



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Erro na vida?
Da admissibilidade das ações de *wrongful*
Life e wrongful birth

Hugo Daniel Leite Velasco

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Erro na vida?
Da admissibilidade das ações de *wrongful*
Life e wrongful birth

Hugo Daniel Leite Velasco

Orientador: Professor Doutor Agostinho Guedes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

*“Let me give you some advice. Never forget what you are. The rest of the world will not.
Wear like armor, so it can never be used to hurt you.”*

- Tyrion Lannister *in* George R.R. Martin’s Song of Ice and Fire

Agradecimentos

Aos meus pais, por me fazerem acreditar que consigo ser mais e melhor do que realmente sou, pelo apoio incondicional e pelos sacrifícios que tiveram de suportar para que eu hoje possa ter o privilégio de escolher quem quero ser.

Ao meu irmão Tiago, por ser a minha distração e refúgio da realidade

Aos meus avós, pela forma como cuidaram e continuam a cuidar de mim, fazendo o possível e o impossível

Ao meu orientador Prof. Dr. Agostinho Guedes, não só pelos conselhos e orientação oferecidos durante este trabalho, mas também pelo exemplo de jurista que almejo ser

À Universidade Católica Portuguesa, pela forma como me acolheu e integrou na sua comunidade, fornecendo todas as ferramentas para o meu sucesso profissional

Resumo

O trabalho em apreço tem como tema principal a discussão das *wrongful actions* no ordenamento jurídico português, mais concretamente das ações de *wrongful birth* e *wrongful life*. Os primórdios destas ações remontam à década de 60, mas têm sido alvo de uma discussão cada vez mais profunda nos últimos anos, derivado não só dos grandes avanços tecnológicos registados na área da medicina pré-natal, mas também de uma preocupação crescente na proteção dos direitos dos pacientes. Como não podia deixar de ser, este tema interceta várias áreas do saber, como o Direito, Ética, Medicina e, quiçá, Filosofia, mas apenas nos centraremos nas implicações jurídicas que tema comporta. Assim sendo, o trabalho consistirá em fazer uma delimitação dos casos a que nos propomos tratar, seguida de uma breve análise jurisprudencial (nacional e internacional) de modo a percebermos como é que a questão foi evoluindo ao longo do tempo. Finalmente, iremos tratar das ações em apreço e perceber de que modo o nosso instituto da responsabilidade civil pode (ou não) dar resposta a estes problemas jurídicos, terminando com uma breve conclusão que espelhe a nossa opinião sobre este tema tão complexo e polarizador.

Palavras Chave: *Wrongful life; Wrongful birth;* Responsabilidade civil

Abstract

This paper main theme is the discussion around *wrongful actions* in the portuguese legal system, more specifically the *wrongful birth* and *wrongful life* actions. These lawsuits started appearing for the first time around the 60's but have been a major topic of discussion in the last several years, not only because of the great technological advancements that prenatal medicine has experienced, but also because of the rising concerns with the protection of patients' rights. As it should be, this topic conflicts with various areas of human knowledge, such as Law, Ethics, Medicine and also Philosophy, but we will only be focusing on the legal implications. As such, this paper will consist in brief dive along the many jurisprudence (both national and international), in an effort to better understand how this discussion has evolved throughout time. Finally, we will try to figure if these lawsuits can be solved through our rules of civil liability and we will conclude by giving our opinion on the matter at hand.

Key Words: *Wrongful life; Wrongful birth,* Civil Liability

Índice

Introdução	9
O que são as wrongful actions	11
Jurisprudência	15
Wrongful birth e Wrongful life à luz do regime da Responsabilidade Civil	22
1. Facto Voluntário do Agente.....	22
2. Ilicitude.....	23
3. Culpa.....	28
4. Dano	31
5. Nexo de causalidade	34
Conclusão	37
Bibliografia.....	40
Jurisprudência Nacional.....	43
Jurisprudência Estrangeira	44

Abreviaturas

Ac. – acórdão

art. – artigo

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – confrontar

DPN – Diagnóstico pré-natal

IVG – interrupção voluntária da gravidez

op. cit. – obra citada

pág(s). – página(s)

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Segs/ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRP- Tribunal da Relação do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

Introdução

Nas últimas décadas a ciência tem evoluído a passos largos e, fruto dessa evolução, surgem na área da medicina técnicas cada vez mais sofisticadas e precisas no que toca aos exames de diagnóstico realizados a uma mulher grávida e ao seu feto. Os exames pré-natais e diagnósticos pré-concepcionais de hoje, em virtude da tecnologia de ponta utilizada, contêm enormes quantidades de informação absolutamente vitais relativamente ao estado do ser que se encontra em gestação, inclusive detetar malformações genéticas ou problemas no desenvolvimento do embrião/feto. Sempre que haja alguma anormalidade no feto, compete ao médico que procedeu ao exame, informar devidamente o casal para que possam tomar a decisão consciente de continuar com a gravidez ou optar pela Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG). Sempre que o médico falta negligentemente com o dever de informação que lhe compete cumprir e os pais decidem prosseguir com a gravidez sem estarem devidamente informados sobre as malformações e problemas congénitos de que padece o feto, surge o problema a que me proponho tratar e analisar neste trabalho: as *wrongful actions*.

As *wrongful actions* são tradicionalmente casos de responsabilidade civil que podem ser agrupadas em ações de *wrongful life*, *wrongful birth* e ainda *wrongful Conception*. Este último tipo de ação acaba mais por ser um conceito do que propriamente um tipo de ação com substância e expressão jurídica, daí que nos foquemos essencialmente nos primeiros dois tipos referidos.

Assim sendo, estas ações, comumente traduzidas como “vida indevida” e “nascimento indevido”, reportam-se à relação estabelecida entre pais (e eventualmente o feto) e o médico que realizou os exames de diagnóstico pré-natal, tendo como “pedra de toque” o incumprimento pelo médico do dever de informação do qual resultou o nascimento de uma criança com deficiências graves e altamente limitadoras para a sua vida.

Facilmente se consegue perceber que estas ações são especialmente delicadas e complexas, levantando uma panóplia de problemas, desde logo problemas éticos, jurídicos, religiosos e quiçá até filosóficos, daí que não seja surpreendente haver tanta discórdia e controvérsia. O trabalho em apreço incidirá essencialmente na vertente

jurídica do problema e aferir se há ou não responsabilidade civil do médico (e porventura do hospital) numa situação típica de “vida indevida” ou “nascimento indevido”.

Para responder a tal questão, o trabalho começará por precisar alguns conceitos nucleares ao estudo deste problema, nomeadamente a diferença entre *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful Conception*, sendo que o trabalho irá centrar-se essencialmente nos conceitos de *wrongful birth* e *wrongful life*, porque são os juridicamente mais relevantes e problemáticos.

Numa segunda parte do trabalho, entendo ser importante abordar as origens deste tipo de ações e a forma como esta questão tem sido encarada, quer pelos tribunais de outros ordenamentos jurídicos – em especial o caso francês “Perruche”, o caso holandês “baby Kelly”, entre outros - quer pelos nossos tribunais, com decisões absolutamente fundamentais para o debate e desenvolvimento deste problema jurídico - STJ 19/06/2001, STJ 17/01/2013 e TC nº55/2016.

Finalmente e, sendo este um tema de responsabilidade civil, caberá analisar os vários pressupostos da RC – facto do agente, ilicitude, dano,nexo de causalidade e culpa - , identificar quais os principais problemas/questões levantadas em cada um destes requisitos para no fim aferir se, face àquilo que é o nosso quadro legislativo, é possível (ou não) responsabilizar civilmente o médico e/ou clínica médica que realizou os exames pré-natais, de forma a dar uma resposta o mais clara e rigorosa possível à questão que me proponho a responder : serão as ações de *wrongful life* e *wrongful birth* admissíveis à luz do ordenamento jurídico português?

