um indício da violação do dever objetivo de cuidado, estando àquele frequentemente associado, os dois conceitos não se afiguram coincidentes. Cfr. CAPELA, Maria Teresa, “O utente...”, op. cit. p. 156.

⁸¹ MONIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica...”, op. cit. p. 128.

TCAN de 13.05.2022, o tribunal considerou não estar verificado o requisito da ilicitude, pelo facto de os Autores não terem “alegado e provado factos com poder persuasivo bastante para, num juízo corrente de probabilidade, afirmar o convencimento de que o resultado danoso verificado com o nascimento da sua filha com Síndrome de *Down*, foi antecedido de comportamentos clínicos do 1.º Réu, praticados ou omitidos com desrespeito das regras de ordem técnica e/ou do dever geral de cuidado, próprios da atividade médica”⁸².

i. Da violação do dever de informar

Ao contrário do que se possa ajuizar, não é pelo facto de o regime de responsabilidade a que Administração da Saúde está sujeita ser de natureza extracontratual que se deixam de contemplar os chamados “deveres acessórios ou laterais” (como será o dever de informação), que habitualmente brotam de um contrato de prestação de serviços médicos. Como já mencionado, as obrigações do pessoal médico, que atua ao abrigo do direito público, apenas deixam de ter fonte contratual para passar a encontrar fundamento em disposições legais. Com efeito, abordar o tema da efetivação de pretensões indemnizatórias, contra a Administração Pública da Saúde, por falha na monitorização médica no momento pré-natal, acarreta o dever de sublinhar o papel primordial que a violação do dever de informação assume, enquanto fator basilar da frustração das opções reprodutivas dos progenitores.

A obrigação de informar surge no plano das ações por *wrongful birth* como um elemento híbrido, que tanto opera a montante como a jusante. Por um lado, em sede de consulta de obstetrícia, recaem sobre o médico deveres de dar a conhecer a necessidade de realização de exames de mera vigilância e, eventualmente, de exames de carácter invasivo (quando tal se revele aconselhável face à verificação de algum dos fatores de risco já mencionados), deveres de justificar o alcance diagnóstico desses atos médicos e ainda de informar sobre os riscos, benefícios e eventuais alternativas à sua realização⁸³. Por outro lado, já a jusante da realização daqueles exames, se confirmativos de alguma anomalia fetal, segue-se uma fase de aconselhamento pré-natal, em que cabe ao profissional de

⁸² Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁸³ MANSO, Luís, “O dever...”, op. cit. p. 144.

saúde dar a conhecer à gestante o resultado dos exames efetuados, e, bem assim, informá-la “das opções existentes que, em face dos mesmos, poderão ser remetidas à sua reflexão e decisão”⁸⁴ (como sejam, medidas terapêuticas ou a interrupção voluntária da gravidez)⁸⁵.

Nas demandas fundadas em erros de diagnóstico pré-natal, o que verdadeiramente se encontra são lacunas no processo de esclarecimento ou na veiculação da informação quanto ao risco de anomalia fetal, veiculação essa que se afigurava perentória, à luz da extensão da obrigação de obter o parecer da gestante quanto ao destino da gravidez (que, para tal, precisa de ter na sua posse todas as informações que se revelem necessárias à decisão)⁸⁶. Nesta senda, e na medida em que radica do instituto do consentimento informado, o dever de informar mais não espelha do que a necessidade de dotar a prática clínica de mecanismos que garantam que aquela se move num quadro de respeito pela autonomia e liberdade do utente⁸⁷. Ora, conquanto alguma doutrina tente fazer valer a ideia de que “os deveres de informação do médico não têm como finalidade possibilitar à mãe a prática de um aborto (...), [mas] a possibilidade de levar a cabo uma adequada terapia da criança”⁸⁸, a verdade é que, como reconhece Luís Manso, “a falha do dever de informação dos riscos de anomalia fetal prefigura um [autêntico] ato antijurídico”⁸⁹ (individualizável no quadro das condutas que consubstanciam a violação das *leges artis*, e que, conseqüentemente, instigam a frustração das opções reprodutivas dos progenitores).

Com efeito, não obstante não se veja consagrado, no ordenamento jurídico, um direito ao aborto, existe sim um direito à autodeterminação reprodutiva e ao planeamento familiar, direitos que se vêem especialmente lesados, em virtude da interdição de acesso da gestante à plenitude das informações que lhe são devidas. Destarte, importa deixar claro que, sem embargo de encontrar fundamento no consentimento informado, o dever de

⁸⁴ MANSO, Luís, “O dever...”, op. cit. p. 145.

⁸⁵ MANSO, Luís, “O dever...”, op. cit. p. 145 e 146.

⁸⁶ MANSO, Luís, “Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “*wrongful birth*” e “*wrongful life*” e o instituto da responsabilidade civil”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. IV: Genética e Procriação Medicamente Assistida, (Coord. João Loureiro, André Pereira, Carla Barbosa), Almedina, 2016, p. 131.

⁸⁷ ROCHA, Paula Natércia, “Desafios...”, op. cit. p. 7.