O que são as *wrongful actions*

As *wrongful actions* são, *grosso modo*, ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva e que têm a sua origem na violação da chamada “*legis artis*” no contrato celebrado entre paciente e médico/clínica e que termina numa gravidez ou nascimento indesejados, podendo a criança em causa nascer saudável ou com graves patologias. A doutrina tem subdividido estas ações em três tipos específicos, designadamente as ações de *wrongful life*, *wrongful birth* e ainda *wrongful Conception*, havendo claras diferenças entre estes três tipos de ações. Enquanto as ações de *wrongful conception* se focam mais no cumprimento defeituoso de uma intervenção cirúrgica levado a cabo pelo médico, as ações de *wrongful life* e *wrongful birth* cingem-se aos danos resultantes de um aconselhamento genético defeituoso no âmbito de diagnósticos genéticos pré-implantação (DGPI) e de diagnóstico pré-natal (DPN). Passo a explicar

Os casos de *wrongful conception* (“conceção indevida”) ocorrem quando se dá o nascimento de uma criança perfeitamente saudável, em virtude de uma interrupção de gravidez mal sucedida ou uma esterilização mal efetuada¹. De forma singela, o dano em causa neste tipo de situações não é propriamente o nascimento da criança saudável, mas sim o direito dos pais ao planeamento familiar ou “direito à não reprodução”. A legitimidade ativa para intentar este tipo de ações será obviamente dos pais e não da criança, visto que ela não sofreu qualquer tipo de dano. No fundo, estamos perante ações que visam responsabilizar o médico que se comprometeu a levar a cabo uma operação que evitaria o nascimento da criança, sendo que os pais pretendem uma indemnização dos danos patrimoniais - custos necessários para a repetição dos procedimentos médicos para a esterilização, despesas derivadas com a educação do filho, entre outros – e ainda danos não patrimoniais – pela “violação do direito à liberdade de (não) reprodução”². Para o nosso estudo, a *wrongful conception* tem apenas interesse teórico, uma vez que irei centrar as minhas análises para as situações de *wrongful birth* e *wrongful life*.

¹ VERA LÚCIA RAPOSO, “As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 66. O exemplo clássico é o da pessoa que se dirige a uma clínica para realizar uma vasectomia ou laqueação das trompas de Falópio e, apesar dessa cirurgia, acaba por gerar uma criança

² PAULA NATÉRCIA ROCHA, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas *wrongful life actions* ou de “vida indevida” e tentativas para a sua superação, *Revista Julgar*, *cit.* pág. 3. Não é demais reiterar que neste conjunto de casos, o dano não é a criança em si, mas sim o direito que assiste aos pais de não terem filhos (direito à não reprodução).

Relativamente às situações de *wrongful life* e *wrongful birth*, e conforme foi referido no início deste capítulo, são casos que geralmente partilham a mesma realidade factual, i.e. da omissão do dever de informação resulta uma gravidez indesejada e que culmina no nascimento de uma criança que padece de graves deficiências congénitas. No entanto há dois aspetos que servem para distinguir estes dois casos de responsabilidade civil médica: a questão da legitimidade ativa em propor a ação; e os direitos ofendidos em cada caso.

Quanto aos episódios de *wrongful birth*, estamos sempre a falar de uma ação proposta pelos pais, em seu nome próprio, contra o médico e/ou instituição hospitalar onde decorreram os exames médicos. O facto de o médico, aquando da análise dos resultados médicos, não cumprir com o dever de informação (ou por omissão total ou por informação defeituosa), impede que os pais tomem conhecimento de que o feto sofre de doenças graves e, conseqüentemente, impede um consentimento informado³ que, eventualmente, poderia ter levado a uma interrupção voluntária da gravidez (IVG)⁴. A essência da questão é a privação da autodeterminação dos pais ou da mãe (na hipótese de mono-parentalidade) de uma decisão consciente sobre a manutenção da gravidez em virtude da falta de diligência do médico, que faz uma má interpretação dos exames pré-natais ou omite por completo a informação a prestar aos pais.

Os autores desta ação pedem uma indemnização pelos danos morais e patrimoniais, em especial o “dano de planeamento familiar” que consiste quer na já referida falha de tomada de decisão informada, quer ainda no acréscimo de despesas resultantes do nascimento de um filho que, por ser portador de graves deficiências ou malformações, implica necessidades acrescidas⁵. Para tal, “alegam que se tivessem sido informados dos perigos ou da existência das doenças de que o feto é portador (por exemplo Tay-Sachs, trissomia 21, entre outras), teriam preferido não conceber ou optado por interromper a gravidez”⁶.

³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “Consentimento informado e bens jurídicos no direito penal e direito civil”, in CEJ E-book, pág. 11 e 12

⁴ A situação de *wrongful birth* ganha particular interesse quando o médico é alertado pelos progenitores da intenção em interromper a gravidez caso o feto padeça de alguma doença grave, vide caso francês *Perruche*.

⁵ PAULO MOTA PINTO, “Ainda a indemnização por “nascimento indevido” e “vida indevida”, pág. 546

⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *op cit.* p.63 e 64. A autora chama a atenção de que o dever de informação pode atuar em dois momentos distintos: num momento anterior à concepção da criança (erro no diagnóstico pré-concepcional); num momento durante a gestação do feto (erro no diagnóstico pré-natal)

De forma semelhante, as ações de *wrongful life* ou de “vida indevida” surgem sempre que se dê o nascimento de uma criança com malformações severas ou doenças congénitas que limitem a sua qualidade de vida. No entanto, estas ações serão sempre intentadas pela criança que padece das referidas doenças ou pelo seu representante legal⁷ em seu nome (por menoridade ou incapacidade) contra o médico e/ou instituição hospitalar, com o fundamento na falta de informação (ou informação defeituosa) acerca da deficiência ou malformação. É importante notar que as referidas malformações não resultam de qualquer conduta ativa do médico, ele simplesmente não informa os pais dos referidos problemas.

Apesar de ser mais controverso, há ainda quem admita propor este tipo de ações contra os próprios pais em circunstâncias muito particulares como, por exemplo, quando as malformações resultam de comportamentos pouco (ou nada) diligentes da mãe (i.e. consumo de substâncias psicotrópicas durante a gravidez), ou ainda quando os pais, mesmo tendo pleno conhecimento das doenças ou deficiências de que o feto padece, decidem prosseguir com a gravidez. Para esta última hipótese refere a autora VERA LÚCIA RAPOSO que “esta ação pode também ser dirigida contra os pais, invocando-se o facto de estes terem prosseguido com a gestação, não obstante estarem a par da doença, reivindicação esta que se funda num (ainda muito discutido) dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições”⁸.

Em qualquer das hipóteses acima referidas, o dano que se pretende compensar nas ações de *wrongful life* é aquilo que alguma doutrina e jurisprudência têm apelidado “dano de viver”, que se traduz no facto de aquela criança ter de viver com doenças congénitas ou malformações altamente limitadoras e que não existiriam caso o médico tivesse sido diligente ou os pais tivessem optado pela IVG (na última hipótese). Isto naturalmente levanta dilemas ético-jurídicos de enorme relevo, tais como saber até que ponto uma vida (ainda que com graves problemas) não merece ser vivida, se existe um direito a nascer física e mentalmente saudáveis, se há um dever dos pais em evitar o nascimento de fetos

⁷ Relativamente à possibilidade de os pais poderem atuar em representação da criança, a doutrina divide-se. Há uma parte da doutrina que entende tratar-se de ações com carácter “puramente pessoal”, sendo uma exceção ao poder de representação (art. 1881º número 2 do Código Civil). Creio que a posição correta será a da doutrina que entende haver sempre a possibilidade de a ação ser intentada pelos representantes legais da criança em seu nome sob pena de esvaziamento do instituto da responsabilidade civil. Muitas das vezes as deficiências sofridas pela criança são de tal forma graves que, ou impossibilita totalmente um juízo de valor acerca da sua existência ou a criança não chega sequer a atingir a maioridade em virtude da mortalidade da doença/malformação em concreto. Para este último entendimento, *vide* Paulo Mota Pinto, *op. cit.*; e André Gonçalo Dias, *in* “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica”, 1ªed., Coimbra Editora

⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *op cit.* p.63

“malformados” e finalmente se o direito à “não-existência” é sindicável perante os nossos tribunais.