⁸⁸ CARNEIRO FRADA, Manuel, “A Própria Vida como Dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Vol. I, Lisboa, 2008. Consultado em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/>.

⁸⁹ MANSO, Luís, “Da obrigação...”, op. cit. p. 137.

informar goza de autonomia bastante para configurar, *per si*, um facto ilícito⁹⁰ (quando violado e desde que seja fonte de lesão de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos). Esta premissa assume especial relevância no seio do exercício jurisdicional, de confrontação dos contornos fácticos da ação por erro no diagnóstico pré-natal, com as disposições do artigo 9.º do RRCEEP. Para efeitos de averiguação do pressuposto da ilicitude, a violação do dever de informar poderá, por um lado, prefigurar uma infração das regras técnicas (quando se verifique uma violação estrita daquele dever), e, por outro lado, ser entendida como um conceito amplo, que se reconduz a uma falha no processo de acompanhamento (visto como um todo), e da qual radica a frustração do direito à autodeterminação da mulher (a quem é negado o consentimento informado e privada a faculdade de decidir o destino da própria gravidez)⁹¹.

3.3. Culpa

Entendida numa perspetiva normativa⁹², a culpa corresponde “à preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta”⁹³, conduta que assim se afigura digna de um juízo de censura e reprovação, por, em face das concretas circunstâncias e contornos do caso, o agente não ter observado os conhecimentos, aptidão e cuidados que a profissão lhe impunha⁹⁴.

Em sintonia com o que se contempla em relação ao pressuposto da ilicitude, também em matéria de apreciação de culpa, o RRCEEP optou por facultar um critério próprio, que difere da homóloga solução civilística⁹⁵. Nos termos do artigo 10.º, n.º 1, “a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”⁹⁶. Com efeito, a lei opera uma quebra na figura de referência até então aplicável (a do “bom pai de família”, “que constitui o

⁹⁰ BORGES, Daniella Aloise, “Wrongful Birth...”, op. cit. p. 157.

⁹¹ Sobre a extensão do dever de informar, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 76 e NOIVO, Rafaela do Vale, “Dos Contornos...”, op. cit. p. 1415 e ss.

⁹² EDÍGIO, Mariana Melo, “Comentário ao Artigo 10.º”, in *O Regime de Responsabilidade...*, op. cit. p. 670.

⁹³ REBELO DE SOUSA, Marcelo e MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade...*, op. cit. p. 25.

⁹⁴ Ac. do STA, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

⁹⁵ CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade...*, op. cit. p. 197.

⁹⁶ Artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007.

paradigma do cidadão médio, razoavelmente cuidadoso, atento, empenhado, qualificado e hábil”⁹⁷), para passar a fazer valer um critério que coloca em evidência os atributos do agente público zeloso e cumpridor (assim tomando como figura padrão a do titular de órgão ou do funcionário medianamente diligente⁹⁸). Como assinala Rui Medeiros, no contexto do exercício de funções administrativas, o agente causador do dano não figura um mero cidadão comum que ofendeu regras de convivência social, mas uma pessoa que atuou na qualidade de funcionário da Administração⁹⁹. Destarte, “é nessa qualidade que deve ser apreciado o seu comportamento, relevando, aqui, não a diligência do homem comum, mas a diligência do titular de órgão ou agente médio, avaliada segundo padrões de competência técnica, profissionalismo e eficiência que devem ser apanágio de uma qualquer atuação administrativa”¹⁰⁰.

À bitola abstrata que rege o grau de diligência exigível, para efeitos de aplicação do RRCEEP, acresce ainda um juízo de valoração do circunstancialismo que pauta os contornos fácticos do caso concreto, que há de ter em linha de conta a diligência e aptidão que seriam exigíveis ao funcionário médio, quando confrontado com uma situação análoga. Acompanhando a doutrina de Carlos Cadilha, na medida em que a atividade da Administração se traduz, não raras as vezes, em atividades técnicas ou materiais (como sucede com a prática médica), a aferição de culpa terá, neste âmbito, de atender a “diversos fatores relacionados com o nível *standard* de atuação e de rendimento dos serviços, com as características próprias do serviço envolvido e a sua disponibilidade de meios pessoais, materiais e financeiros e ainda outras circunstâncias externas que possam ter contribuído para a ocorrência”¹⁰¹.

Naquele que é um quadro de responsabilidade da Administração, o exercício de identificar o critério de apreciação do requisito da culpa releva, não apenas para efetivação daquela responsabilidade, mas ainda para a determinação subjetiva do ente coletivo ou agente a quem essa responsabilidade será imputável (à luz de um critério de gradação de intensidade de reprovação). Conforme disposto no artigo 7.º, n.º 1 do RRCEEP - subjacente ao qual está um desígnio de proteção dos funcionários da Administração -, é a pessoa coletiva quem responde, em nome próprio e em exclusivo,

⁹⁷ CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade...*, op. cit. p. 197.

⁹⁸ CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade...*, op. cit. p. 198.

⁹⁹ MEDEIROS, Rui, “Comentário ao Artigo 10.º”, in *Comentário ao Regime...*, op. cit. p. 274.

¹⁰⁰ MEDEIROS, Rui, “Comentário ao Artigo 10.º”, in *Comentário ao Regime...*, op. cit. p. 274.

¹⁰¹ CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade...*, op. cit. p. 200.

pelos danos causados aos utentes nos casos de culpa leve¹⁰² (conceito cujo preenchimento passa por uma ideia “de abaixamento pontual e pouco censurável do grau de zelo, independentemente da gravidade do prejuízo para o sujeito”¹⁰³). Já por força do artigo 8.º, n.º 1 e 2, nos casos em que o profissional de saúde atue com negligência grosseira (isto é, com zelo e diligência manifestamente inferiores ao que estava adstrito) ou com dolo¹⁰⁴, é sobre ele que recai o dever de indemnizar (embora, no domínio das relações externas, a pessoa coletiva seja solidariamente responsável, depois gozando de direito de regresso contra o agente, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo).

Especificamente nos casos paradigmáticos de erro médico no processo de acompanhamento pré-natal, atestar a verificação do pressuposto da culpa passa por atender à atuação esperada de um médico zeloso e cumpridor, no exercício dos seus deveres funcionais, rodeado de um circunstancialismo análogo à do caso concreto. Com base nesta premissa, age com culpa o médico que pretira no emprego de todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão lhe impunha, e com recurso aos quais seria viável, considerando os contornos do caso concreto, dar a conhecer aos progenitores a anomalia ou malformação da criança¹⁰⁵ – assim não os privando da faculdade de, conscientemente, equacionarem o destino da gravidez¹⁰⁶.

Como explica Vera Lúcia Raposo, se “a ilicitude consiste no desrespeito de uma regra de conduta plasmada nas *leges artis*, [esta] apenas pode ser considerada uma violação culposa quando tal regra era, ou devesse ser, do conhecimento do médico, e que além disso pudesse ser cumprida no caso concreto por aquele agente, de tal forma que este violou o dever de cuidado que sobre si impendia quando podia e devia tê-lo cumprido”¹⁰⁷. Partindo desta consideração, e atendendo à figura central do presente trabalho (a da praxis

¹⁰² Encontrando fundamento numa interpretação do 10.º, n.º 2 e 3 *a contrario*, pelo facto de a atividade clínica se reconduzir a operações materiais (e não a atos jurídicos), e também por não contemplar o cumprimento de deveres de vigilância (salvo raras exceções), nas ações de responsabilidade médica contra a Administração Pública da Saúde, o demandante não goza da presunção legal de culpa leve consagrada naqueles artigos.

¹⁰³ AMADO GOMES, Carla, *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 174.

¹⁰⁴ Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo e MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade...*, op. cit. p. 25 e ss.

¹⁰⁵ BORGES, Daniella Aloise, “Wrongful Birth...”, op. cit. p. 159.

¹⁰⁶ Confrontado com uma ação por *wrongful birth*, o STJ considerou ser juridicamente imputável, a título de culpa, o erro de diagnóstico do médico, que “devia e podia atuar de outro modo, usando todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe e que teriam permitido dar a conhecer aos pais as malformações do filho”. Cfr. Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹⁰⁷ Vera Lúcia, *Do Ato Médico...*, op. cit. p. 88.

clínica faltosa no processo de acompanhamento pré-natal), afigura-se crucial fazer dois apontamentos.

Num primeiro plano, encontrando fundamento no já aludido Acórdão do TCAN de 13.05.2022 (especificamente debruçado sobre uma ação por *wrongful birth*), parece fundamental, para efeitos de aferição do pressuposto da culpa na responsabilidade médica, que se atente na especialidade clínica do profissional de saúde que está a prover o referido acompanhamento. Quer-se com isto dizer, que averiguar, à luz do critério do artigo 10.º do RRCEEP, a culpa de uma conduta médica que se mostrou ilícita, implica que se proceda a uma ponderação que considere o grau de especialização dos profissionais, e reconheça existir uma diferença de conhecimentos entre um médico generalista, que esporadicamente se vê encarregue de prestar serviços de obstetrícia, e um médico especialista na área de obstetrícia, que em toda a sua vida profissional se dedicou a cuidados de saúde pré-natais, e cuja área de especialização clínica é a dos cuidados de saúde tocológicos. Como destacam Tiago Macieirinha e Maria João Estorninho, “a extrema complexidade da medicina moderna não autoriza a aplicação de um critério uniformemente exigente para todos os médicos, uma vez que a preparação e o treino que receberam foi talhado para a apreensão de competências distintas”¹⁰⁸. Nesta senda, seguindo a linha de raciocínio da mencionada jurisprudência, “para se aferir corretamente, de forma conscienciosa, se o 1.º Réu agiu de forma ilícita e culposa, violando as *legis artis*, não releva propriamente como atuaria um serviço ou médico especialista em obstetrícia ginecologia (...), mas qual era o procedimento que, em situações como a verificada, estava concretamente instituído para os médicos de medicina geral e familiar, que, como o 1.º Réu, prestavam serviço em centros de saúde”¹⁰⁹.