As *wrongful actions*, em especial nos casos de *wrongful birth* e *wrongful life*, são situações claras de colisão de direitos de personalidade e princípios constitucionais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, nomeadamente no que toca ao direito de procriar enquanto manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim sendo, compete-me aferir até que ponto o instituto da responsabilidade civil consegue dar resposta a estes casos.

Jurisprudência

Sempre que é proposto falar sobre a evolução jurisprudencial de um determinado problema jurídico, é prática comum falar sobre a primeira vez que tal problema se colocou perante um tribunal. Ora o primeiro caso de *wrongful life* apareceu num tribunal norte-americano, mais precisamente no Estado do Illinois e, curiosamente, é um caso que pouco tem que ver com aquilo que atualmente se denomina por *wrongful life*. O caso *Zepeda vs. Zepeda*⁹ remonta a um litígio proposto pelo filho contra o seu pai, pedindo uma indemnização por este ter sido concebido fora de casamento o que, segundo aquilo que era a lei americana em 1963, acarretava alguns prejuízos¹⁰, algo que nos dias de hoje é inconcebível e violadora dos mais elementares princípios do Estado de Direito.

No entanto a discussão em torno da *wrongful life e wrongful birth* foi evoluindo, até atingir a atual discussão em torno da responsabilidade médica. Os primeiros casos de *wrongful life e wrongful birth* esbarraram em argumentos um pouco conservadores onde muitas vezes eram os próprios tribunais que se demitiam de julgar a questão¹¹. O caso *Park v. Chessin*, proposto num tribunal de Nova Iorque, veio mudar esse paradigma, sendo a primeira vez que se viabilizou a pretensão de *wrongful life*. Em causa estava uma criança que sofria de problemas congénitos (patologia renal policística) que não foram devidamente reportados pelo médico. O tribunal entendeu que não estava em causa o ressarcimento do nascimento em si, mas sim a dor e sofrimento após o seu nascimento e que advieram de uma conduta médica anterior.

⁹ *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849, consultado em www.casetext.com/case/zepeda-v-zepeda-1. O próprio tribunal reconheceu, na altura, que não se tratava verdadeiramente de uma situação de *wrongful life* – “(...) there is nothing about the nature of the action that requires such a limitation, since the same claim might be made by someone with severe mental or emotional handicaps. Basically, a wrongful life claim alleges that because of one individual's negligence, another individual is forced to live such an unbearable life that it would have been better for the latter individual never to have lived at all and, but for that negligence, that individual would not in fact have lived”.

¹⁰ Uma das consequências de ter o estatuto de “filho ilegítimo” era a proibição de acesso a determinadas profissões, nomeadamente a cargos públicos ou políticos.

¹¹ O caso *Gleitman v. Cosgrove* (Supremo Tribunal de New Jersey) e *Becker v. Schwartz* (Court of Appeals de New York) consultado em www.casetext.com são exemplo disso onde o argumento principal invocado pelos tribunais era de que “toda a vida é santa” ou simplesmente demitiam-se de julgar o caso, remetendo o problema para planos filosóficos e teológicos. Em *Gleitman v. Cosgrove* “(...) man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so... there is no precedent in appellate judicial pronouncements that holds a child has a fundamental right to be born as a whole, functional human being... damages are impossible to calculate (since they would involve) the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence”

O caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories* foi dos primeiros a viabilizar a pretensão de *wrongful birth*. Nesta última decisão, os pais tinham recorrido a um laboratório médico para aferir se eram ou não portadores de Tay-Sachs e o resultado do teste efetuado foi negativo. Porém a criança veio a nascer com a doença de Tay-Sachs, confirmando assim a existência de negligência médica no momento da análise dos exames requeridos pelos progenitores.

Relativamente à jurisprudência europeia, há vários casos¹² sobre questões de *wrongful life* e *wrongful birth*, mas há uma digna de uma menção mais aprofundada precisamente pelo impacto que causaram na ordem jurídica francesa e, porventura, europeia: refiro-me ao caso francês *Perruche*.

Em 1983, nasceu uma criança chamada Nicolas Perruche. O pequeno Nicolas nasceu com graves malformações congénitas em virtude da síndrome de Gregg, que se traduziam essencialmente em lesões auditivas, visuais, coronárias e severas limitações neurológicas. A mãe de Nicolas, preocupada com o saudável crescimento da criança que estava a gerar e sabendo que tinha contraído rubéola, dirigiu-se a um laboratório para aí realizar os exames necessários, tendo inclusive manifestado a vontade de interromper a gravidez caso os exames revelassem algum problema ou malformação com o feto. Após a análise dos exames, o médico que atendeu a sr^a. Perruche informou-a dos resultados, indicando que não tinha encontrado qualquer anomalia no estado do feto e que o mesmo se encontrava em perfeito estado de saúde. Tendo em conta esta informação, a sr^a. Perruche decide prosseguir com a gravidez, dando à luz Nicolas Perruche que, para surpresa da mãe, sofria dos problemas anteriormente referidos. Face a esta situação, os pais de Nicolas decidem propor uma ação contra o médico e o laboratório, pedindo uma indemnização quer pelos danos que os próprios sofreram, quer ainda pelos danos do filho. Fundamentaram este pedido na negligência demonstrada pelo médico aquando da análise dos resultados dos exames, tendo sido prestada informação defeituosa que coartou o seu direito de reprodução, uma vez que teria optado pelo aborto caso soubesse que o seu feto padecia de graves deficiências congénitas.

¹² Na Grã-Bretanha o caso *Mckay vs. Essex Area health authority*; na Itália a sentença do Tribunal de Perugia de 7 de setembro de 1998, Corte di Cassazione sentença 11/05/2009 n°10741, sentença 02/10/2012 n°16754, sentença de 22/12/2015 n° 25767; em Espanha Supremo Tribunal Espanhol sentença de 23 de novembro de 2007. O caso holandês *Baby Kelly* também reveste muito importância por ter sido a primeira vez que um tribunal considerou o nascituro como parte na relação contratual estabelecida os progenitores e o médico, através da figura do “contrato com eficácia para proteção de terceiros”, facilitando assim a aplicação da “terceira via” da responsabilidade civil para estes casos.

O *Cour de Cassation* concedeu a indemnização apenas à mãe e não ao filho, justificando a sua decisão com base na privação da escolha entre abortar e prosseguir com a gravidez¹³. Como seria de esperar, esta sentença gerou uma enorme controvérsia, não só na comunidade jurídica, mas também na comunidade médica¹⁴. Para além de ter sido das primeiras decisões favorável a este tipo de pretensões proferida por um tribunal europeu, gerou tanto impacto social e jurídico que obrigou o legislador a intervir como forma de “acalmar os ânimos” e pôr termo àquela jurisprudência. A 4 de março de 2002, o legislador francês promulga a lei n.º 2002-2003 ou lei “*anti-Perruche*”, cujo seu art.º 1 dizia de forma categórica “ninguém pode reclamar um prejuízo pelo simples facto de ter nascido”¹⁵. Esta lei apenas admitia a reparação de danos que tivessem sido diretamente provocados por atos médicos (causa ou agravamento dos mesmos), ou ainda quando o comportamento do médico não permitisse a tomada das medidas adequadas a evitar a produção de danos. Nesta última hipótese, não nos deixamos de questionar se uma situação de omissão de informação por parte do médico não “potencia/concretiza” os danos, na medida em que se o médico cumpre a *legis artis* e informa os progenitores, estes podem tomar as medidas adequadas a, eventualmente, evitar aquele dano, optando pelo aborto. É de reparar que não obstante o conteúdo deste artigo, a lei abre um espaço à eventual admissão (ainda que parcial) de *wrongful birth*, visto que “admite que os pais possam pedir uma compensação pelos danos sofridos em virtude do nascimento de uma criança cuja deficiência não foi detetada durante a gravidez, mas limita este pedido de indemnização”¹⁶, excluindo o montante correspondente aos encargos especiais necessários a suportar o filho.

Passando agora para território nacional, a nossa jurisprudência foi chamada a pronunciar-se sobre uma situação de *wrongful life* no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 19 de junho de 2001 relatado por Pinto Monteiro e de extrema importância para o

¹³ Cfr. Acórdão da Cour de Cassation, de 17 de novembro de 2000 (www.courdecassation.fr)

¹⁴ A grande maioria dos argumentos prendiam-se com o facto de o nascimento nunca poder ser considerado como um dano em nome da “santidade da vida” e que uma decisão como a do caso *Perruche* tinha por detrás uma política eugénica (aborto) implícita. Já os médicos queriam evitar a todo o custo que pudessem ser responsabilizados pelo nascimento de uma criança sempre que a sua conduta não provocasse diretamente o dano que se pretende reparar. *Vide* SARA ELISABETE GONÇALVES SILVA in “Vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência”, RJLB, ano 3 (2017), nº2

¹⁵ Esta pequena frase é altamente controversa, sobretudo tendo em conta que não estamos a falar de um nascimento puro e simples, mas sim de um nascimento com múltiplas deficiências e malformações que acarretam, obviamente, dor e sofrimento não só para a criança em causa, mas também para os seus progenitores.

¹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *op cit.* p.71

debate desta questão jurídica porque foi a primeira vez que um tribunal superior português foi chamado a intervir nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life*¹⁷.

Em causa estava um litígio entre o menor (autor) representado pelos seus pais contra o médico e uma clínica de radiologia (réus). Foi alegado pelo autor que, aquando da sua gestação, a mãe do autor consultou os serviços médicos dos réus com o intuito de obter informação sobre o estado da sua gravidez. Numa dessas várias consultas, o réu (médico) aconselha a mãe do autor a realizar uma ecografia na clínica do segundo réu para aferir do estado de saúde do feto. No entanto o médico não cumpre com aquilo que era a prática médica habitual e as diretrizes/orientações de várias associações médicas, visto que eram necessários outros exames médicos, nomeadamente as medições embrionárias, para detetar as malformações naquele caso em específico. Face a isto, veio pedir uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela negligência dos réus que assistiram a sua mãe durante a gravidez.

O STJ não deu provimento a esta ação focando-se essencialmente em dois argumentos: o autor tinha fundado o seu pedido num direito que não era seu, mas sim dos seus progenitores (autodeterminação reprodutiva); e não era possível sindicar um “direito à não-existência”.

Relativamente ao primeiro argumento, apesar de não concordarmos com o desfecho final deste caso, entendemos que o STJ abordou e resolveu este problema de forma correta. No fundo, o autor, representado pelos seus pais, apesar de pedir o ressarcimento de danos por si sofridos, funda este pedido de indemnização com base no direito dos pais em optarem ou não pelo aborto, ou seja, faz o pedido de indemnização por ter havido violação da autodeterminação dos progenitores. No entanto, o STJ faz, e bem, o seguinte reparo “...não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos ... com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detetado tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma - o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito

¹⁷ É de notar que esta decisão também foi alvo de críticas por alguma doutrina. MENESES CORDEIRO *in* “*Tratado de direito civil português*” refere que deve ser concedida uma indemnização aos pais do autor por violação do contrato de tratamento médico e falta do dever de informação por parte do médico; também ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, “*Consentimento informado*” e PAULO MOTA PINTO, “*Ainda a indemnização por nascimento indevido*”, mostram-se críticos por entenderem que uma tal decisão leva a uma irresponsabilidade dos médicos no âmbito da medicina pré-natal.

ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros.”¹⁸ De facto, no caso em apreço o autor nunca poderia ter fundamentado o seu pedido de indemnização na violação deste direito de reprodução, pois o seu exercício cabia única e exclusivamente aos seus progenitores. É a eles que lhes compete decidir se prosseguem ou não com a gravidez, são eles que são privados de uma escolha consciente e informada, logo qualquer tipo de dano que se fundamente nesta privação à autodeterminação terá de ser sempre pedida pelos progenitores e nunca pela criança.

Relativamente à questão relativa ao direito à “não-existência”, o Supremo entende que o nosso ordenamento não prevê esse direito porque o mesmo é contrário aos princípios constitucionais (art. 24.º CRP) e aos direitos de personalidade (arts. 70.º e seguintes CC) plasmados no nosso ordenamento jurídico e que, como tal, uma pretensão que se pretenda valer pelo simples facto de ter nascido, nunca poderá ter êxito nos tribunais portugueses. Refere ainda que “... nos termos em que a problemática é colocada, pode dizer: não queria existir (autor), logo tenho direito a uma indemnização por isso acontecer. Tal direito, que não encontra consagração na nossa lei, mesmo que exista, não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho.” Salvo melhor opinião e sempre com imenso respeito pelas decisões do Supremo, entendemos que o tribunal interpretou mal o problema. Não entendemos estar perante uma situação de “não-existência”, mas sim perante uma situação de “vida diminuída”, ou seja, numa situação onde uma vida com inúmeras malformações e patologias, apesar de ter toda a dignidade que toda e qualquer outra vida merece, não se deve escamotear que essas limitações se traduzem em danos concretos e que entendemos ser passíveis de serem compensados. Outro ponto que também nos parece relevante referir é que, ao contrário do defendido pelo STJ, quando entende que “mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor”, é nossa posição considerar possível usar o instituto de representação em casos específicos, sob pena de esvaziamento do sentido útil da ação, isto porque há situações de *wrongful life* onde o menor sofre de patologias de tal forma graves levando a uma das seguintes hipóteses: ou mesmo que atinja a maioridade, nunca conseguirá formular um tal juízo; ou então porque nunca terá expectativas de atingir a maioridade precisamente pela pouca esperança de vida que estes casos comportam.

¹⁸ Ac. STJ 19/06/2001 relator Pinto Monteiro, consultado em www.dgsi.pt. Como é referido em *Revista de Legislação e de jurisprudência*, ano 134º, Coimbra, comentado pelo próprio António Pinto Monteiro é deixado em aberto a possibilidade de admitir os casos de *wrongful birth*, desde que o pedido seja feito pelos progenitores e não pelo filho.

No entanto, nos anos seguintes, a jurisprudência tem vindo a demonstrar, com relativa uniformidade, uma maior aceitação para as hipóteses de *wrongful birth*¹⁹. Já o mesmo não poderá ser dito acerca das ações de *wrongful life*.

Um outro acórdão da jurisprudência nacional e que é importante referir é o acórdão do STJ, datado de 17 de janeiro de 2013, relatado por Ana Paula Boularot, cujo veredicto foi novamente a de não admissão do pedido de indemnização por *wrongful life*. Apesar da decisão em nada contrariar aquilo que tem sido a corrente dominante, é, no entanto, de realçar que não foi de todo uma decisão unânime²⁰.