Num segundo plano, porque o campo da medicina obstétrica prefigura, por excelência, uma área em que a realização de exames laboratoriais e radiológicos assume particular relevância, cabe elucidar que, não raras as vezes, a prestação do médico será marcada por uma “obrigação de resultado” (escapando àquela que é a regra na prática clínica), cujo resultado será o da presunção de culpa do ato clínico. Com efeito, “atendendo ao elevado grau de especialização alcançado pelos exames laboratoriais, em que a margem de incerteza e aleatoriedade é muito reduzida (...), ‘o âmbito concedido ao erro é limitado’ (...), razão pela qual sobre aquele que analisa os resultados destes exames recai, também,

¹⁰⁸ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, *Direito...*, op. cit. p. 299.

¹⁰⁹ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

uma obrigação de resultado, pelo que se o médico ecografista ‘fornece ao cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que atuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erros de análise’”¹¹⁰.

Tendo em conta o exposto, anuir na formulação de um juízo de censura num panorama de responsabilidade médica passa por reconhecer que determinada conduta é ilícita e culposa, quando se verifique uma lesão das *leges artis* e uma violação do dever objetivo de cuidado, tendo ficado a atuação do clínico aquém da exigível ao bom profissional de saúde, zeloso e cumpridor (que, em situação análoga, teria evitado o dano). Deste processo de indagação do pressuposto da culpa, mais não se retira do que a reiteração da ideia já assinalada, de inevitável análise cruzada dos requisitos da culpa e da ilicitude¹¹¹. De facto, se “é certo que as *leges artis* materializam a ilicitude apontada ao profissional de saúde, acabam igualmente por se repercutir na culpa, dado que é o conteúdo destas regras que em boa medida conforma o dever de cuidado exigível ao médico”¹¹².

Em contrapartida, importa notar que, neste quadro de negação de consideração da conduta do clínico despida de circunstancialismo, pode acontecer que não se lhe impusesse a observância de um dever de cuidado - assim sendo de negar a formulação do juízo de censura e, por isso, o provimento da ação de responsabilidade. Aqui entra-se em linha de conta com determinadas situações-padrão de responsabilidade por erro de diagnóstico pré-natal, em que o juízo de reprovação é digno de despiste. Pense-se nos casos em que os progenitores não alertem o profissional de saúde do seu historial clínico ou da existência de problemas hereditários no seio familiar; no caso em que, não se verificando nenhum dos fatores de risco que sugerem a realização de exames invasivos, o médico não os tenha realizado; nos casos em que a técnica hodierna ainda não permita a deteção da malformação; ou nos casos em que, embora seja já cientificamente possível a deteção da anomalia, e tenha ficado explícita a necessidade de execução de determinado exame, aquele estabelecimento de saúde, em específico, não disponha dos aparelhos técnicos para a sua realização (conquanto aqui se vejam envolvidas questões de caráter financeiro, poderá eventualmente equacionar-se a imputação de responsabilidade à entidade pública)¹¹³.

¹¹⁰ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹¹¹ EDÍGIO, Mariana Melo, “Comentário ao Artigo 10.º”, in *O Regime de Responsabilidade...*, op. cit. p. 672.

¹¹² RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 85.

¹¹³ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 85 e ss.

3.4. Dano

Nas ações de responsabilidade civil por erro médico, o pressuposto do dano consubstancia o resultado apodítico do facto ilícito e culposo praticado pelo profissional de saúde, cujo desfecho mais não exprime do que uma “diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica”¹¹⁴. Especificamente no atinente às ações por *wrongful birth*, o dano que prefigura a consequência do erro médico no processo de acompanhamento pré-natal, não pode entender-se - ao contrário do que determinado setor da doutrina reivindica - residir no nascimento com vida deficiente, porquanto é tal entendimento que se encontra na origem da já aludida ideia de “despejo do valor da vida humana”, que opera, neste género de ações, como fator precursor da sua improcedência. Ademais, também não se ajuíza como racional, como determinadas vozes da doutrina (nacional e estrangeira) sugerem, fazer depender o sucesso, das demandas indemnizatórias por erro em diagnóstico pré-natal, da demonstração da intenção da mãe de interromper a gravidez, se tivesse sido confrontada, ainda em período pré-natal, com a evidência de que o feto efetivamente padecia de alguma anomalia¹¹⁵. Em bom rigor, importa não olvidar que o ordenamento jurídico concede à progenitora uma mera faculdade de interromper voluntariamente a gravidez, nos termos já descritos; pelo que o dano terá sempre de se reportar, por um lado, à anulação da decisão reprodutiva da gestante (que vê frustrado o arbítrio de se autodeterminar, e assim decidir, de forma livre e esclarecida, o destino a dar à gestação - independentemente de qual tivesse sido o sentido dessa decisão¹¹⁶), e, por outro lado, à frustração do direito de planeamento familiar dos progenitores¹¹⁷.

No que concerne ao plano do ressarcimento, por força do artigo 3.º do RRCEEP, e em conformidade com aquela que é a regra do espaço jurídico, deve ser privilegiada a reconstituição *in natura*, e, somente quando aquela não se afigure viável, se deverá proceder ao cômputo de uma indemnização pecuniária, caso em que serão

¹¹⁴ REBELO DE SOUSA, Marcelo e MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade...*, op. cit. p. 29.

¹¹⁵ Cfr. YAKREN, Sofia, “Wrongful Birth” Claims and the Paradox of Parenting a Child with a Disability”, in *Fordham Law Review*, Issue 2, Vol. 87, Fordham University, 2018, p. 583; RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 97; e NOIVO, Rafaela do Vale, “Dos Contornos...”, op. cit. p. 1433.

¹¹⁶ Ac. do TRL, de 29.04.2014 (Proc. N.º 57/11.9TVLSB.L1-7).

¹¹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 95.

monetariamente ressarcíveis/compensáveis os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos emergentes, danos futuros e lucros cessantes.

No domínio dos danos não patrimoniais, parecem ser de considerar dignos de tutela os prejuízos de privação da faculdade da gestante de, com base no seu sistema de valores, se autodeterminar relativamente ao destino da gestação; a mera violação da obrigação de informar, enquanto pressuposto do exercício do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde¹¹⁸; as expectativas, alimentadas pelos progenitores, ao longo de uma gestação que se esperava bem sucedida¹¹⁹; o choque e a falta de preparação psicológica para ver nascer um filho com determinada malformação, quando se acreditava, de modo justificado, que a criança nasceria sã¹²⁰; a angústia emocional de acompanhamento de criança com graves anomalias congénitas, assim como a cogitação daquela que será toda uma vida marcada por uma existência em condições menos positivas¹²¹.

Como já aludido supra, a doutrina não se tem mostrado convergente relativamente à questão da extensão da tutela jurídico-indemnizatória nas ações por *wrongful birth*¹²². A jurisprudência, por várias vezes confrontada com o quesito, tem caminhado no sentido de reconhecer que “nas *wrongful birth actions*, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência”¹²³, na medida em que, aquando da conceção, os progenitores já se teriam conformado com os encargos inerentes à criação de uma criança dita “normal”¹²⁴. Paulo Mota Pinto, pelo contrário, seguindo um raciocínio que confere maior tutela aos progenitores, advoga que “se se provar que, sem a falta médica, [os pais] teriam lícitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas as despesas acrescidas pela deficiência, mas todas as despesas com o seu sustento e educação”¹²⁵. Não obstante se reconheça a bondade da solução, a prova de qual teria sido a verdadeira

¹¹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 96.

¹¹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico...*, op. cit. p. 263.

¹²⁰ CARDEIRA, Marlene, “Wrongful Birth...”, op. cit. p. 1385.

¹²¹ MANSO, Luís, “Da obrigação...”, op. cit. p. 136.

¹²² STRETTON, Dean, “The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth and Wrongful Life”, in *Deakin Law Review*, Vol. 10, N.º 1, 2005, p. 322.

¹²³ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹²⁴ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹²⁵ MOTA PINTO, Paulo, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life””, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, p. 940.

decisão da gestante afigura-se praticamente impossível de concretizar, pelo que se deve descartar tal entendimento. Assim, na perspectiva dos danos patrimoniais ressarcíveis, entender-se-á que os prejuízos tendem a contender com os custos acrescidos que o sustento e o acompanhamento de uma criança nascida com anomalia acarreta¹²⁶. Podem incluir-se nesta categoria, as despesas de assistência clínica (nas quais se compreendem eventuais tratamentos hospitalares, a compra de medicamentos, a aquisição de equipamentos, sessões de fisioterapia, internamentos e cirurgias)¹²⁷; despesas que, dependendo do grau de incapacidade da criança, possam implicar a necessidade de os progenitores abandonarem as suas atividades profissionais para se dedicarem exclusivamente ao cuidado da criança, ou a necessidade de contratação de um auxiliar de saúde que provenha ao seu acompanhamento diário; eventuais adaptações à casa de morada de família e ao veículo automóvel¹²⁸; e, ainda, despesas de educação, que resultem de necessidades especiais da criança¹²⁹.

3.5. Nexo de causalidade

Para efeitos de efetivação da responsabilidade da Administração Pública da Saúde, mostra-se necessário, nos termos do artigo 7.º e 8.º do RRCEEP, que a conduta ilícita e culposa do profissional de saúde tenha sido causa adequada do dano registado na esfera jurídica dos progenitores. À semelhança daquela que é a solução no direito civil, também em sede de responsabilidade administrativa se vê operar a teoria da causalidade adequada, segundo a qual “um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática deste, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do primeiro”¹³⁰.

Em consonância com os argumentos supra referidos (atinentes ao pressuposto do dano), aos quais determinado setor da doutrina recorre para justificar a improcedência das ações por *wrongful birth*, também para efeitos de aferição do pressuposto do nexos causal, se ouve, por parte da mesma facção, vozes que recusam existir fundamento jurídico para se afirmar estar verificado aquele requisito. Para Manuel Carneiro Frada, para além de não

¹²⁶ LEIGHTMAN, Caryl Wolfson, “Robak...”, op. cit. p. 737 e 747.