O caso *sub judice* partilha, no geral, os mesmos contornos que o caso anterior, i.e., mãe que se encontra numa certa fase da gestação do seu filho, dirige-se a uma instituição hospitalar para aí realizar ecografias necessárias a apurar o estado do feto, sendo que aquando da análise dos referidos exames, o médico faz uma má interpretação dos mesmos e informa a mãe de que está tudo normal com o feto e de este que não padece que qualquer problema. O Supremo conclui, sem grandes dificuldades, pela verificação dos pressupostos da responsabilidade civil para a pretensão de *wrongful birth*, uma vez que entendeu haver violação da *legis artis* por parte do médico (conduta ilícita e culposa) e que essa falta de informação foi decisiva para a produção do resultado (nexo de causalidade).

Já quanto à pretensão do filho relativamente à *wrongful life*, o Supremo não teve o mesmo entendimento. À semelhança dos argumentos invocados no acórdão de 2001, os principais argumentos invocados contra a *wrongful life* prendem-se com o facto de ser uma ação que vai contra os princípios constitucionais que tutelam a dignidade e integridade da vida humana, não haver qualquer consagração legal sobre um “direito à não-existência”, bem como ser extremamente difícil justificar que o ato/comportamento negligente dos Réus tenha provocado as malformações na criança, caindo por terra

¹⁹ Isso mesmo é facilmente demonstrado pelas inúmeras decisões a favor dos pedidos de *wrongful birth*. Cfr. TRG 19 de junho de 2012 (rel. Rosa Tching), TRP 1 de março de 2012 (rel. Filipe Carôço), STJ 12 de março de 2015 (Hélder Roque), TRL 30 de abril de 2015 (rel. Paulo Duarte Teixeira), TRP 1 de julho de 2021 (rel. Paulo Duarte Teixeira). Também o Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de se pronunciar sobre este tema no acórdão n.º 55/2016 (rel. Teles Pereira), quando questionado sobre a constitucionalidade dos arts. 483.º, 798.º e 799.º CC quando interpretados no âmbito de uma ação de *wrongful birth*, tendo-se pronunciado pela não inconstitucionalidade das normas referidas (disponível em www.tribunalconstitucional.pt)

²⁰ Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt. Nesta decisão houve um voto de vencido do conselheiro Pires de Rosa, bem como declaração adicional da conselheira Maria Pizarro.

qualquer possibilidade de responsabilizar o médico e a instituição hospitalar nestes moldes. De notar, contudo, que o voto de vencido do conselheiro Pires da Rosa vai no sentido de dar provimento à hipótese de *wrongful life*, por entender que o filho, nestes casos específicos, tem uma espécie de “direito dormente” que se autonomiza no momento do seu nascimento e que em nome da dignidade da pessoa, deve ser possível conceder uma indemnização à criança que lhe “permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de uma forma mais ... digna”²¹.

Após este breve compêndio de decisões jurisprudências sobre as ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, compete agora analisar em detalhe aquilo que está em causa e perceber de que forma a este problema pode encontrar (ou não) soluções no instituto da responsabilidade civil, no nosso ordenamento jurídico.

²¹ Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt

Wrongful birth e Wrongful life à luz do regime da Responsabilidade Civil

Conforme foi referido no início, o objetivo desta dissertação é aferir se os problemas levantados pelas ações de wrongful birth e wrongful life podem encontrar solução na responsabilidade civil que vigora no nosso ordenamento jurídico. Uma vez que estamos perante uma questão sobre responsabilidade médica, pode colocar-se a questão de saber em que “esfera” da responsabilidade civil nos situamos: na responsabilidade contratual (arts. 798^{o22} e ss.) ou na responsabilidade extracontratual (arts. 483^o e ss.). Acerca desta questão, quer a doutrina, quer a jurisprudência admitem a existência dos dois tipos de responsabilidade, visto que há quer violação de deveres contratuais estabelecidos no contrato de prestação de serviços entre os progenitores e o médico, quer ainda violação de deveres legais.

Compete-nos, essencialmente, saber em que medida as ações de wrongful birth e wrongful life se enquadram no instituto da responsabilidade civil. Assim sendo, iremos proceder a uma análise cuidada de cada um dos seus pressupostos – facto voluntário do agente; ilicitude; culpa; dano; e nexos de causalidade entre o facto praticado pelo agente e os danos – para no final concluir se estas *wrongful actions* podem (ou não) encontrar solução no instituto da responsabilidade civil.

1. Facto Voluntário do Agente

O primeiro pressuposto em análise é, porventura, o que menos celeuma tem causado quer à doutrina, quer à jurisprudência, no que toca à sua verificação nas hipóteses de *wrongful birth* e *wrongful life* – refiro-me ao “facto voluntário do agente”.

Segundo os ensinamentos de ANTUNES VARELA, entende-se por facto voluntário “o facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana.²³” É importante notar que o pressuposto do facto voluntário se encontra preenchido quer haja uma ação (i.e. facto positivo), quer uma omissão sempre que haja o

²² Os artigos sem menção de origem pertencem ao Código Civil Português (CC).

²³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, págs. 527 a 529

dever jurídico especial²⁴ de praticar um ato que teria impedido a produção do dano (art. 486.º)

O comportamento a ter em atenção nestes casos será normalmente uma omissão, isto porque a conduta do médico não cumpre a chamada *legis artis*²⁵, ou seja, o médico adota um comportamento que não corresponde à prática médica habitual, nomeadamente quando não realiza os exames adequados a detetar as malformações do feto ou simplesmente não informa devidamente os progenitores de que o feto padece de problemas congénitos. Também podemos estar perante um facto positivo, quando o médico, apesar de ter realizado os exames devidos, faz uma má interpretação dos resultados e informa erradamente os pais sobre o estado do nascituro.

Em qualquer das hipóteses acima apresentadas estamos inevitavelmente perante uma violação do dever de informação a que todo e qualquer médico está adstrito aquando da prestação de assistência médica. Como é demonstrativo dos inúmeros diplomas que tutelam os direitos dos pacientes e os deveres a que os médicos estão vinculados durante a prestação da sua atividade²⁶, o dever de informação reveste particular importância sempre que nos situamos no âmbito da prestação de cuidados médicos. Apesar de, na maioria das relações jurídicas, o dever de informação ser considerado como um dever meramente acessório ou secundário, entendemos que, na esfera das investigações médicas, especialmente nos exames de diagnóstico pré-natal, é indispensável o cumprimento rigoroso do dever de informação, porque só assim é que se assegura a possibilidade de escolha e consentimento informado que é devido aos progenitores.

2. Ilicitude

²⁴ Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.* Este dever jurídico especial pode resultar quer por imposição da própria lei, quer ainda por negócio jurídico celebrado por entre as partes. Entendemos que sobre o médico recai esse dever jurídico especial, quer resulte da lei (por exemplo arts. 19º e 20º do Código de deontologia dos Médicos), quer ainda do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes.

²⁵ Refere LUCÍLIA NUNES *in* Responsabilidade do profissional de saúde – esfera de ação, enquadramentos e contextos, edição CEJ, Lisboa, 2013, págs. 14-40, “parece claro que a exigência é de uma atuação que observe os deveres de cuidado ... existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por ação ou omissão dos deveres de cuidado, conforme os dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento”.

²⁶ A nível internacional *vide*, Código de Nuremberga (1948), Declaração de Helsínquia (1964), Declaração de Lisboa sobre os direitos do doente da associação médica mundial (1981), Declaração para a promoção dos direitos dos pacientes (1994), Convenção sobre os direitos do Homem e a Biomedicina (1997); a nível nacional *vide* Constituição da República Portuguesa (art. 26º nº1 e 3), Lei de bases da saúde (Lei nº48/90 de 24 de agosto), bem como o Código de Deontologia da Ordem dos Médicos (arts. 4º, 5º e 19º).