¹²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 96.

¹²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica...”, op. cit. p. 96.

¹²⁹ BORGES, Daniella Aloise, “Wrongful Birth...”, op. cit. p. 161.

¹³⁰ REBELO DE SOUSA, Marcelo e MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade...*, op. cit. p. 31.

se poder alegar existir um dano na esfera jurídica dos progenitores, em virtude da prática faltosa do médico (porquanto a vida com deficiência tem origem num fenómeno natural), é igualmente de rejeitar a ideia de existência denexo causal, pelo facto de não ser a conduta do clínico o gatilho da malformação no feto, que, independentemente daquela, nasceria com a patologia clínica¹³¹. Para Guilherme de Oliveira, sob outro prisma, ainda que seja de considerar poder existir nexode causalidade entre a conduta lesiva do médico e o dano na esfera jurídica dos pais, este está dependente, assim como a procedência da ação, da demonstração de que, com alta probabilidade, a gestante teria voluntariamente interrompido a gravidez, se tivesse sido tempestivamente informada da realidade clínica do feto¹³².

É claro que, face a tudo o que até agora foi mencionado, a posição dos autores não pode ser corroborada, pois o raciocínio que lhes está inerente encontra-se viciado a vários níveis. Como vem sendo reiterado, o dano não reside na vida com deficiência, mas na violação do direito à autodeterminação reprodutiva dos progenitores. Com efeito, e por identidade de razão, o nexode causalidade não pode tomar por referência uma atuação médica que seja causa direta da deficiência. Sem embargo de o dano indemnizável não proceder de um erro iatrogénico *stricto sensu* (isto é, embora a anomalia congénita não resulte de uma lesão direta provocada pelo clínico¹³³), é a conduta faltosa daquele que prefigura uma interferência nas opções reprodutivas dos progenitores, e conseqüente violação do seu direito à autodeterminação (em virtude de uma lacuna no processo informativo durante o acompanhamento pré-natal). Ademais, da mesma forma que, para efeitos de aferição do pressuposto do dano, é de negar a imprescindibilidade de demonstração daquela que teria sido a decisão da mãe, também no atinente ao nexode causalidade, é de anuir no seu afastamento, pois, como referido, à gestante apenas é outorgada, pela lei, uma liberdade de se autodeterminar reprodutivamente, solução que se mostra alheia àquela que, a jusante, seria a sua verdadeira decisão (até porque, como aludido supra, provar qual teria sido a opção da gestante é praticamente impossível).

Ao contrário do que se possa ajuizar, a teoria da causalidade adequada consagrada no ordenamento jurídico (artigo 563.º do CC) não nega que o nexode causal que constitui a Administração no dever de indemnizar consubstancie uma causalidade indireta ou

¹³¹ CARNEIRO FRADA, Manuel, “A Própria Vida...”, op. cit.

¹³² OLIVEIRA, Guilherme de, “O Direito...”, op. cit. p. 13.

¹³³ MANSO, Luís, “Da obrigação...”, op. cit. p. 131.

mediata¹³⁴, e que, por isso, “possa haver relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo que intervenham, de perneio, outros fatores”¹³⁵. Nestes termos, como a jurisprudência já corroborou, é de considerar procedente estar estabelecida causalidade, quando, embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, a sua atividade desenvolvida de acordo com as *leges artis* (não privando os progenitores das informações devidas), teria permitido uma tomada de decisão, informada e esclarecida, em relação ao destino da gravidez¹³⁶. Tal interpretação, permite estabelecer um nexo de causalidade bastante, apesar de indireto, “entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico por essa situação, ainda que outros fatores tenham para ela concorrido”¹³⁷, “desde que estes fatores, também se possam considerar induzidos pelo facto inicial, segundo um juízo de probabilidade”¹³⁸ – pelo que, conquanto a conduta do clínico não tenha sido a principal causa do resultado danoso, não deixa, por isso, de figurar enquanto fator determinante para o desencadear¹³⁹.

¹³⁴ ROCHA, Paula Natércia, “Desafios...”, op. cit. p. 18.

¹³⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, “O Direito...”, op. cit. p. 12.

¹³⁶ ROCHA, Paula Natércia, “Desafios...”, op. cit. p. 18.

¹³⁷ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹³⁸ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹³⁹ ROCHA, Paula Natércia, “Desafios...”, op. cit. p. 19

Conclusão

Face ao exposto, cumpre retomar as questões formuladas no início da exposição. Perante aquele que foi o rumo tomado, torna-se forçoso concluir que não se encontram motivos que obstem ao provimento, nos tribunais administrativos, das pretensões indemnizatórias, interpostas pelos progenitores de criança nascida com malformações, fundadas em conduta ilícita e culposa do médico que, no processo de acompanhamento pré-natal da gestante, tenha preterido o cumprimento dos deveres de informação a que estava adstrito, e, bem assim, violado os direitos de autodeterminação reprodutiva daquela.