O segundo pressuposto a tratar será o da ilicitude. Entende-se por ilicitude o comportamento antijurídico que viole o direito de outrem (i.e direitos absolutos) ou que viole lei que proteja interesses alheios²⁷ (art. 483.º), consistindo assim, numa desconformidade entre o comportamento devido e o comportamento efetivamente adotado. De notar ainda que a ilicitude pode concretizar-se de formas muito específicas. Refiro-me às hipóteses de ofensa do crédito ou do bom nome (art. 484º); conselhos, recomendações ou informações (art. 485º); e finalmente por omissões (art. 485º).

Ao contrário do pressuposto anterior, a ilicitude começa a levantar algumas questões complexas quanto às *wrongful actions*, especialmente na hipótese de *wrongful life*.

Começando pelo caso mais “simples” e mais consensual, a ilicitude nas ações de *wrongful birth* pode dar-se por verificada de duas maneiras distintas.

Caso se pretenda ver pelo prisma da responsabilidade extracontratual, a ilicitude manifesta-se na modalidade de violação de direitos absolutos dos pais (art. 483.º) – direito à autodeterminação reprodutiva, que impossibilita o recurso à IVG – bem como na violação da *legis artis* a que o médico está vinculado, incorrendo num incumprimento do dever de informação e que limita severamente o consentimento informado²⁸.

Na perspetiva da responsabilidade contratual, há também aqui uma clara violação da prestação contratual, que se traduz na violação de deveres laterais de conduta que resultam do contrato de prestação de serviços celebrado entre médico e paciente. Ao não informar (ou informar de forma errada) sobre o estado clínico do feto, o médico incorre aqui num incumprimento contratual e, como tal, suscetível de ser responsabilizado através do art. 798.º.

²⁷ Sempre que esteja em causa esta modalidade de ilicitude, será necessário a verificação de determinadas circunstâncias: a lesão dos interesses particulares corresponde a ofensa de norma legal; que se trate de interesses alheios legítimos (não protege meros interesses reflexos); que a lesão se efetive no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela. Vide MÁRIO JÚLIO de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12.ª ed., 2010, págs. 499 a 502.

²⁸ Entende-se que a finalidade do consentimento informado é a “do esclarecimento que permita ao seu paciente, com base no seu sistema de valores, determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta”. Cfr. ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA *in Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, Congresso Internacional sobre: “Os Desafios do Direito face às Novas Tecnologias”. Esta doutrina relativa ao consentimento informado tem ganho uma importância cada vez maior em virtude dos avanços da genética e da medicina reprodutiva que permitem detetar malformações ou problemas congénitos de forma antecipada e com um elevado grau de eficácia.

Quanto à ilicitude em casos de *wrongful life*, deparamo-nos com problemas complexos. Da perspetiva da responsabilidade extracontratual, pergunta-se qual o direito (ou direitos) que foram violados com a conduta do médico.

Há uma parte significativa da doutrina que entende ter sido violado um potencial “direito à não-existência”; “direito à não-vida” ou “direito a nascer saudável”²⁹. O direito a não nascer consiste, *grosso modo*, num hipotético direito do feto a ver interrompida a sua gestação mediante um aborto, à semelhança de um “poder/dever”. cremos, no entanto, que este não é o caminho juridicamente mais correto, em virtude dos inúmeros problemas que um tal direito acarreta. O nosso ordenamento jurídico preza-se pela importância de toda e qualquer vida, pela dignidade que cada sujeito tem inerente ao seu “ser”. É extremamente difícil e, até certo ponto, paradoxal, afirmar que um sistema como o nosso defende um “direito à não-existência”³⁰. Outro argumento que também nos leva a rejeitar esta ideia é, como afirma PAULA NATÉRCIA ROCHA, o facto de a indemnização que se quer atribuir nestes casos não ter como pressuposto a violação de um qualquer direito a não nascer, mas antes numa indemnização que permita à criança “que nasceu portadora de deficiência em virtude de um erro ilícito, suportar o encargo da sua condição de forma digna”.

Não sendo possível enquadrar as situações de *wrongful life* na primeira modalidade de ilicitude, resta-nos analisar a segunda modalidade, ou seja, saber se há (ou não) uma lei destinada a proteger interesses alheios e que tenha sido violada.

Quanto a esta modalidade, podemos dizer com convicção que a conduta adotada pelo médico resulta sempre na violação da chamada *legis artis* (arts. 142.º, n.º 2, al. c) e 150.º do Código Penal, e art. 483.º CC) nomeadamente no dever profissional do médico em informar o paciente de tudo aquilo que possa ser considerado relevante para o seu consentimento informado. Estes deveres profissionais, em virtude não só do avanço e progresso que a medicina tem tido nas últimas décadas, bem como os inúmeros princípios

²⁹ O direito a nascer saudável apenas ganhar relevância nos casos particulares de fecundação *in vitro*, onde o embrião é gerado por mecanismos humanos, logo há um maior poder de controlo sobre a composição genética do feto e, portanto, é possível garantir com um maior grau de certeza um nascimento em boas condições. *Vide*, VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.* pág. 73.

³⁰ Relativamente à “não-existência”, não deixamos de nos questionar se este é um direito que pode vir a estar consagrado no nosso ordenamento, especialmente se analisar as investidas cada vez mais frequentes de uma lei que aprove a morte medicamente assistida. Da mesma forma que a despenalização do aborto (lei 16/2007, até à 10ª semana de gestação a pedido da grávida ou até à 24ª semana em caso de malformação do feto) contribuiu de forma fundamental para o debate dos casos de *wrongful birth*, acreditamos que a “imminente” aprovação da eutanásia possa contribuir para justificar um direito à “não-existência”.

ditados pelas organizações internacionais, estão sujeitos a uma sindicância cada vez maior por parte do paciente. Também deve ser dito que o dever de informação, em especial na atividade médica, reveste particular importância, uma vez que a sua violação pode fazer o médico incorrer em responsabilidade.

Relativamente ao conjunto de situações em análise, cremos que o dever de informação a que o médico está adstrito visa salvaguardar não só a mãe, mas também o nascituro, que tem um “especial interesse” no cumprimento das regras e princípios da prática médica, com vista à proteção da futura criança dos ónus que acarretam uma vida com uma deficiência grave.³¹ No entanto, esta figura de “deveres sem sujeitos ativos³²” entra em choque com alguns princípios básicos que regem o direito civil, nomeadamente o art. 66.º n.º 1 do Código Civil que determina que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento completo e com vida e que a existência de eventuais direitos dependem do nascimento.

Cremos, porém, que este problema tem uma solução. Sabemos que apenas o nascimento completo e com vida confere personalidade jurídica à pessoa. Mas tal premissa não implica uma total desproteção ao nascituro, havendo mesmo casos onde é possível “pré-conferir” direitos ao nascituro, como por exemplo o art. 952.º e art. 2033.º que permite que a doação seja feita a favor de nascituro, entre outros³³. Há aqui um reconhecimento da lei de que o nascituro é uma entidade jurídica capaz de ser titular de direitos e digna de uma certa medida de proteção, ainda que subordinados ao nascimento completo e com vida^{34/35}.

Entendemos assim que, nos casos de *wrongful life* onde está em causa a dignidade e a vida do nascituro, e tendo em atenção o estatuto jurídico do embrião, a ilicitude (na segunda modalidade) encontra-se preenchida por falha no cumprimento dos deveres

³¹ Quanto a esta ideia de proteção da criança futura, vide PAULO MOTA PINTO, *op. cit.* 567.

³² Sugerido por MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano*, in Revista Ordem dos Advogados. O autor entende que há determinados deveres destinados a acautelar interesses de pessoas futuras, dando como exemplo os casos de responsabilidade ambiental. Reconhece, no entanto, que é uma figura que rompe com a visão tradicional da responsabilidade aquiliana, construída em torno de direitos titulados por um sujeito, como dita o art. 483.º.

³³ Também a possibilidade de perfilhação de nascituros e a atribuição do poder de representação dos pais, ainda que nascituros (arts. 1875.º e 1878.º n.º 2, respetivamente).

³⁴ Relativamente a esta “pessoalidade” do embrião vide VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, pág. 76.

³⁵ Também a favor do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, vide MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Proteção Juscivil da Vida Pré-Natal – sobre o Estatuto Jurídico do Embrião*, in Jornadas de Homenagem ao Prof. Dr. Bigotte Chorão, pág. 138.

jurídicos dos médicos para com os nascituros, no sentido de prevenir a conceção com malformações graves e prejudiciais à sua saúde.

Do ponto de vista da responsabilidade contratual, também nos deparamos com alguns problemas. Tendo em conta que entre médico e os progenitores foi celebrado um contrato de prestação de serviços, qualquer violação do contrato por parte do médico só poderá ser sindicada pela outra parte do contrato, ou seja, pelos progenitores. Este é um dos principais argumentos invocados quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, que rejeitam a admissibilidade da *wrongful life*³⁶. Apesar de também concordarmos que o nascituro não é parte no contrato, isso não implica que não haja uma alternativa que permita ao “nascituro” acionar a responsabilidade contratual, nomeadamente através daquilo que tem sido apelidado pela doutrina como a “terceira via da responsabilidade civil”, i.e. “contrato com eficácia de proteção de terceiros³⁷”.

Esta figura resulta de uma construção doutrinal e jurisprudencial e a sua aplicação aos casos de *wrongful life* tem sido amplamente discutida. Os contratos com eficácia de proteção de terceiros são contratos nos quais se reconhece que, para além dos principais, secundários e acessórios do devedor para com o credor, resultam ainda determinados deveres laterais criados pelo próprio contrato e que se podem estender a terceiros de tal forma que, caso haja uma violação contratual desses deveres, esses terceiros se tornam credores de um direito a indemnização³⁸, precisamente porque estão abrangidos pelo círculo de proteção do contrato³⁹.

No entanto nem todos os contratos partilham esta eficácia protetora de terceiros, sendo necessário a conjugação de alguns requisitos. Primeiro, é fundamental que haja uma especial relação de proximidade entre o credor e o terceiro; seguidamente, essa relação

³⁶ Argumento invocado no acórdão do STJ 19/06/2001, onde se alega que o nascituro invoca um direito que pertence aos seus progenitores, bem como no acórdão do STJ 17/1/2013 onde se entendeu que “o autor (criança) não foi parte do contrato entre médico e progenitores e não poderia estar em causa um direito do nascituro”. Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁷ Recordar que foi através desta figura que o tribunal holandês admitiu a pretensão da criança no caso “baby Kelly”, contribuindo fortemente para a aplicação desta figura a subsequentes casos de *wrongful life*.

³⁸ De notar que estes terceiros se tornam credores de uma indemnização não por incumprimento de um dever de prestar, mas sim pelo incumprimento de deveres acessórios que compõem a relação obrigacional, vide MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Autoestradas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2005, Vol. II, consultado em www.portal.oa.pt.

³⁹ Há autores que, apesar de reconhecerem a aplicação desta figura às hipóteses de *wrongful life*, exigem que haja a manifestação de vontade da mãe, no sentido de englobar o feto no escopo de proteção do contrato. Cfr. Marta de Sousa Nunes Vicente, *op. Cit.* pág. 131.

de proximidade tem de ser perceptível ao devedor; finalmente, o credor e o terceiro devem ter interesses coincidentes.⁴⁰

Para que esta formulação seja aplicável aos casos de *wrongful life*, é necessário aferir se o nascituro pode (ou não) ser considerado como o terceiro a ser protegido com a celebração deste contrato. Cremos que nestes casos específicos - onde a prestação principal é analisar o estado de desenvolvimento/saúde do embrião - o nascituro pode e deve ser considerado como terceiro para a tese em causa. Vejamos.

O credor da prestação (mãe) partilha claramente uma relação especial com o ente que se quer considerar como terceiro (nascituro) e, portanto, está inserido no âmbito de proteção do contrato celebrado. Também entendemos que o devedor (médico), quando executa a prestação a que está devido, está plenamente ciente da especial relação de proximidade entre credor e terceiro (ao fim ao cabo, a prestação contratada tem como intuito perceber em que estado se encontra não só a mulher grávida, mas também o terceiro/feto). Quanto ao requisito do interesse coincidente, parece-nos óbvio que, tanto a mãe, como o nascituro, têm interesse no seu (nascituro) desenvolvimento normal e são⁴¹.

Entendemos, assim, que a aplicação desta figura aos casos de *wrongful life* se justifica para os contratos de prestação de serviços em que estejam em causa exames relativos ao estado da grávida e do seu feto, justamente pelos deveres acessórios que formam o próprio contrato e que se destinam à proteção não só do seu credor, mas também de certos terceiros (nascituro).

3. Culpa

O terceiro pressuposto que nos compete analisar será o da culpa. A culpa consiste, para além da questão da imputabilidade do agente, naquilo que Antunes Varela apelida de “nexo psicológico entre o facto praticado e a vontade do lesante”⁴², de modo a exprimir um juízo de reprovabilidade à conduta do agente, podendo revestir duas modalidades –

⁴⁰ CARLOS FERREIRA DE ANDRADE, *Contratos II*, Almedina, 3ª edição, 2012, p. 50

⁴¹ A aplicação desta figura nos contratos de análise médica da gravidez em curso já foi defendida pelos nossos tribunais, nomeadamente no acórdão do TRL de 14/11/2013 (relatora Teresa Albuquerque), tendo sido entendido que “...em situações como a dos autos, de contrato de prestação de serviços laboratoriais (ou ecográficos) a uma mulher grávida, não obstante apenas esta celebrar o contrato, não repugna - precisamente porque «as partes estão cientes de que, com ele se pretende, também um certo objetivo dirigido a terceiros», e porque «o escopo do contrato na sua compleição externa, como nas suas projeções no espírito das partes, é o de avantajar interesses de pessoas não celebrantes» - estender a proteção do mesmo ao pai do nascituro e ao próprio nascituro.” Acórdão disponível em www.dgsi.pt

⁴² Antunes Varela, *op. cit.* pág. 566

dolo e negligência. Por estarmos no âmbito da responsabilidade médica, a culpa reveste algumas particularidades importantes para o nosso estudo, nomeadamente o critério a utilizar para avaliar o nível de culpa; a questão do ónus da prova; e ainda a “eterna” questão da qualificação da prestação médica como obrigação de resultado ou de meios.

Nos casos de *wrongful actions*, estaremos principalmente perante condutas negligentes resultantes da violação da *legis artis* por parte do médico pelo não cumprimento dos deveres de cuidado e de proteção a que estava obrigado, mais precisamente pela incorreta análise dos resultados dos exames efetuados que, aliados à falta de informação ou informação errada sobre o estado de saúde da grávida (e do feto), inquinará qualquer decisão a tomar sobre o prosseguimento daquela gravidez. De notar que, tal como indica Luís Guimarães Pinto⁴³, apesar de na área da medicina se presumir estarmos perante um compromisso de meios e só nalguns casos num compromisso de resultados, há que fazer a distinção entre “erro médico culposo” e “erro médico legítimo”. O primeiro deve-se a imprudência ou imperícia sempre que médico faz mal ou deixa de fazer algo que era imposto pela *legis artis*. O segundo são situações em que o médico, apesar de ter empregado todo o conhecimento e técnicas ao seu dispor, não consegue alcançar o resultado desejado porque lida com variáveis que não consegue controlar. Os casos de *wrongful life e birth* inserem-se necessariamente no primeiro tipo de “erro”, visto que apenas nos situamos nos casos de erros grosseiros e não na esfera da mera possibilidade.