De facto, em termos objetivos, é de considerar estarem reunidas, no terreno jurídico administrativo, as condições necessárias à admissibilidade das ações por *wrongful birth*, sendo de reconhecer que o sucesso das pretensões somente se acha subordinado ao preenchimento cumulativo, no plano casuístico, dos pressupostos de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, a que alude o regime instituído pela Lei n.º 67/2007. Não obstante alguma doutrina se mostre ideologicamente adversa a esta conclusão, a verdade é que os argumentos apresentados não encontram substrato naquela que é a realidade fáctica, porquanto são fundados em raciocínios falaciosos, que tomam como ponto de partida a consideração de que o dano, enquanto pressuposto de responsabilidade civil, se situa ao nível da vida com deficiência. Como bem ficou patente, urge divergir de tal entendimento: o pressuposto do dano, enquanto consequência jurídica da conduta ilícita e culposa do autor do facto lesivo, reconduz-se sempre à frustração temporal da liberdade da gestante decidir, de forma livre e esclarecida, o destino a dar à gravidez em curso. Partindo deste entendimento, também os eventuais constrangimentos com que se possa confrontar, aquando da aferição do pressuposto do nexos de causalidade, são de repelir, pois, à luz da teoria da causalidade adequada, nada obsta a que se estabeleça um nexos causal entre a conduta faltosa do profissional de saúde e o dano provocado na esfera jurídica dos progenitores, ainda que, em termos literais, o clínico não tenha qualquer intervenção no processo naturalístico da vida deficiente.

A abordagem que se inculca, de aparente desembaraço apriorístico das objeções que contaminam a indagação da procedência das reações judiciais contra práticas clínicas faltosas em diagnóstico pré-natal, não tem como ímpeto despojar de pertinência o debate jurídico sobre o tópico. Com efeito, não se nega a natureza limite do mesmo, nem

tampouco a eventual confrontação com obstáculos aquando do cruzamento com os pressupostos da responsabilidade civil. Cabe apenas considerar, como constata o Tribunal Constitucional, que “afirmar a liberdade das pessoas, reconhecer a sua autonomia decisória e de atuação num quadro não censurado pelo Direito, não pode deixar de considerar como situação apta a gerar um dever de indemnizar, a interferência de terceiros, em desconformidade com o ordenamento jurídico, com essa liberdade e autonomia”¹⁴⁰. Pelo que, ainda que anuindo no carácter limite das situações sobre as quais se versa – resultante da constatação de que a malformação, em si mesma, não encontra fundamento no erro médico, mas na própria constituição biológica da criança – não parece afigurar-se conforme ao ordenamento jurídico privar de tutela jurídico-indemnizatória aqueles que se veem particularmente lesados, em virtude de uma conduta ilícita e culposa, em que o autor do facto danoso, numa clara violação das *leges artis* da medicina, incorre na produção de danos especialmente gravosos na esfera jurídica dos lesados. Nesta senda, a ideia passa por acompanhar aquela que é a linha de raciocínio de André Dias Pereira¹⁴¹, e reconhecer que o estado hodierno da medicina pré-natal acarreta a necessidade de adaptar os institutos jurídicos àquela que é a realidade clínica, denegando uma abordagem cerrada na aplicação prática dos pressupostos da responsabilidade civil, que apenas opera ao serviço de um conceptualismo puramente formal e desconsidera o verdadeiro desígnio do instituto da responsabilidade.

¹⁴⁰ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹⁴¹ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 240.

Bibliografia

- AMADO GOMES, Carla e PEDRO, Ricardo, *Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual Administrativa: Questões Essenciais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.
- AMADO GOMES, Carla, *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010.
- ANTUNES, Tiago, “Comentário ao n.º 1, do Artigo 9.º”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, (Coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão), 2.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.
- ASSIS RAIMUNDO, Miguel, “Comentário ao Artigo 1.º”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, (Coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão), 2.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “Responsabilidade civil do médico que atua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável” – Anotação ao Acórdão de 20 de abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, in *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 10, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008.
- BORGES, Daniella Aloise, “Wrongful Birth Action e o Dever de Informar”, in *Cadernos da Lex Medicinae - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, n.º 4, Vol. I, Centro de Direito Biomédico, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011.

- CAPELA, Maria Teresa, “O utente, o médico e o hospital – O busílis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjetiva por atos médicos lesivos”, in *e-Pública - Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. II, junho de 2015.
- CARDEIRA, Marlene, “Wrongful Birth e Wrongful Life. O Regime da Responsabilidade Civil”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 8, n.º 2, (Dir. Fernando Araújo), Centro de Investigação de Direito Privado, 2022.
- CARNEIRO FRADA, Manuel, “A Própria Vida como Dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Vol. I, Lisboa, 2008. Consultado em <https://portal.ao.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/>.
- CARVALHO, Raquel, “Comentário ao Artigo 7.º, n.º 1”, in *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, (Org. Rui Medeiros, Colab. Mário Aroso de Almeida), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.
- CORREIA, Sérvulo, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados Pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996.
- CUNHA, Estêvão da, *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da administração*, Coimbra Editora, 2010.
- DIAS FIGUEIREDO, Jorge e SINDE MONTEIRO, Jorge, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 47 e ss. e DIAS, João Álvaro, “Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano II, n.º 3, 1993.
- EDÍGIO, Mariana Melo, “Comentário ao Artigo 10.º”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, (Coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão), 2.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.
- ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, *Direito da Saúde - Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

- FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, in AUBY, Jean-Marie, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1991.
- LEIGHTMAN, Caryl Wolfson, “Robak v. United States: A Precedent-Setting Damage Formula for Wrongful Birth”, in *Chicago-Kent Law Review*, Article 4, Issue 3, Vol. 58, 1982. Disponível em <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol58/iss3/4/>.
- LETONA, Víctor Torre de Silva López, “Responsabilidad por Nacimiento Evitable (Wrongful Birth) y Discapacidad”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 203, mayo/agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- MANSO, Luís, “Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. IV: Genética e Procriação Medicamente Assistida, (Coord. João Loureiro, André Pereira, Carla Barbosa), Almedina, 2016.
- MANSO, Luís, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e o diagnóstico genético pré-implantação”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2011.
- MANSO, Luís, “Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-Natal – O Caso das Ações de “Wrongful Birth”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 18, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012.
- MEDEIROS, Rui, “Comentário ao Artigo 10.º”, in *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, (Org. Rui Medeiros, Colab. Mário Aroso de Almeida), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.
- MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 11.ª ed., Almedina, 2014.
- MONGE, Cláudia, “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in *Novos*

- temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, (Coord. Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo), ICJP, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, dezembro de 2012.
- MONGE, Cláudia, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, *in Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, (Coord. Carla Amado Gomes, Miguel Assis Raimundo e Cláudia Monge), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, dezembro de 2013.
- MONIZ, Ana Raquel, “A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa”, *in Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. II: Profissionais de Saúde e Pacientes – Responsabilidades, (Coord. João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa), Almedina, 2016.
- MOTA PINTO, Paulo, “Ainda a indemnização por “nascimento indevido” (wrongful birth) e “vida indevida (wrongful life), *in Responsabilidade Civil em Saúde - Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, (Coord. André Dias Pereira, Filipe Albuquerque Matos, Javier Doménech e Nelson Rosenvald), Centro de Direito Biomédico, Editora Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.
- MOTA PINTO, Paulo, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *in Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007.
- NOIVO, Rafaela do Vale, “Dos Contornos das Wrongful Actions à sua Aplicação na Atualidade”, *in Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 8, n.º 2, (Dir. Fernando Araújo), Centro de Investigação de Direito Privado, 2022.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “O Direito do Diagnóstico Pré-Natal”, *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 132N.º, 3898, Coimbra, maio de 1999.
- OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 2013.

- PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.
- PEREIRA, André Dias, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *JULGAR*, n.º 42, setembro-dezembro de 2020, Almedina, 2020.
- PEREIRA, André Dias, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 89, Tomo I, 2013.
- 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*, Ano XIX, n.º 21, Imprensa da Universidade de Coimbra, Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, dezembro, 2010.
- RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, Coimbra, 2013.
- RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)”, in *Revista do Ministério Público* 132, Ano 33, out-dez 2012.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo e MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008.
- ROCHA, Paula Natércia, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação”, in *JULGAR Online*, novembro de 2018. Disponível em <https://julgar.pt/author/paula-natercia-rocha/>.
- SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 2003.
- STRETTON, Dean, “The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth and Wrongful Life”, in *Deakin Law Review*, Vol. 10, N.º 1, 2005. Disponível em <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/280>.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, 6.^a ed., Coimbra Jurídica, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.

YAKREN, Sofia, "Wrongful Birth" Claims and the Paradox of Parenting a Child with a Disability", in *Fordham Law Review*, Issue 2, Vol. 87, Fordham University, 2018. Disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss2/4/>.

Jurisprudência consultada

Do Tribunal Constitucional

- Acórdão N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

Do Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).
- Acórdão de 16.01.2014 (Proc. N.º 0445/13).
- Acórdão de 13.03.2012 (Proc. N.º 477/11).
- Acórdão de 9.06.2011 (Proc. N.º 0762/09).
- Acórdão de 2.12.2009 (Proc. N.º 0763/09).
- Acórdão de 20.04.2004 (Proc. N.º 0982/03).

Do Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 7.03.2017 (Proc. N.º 6669/11.3TBVNG.S1).
- Acórdão de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).
- Acórdão de 22.09.2011 (Proc. N.º 674/2001.PL.S1).
- Acórdão de 7.10.2010 (Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1).

Do Tribunal Central Administrativo Norte

- Acórdão de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).
- Acórdão de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG).

Do Tribunal Central Administrativo Sul

- Acórdão de 17.11.2022 (Proc. N.º 1015/08.6BELRA).

Do Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 1.07.2021 (Proc. N.º 5397/16.8T8PRT.P1).

Do Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 29.04.2014 (Proc. N.º 57/11.9TVLSB.L1-7).