Quanto à questão do critério a utilizar para avaliar o nível da culpa, a nossa lei é clara quanto ao critério/padrão a utilizar para aferir a culpa do agente. Indica o art. 487º nº 2 que a culpa se determina de forma abstrata, i.e será “apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”⁴⁴. Óbvio que, uma vez inseridos na responsabilidade médica, o critério do “bom pai de família”, transmuta-se para a diligência que o médico comum, dotado dos normais conhecimentos exigidos para aquela atividade, teria face às circunstâncias do caso.

⁴³ Luís Guimarães Pinto, “Ações wrongful birth e wrongful life – uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil”, Revista Direito Lusíada 12, artigo publicado a 27 de outubro de 2015

⁴⁴ Quanto a este artigo, não queríamos deixar de referir que, tal como indica Antunes Varela *in op. cit.* pág. 575, no âmbito da área contratual havia alguma doutrina e jurisprudência que apelavam a um critério mais concreto derivado do princípio da liberdade contratual, onde cada um dos contraentes tem liberdade para escolher o outro tendo em conta os seus interesses. Não nos deixamos de interrogar se, na área da responsabilidade médica, especialmente se houver uma relação de conhecimento e de confiança entre médico e paciente, se se não poderá exigir um outro grau de diligência adequado àquele devedor em concreto e diferente do “homem-médio”.

Relativamente à questão do ónus da prova (art. 342º), tal como referimos anteriormente, as *wrongful actions* podem ser intentadas como ações de responsabilidade extracontratual ou de responsabilidade contratual e, dependendo da via escolhida, o ónus da prova caberá a pessoas diferentes. No caso de responsabilidade extracontratual, deverá ser o autor a fazer prova dos factos que demonstrem uma atuação culposa por parte do médico. Já na responsabilidade contratual, impera a regra da inversão do ónus da prova (art. 799º)⁴⁵, cabendo assim ao médico invocar factos que demonstrem que atuou sem culpa porque empregou as providências exigidas e necessárias face àquela situação em concreto.

No entanto, no âmbito das ações de responsabilidade médica, há que discutir se a obrigação do médico era uma obrigação de resultado ou de meios⁴⁶. Apesar da tendência ser de qualificar as prestações médicas como obrigações de meios – sendo apenas exigível uma atuação prudente e diligente segundo as “regras da arte” -, nomeadamente na área dos tratamentos, por vezes é necessário fazer uma análise casuística do objeto da prestação em causa, havendo áreas da medicina onde a prestação se revela como uma autêntica obrigação de resultado⁴⁷. Apesar da tendência verificada pela nossa jurisprudência em qualificar os contratos de prestação de serviços médicos como uma obrigação de meios⁴⁸, em especial no âmbito de operações e cirurgias onde o resultado/recuperação nem sempre é garantido, entendemos que, no âmbito da interpretação dos exames laboratoriais e de diagnóstico, estamos perante uma obrigação

⁴⁵ Uma parte da doutrina que entende não ser aplicável à responsabilidade civil médica o regime da inversão do ónus da prova para a responsabilidade contratual com o argumento de que estaria a sobrecarregar a posição do réu/médico, vide MOITINHO DE ALMEIDA, *responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, tomo XXI; TEIXEIRA DE SOUSA, *sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*, in Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL, Lisboa. Salvo o devido respeito por opinião contrária, não subscrevemos a este pensamento porque cremos, tal como Lusa Pinto César Correia de Paiva na sua tese de mestrado, in *Pretensões de wrongful life: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?*, sob a orientação científica da Dr^a Joana Vasconcelos e Dr^o Jorge Furtado, Faculdade de direito de Lisboa da Universidade Católica de Lisboa, 2011, para além da posição débil do lesado face ao médico, é este quem está em melhor posição para provar que cumpriu com a sua obrigação contratual

⁴⁶ Há, no entanto, doutrina que rejeita de todo a divisão entre obrigação de meios e de resultados. Neste sentido, vide Calvão da Silva in *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Almedina, ano 2007, pág. 75 e ss.

⁴⁷ Neste sentido, Hígina Castelo in *De que falamos, quando falamos de contrato de serviços – ainda os conceitos de meios e de resultado*, ROA, Ano 79 (2019), III/IV, pp. 639-669, quando refere a propósito dos contratos de prestação de serviços que sendo um campo dominado pela liberdade contratual “aferir se o devedor contraiu uma obrigação de resultado, se de meios, depende da interpretação do contrato celebrado... de acordo com os arts.º 236º a 238º CC (págs.645 a 648). Também a confirmar esta posição, acórdão do STJ proc.nº209/06.3TVPR.T.P1.S1 de 15 de dezembro de 2011, relator Gregório Silva Jesus; acórdão do STJ, proc.nº 296/07.7TBMCN.P1.S1, de 23 de março de 2017, relator Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁸ A confirmar esta posição cfr. acórdão STJ, proc. Nº 3784/15.8T8CSC.L1.S1, de 21 de fevereiro de 2019, relator Oliveira Abreu; acórdão TRG, proc. nº 304/17.3T8BRG.G2, de 14 de janeiro de 2021, relator Cristina Cerdeira, disponível em www.dgsi.pt

de resultado, derivado dos avanços tecnológicos registados na última década que permitem detetar problemas e malformações com grande rigor e com um nível de incerteza praticamente residual⁴⁹. Ao médico analista compete somente interpretar os resultados dos exames realizados⁵⁰ e se erra nessa análise e em consequência fornece um resultado cientificamente diferente do que consta do relatório, há que concluir que atua culposamente.

4. Dano

Quanto ao quarto pressuposto da responsabilidade civil, para haver obrigação de indemnizar, é imprescindível que haja dano, ou seja, que o facto ilícito culposo produza um prejuízo, quer seja um dano patrimonial, quer seja um dano não patrimonial⁵¹. Torna-se, portanto, necessário identificar o “dano”, nos casos de *wrongful life* e *wrongful birth*.

Nas hipóteses de *wrongful birth*, tem sido progressivamente pacífico a afirmação da existência de danos nestes casos. Apesar de ser relativamente consensual que o dano que se manifesta nestas situações se prende com a privação de uma escolha e do planeamento familiar (optar pela IVG) com repercussões patrimoniais e não patrimoniais, não poderíamos deixar de fazer de uma breve referência a uma solução que tem aparecido na jurisprudência nacional por influência da jurisprudência francesa e belga – o dano de “*perde de chance*”⁵² de obter um melhor resultado médico. Resumidamente, o autor da ação tem de provar que, em virtude da (falta de) informação perdeu a oportunidade de tomar uma decisão suficientemente informada, i.e. recorrer à IVG que impediria a o

⁴⁹ Neste sentido cfr. acórdão do STJ 08A183, de 4 de março de 2008, relator Fonseca Ramos; acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, proc. nº 3670/18.OT8VIS.C1, de 11 de fevereiro de 2020, relator Moreira do Carmo, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Note-se que o médico não se obriga a obter um resultado específico do exame. O resultado dependerá do estado de saúde do feto, algo que o médico ainda não pode controlar. Obriga-se, isso sim, a interpretar as informações que constam dos exames realizados. Neste sentido *vide*, VERA LUCIA RAPOSO, *op cit.* págs. 84 a 87, PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. Cit.* pág. 14. Também neste sentido jurisprudência STJ 17/01/2013 (Pires de Rosa voto de vencido) e STJ 04/03/2008 disponível em www.dgsi.pt.

⁵¹ Recordar que dano patrimonial é todo o prejuízo causado na esfera patrimonial do lesado, sendo suscetível de avaliação pecuniária podendo ser reparados ou indemnizados (restauração natural ou por equivalente); já o dano não patrimonial é o prejuízo que atinge bens fora do património do lesado e que não são suscetíveis de avaliação pecuniária. *Vide*, Antunes Varela, *op. cit.* pág. 598 a 601.

⁵² O dano da perda de chance consiste na perda de oportunidade de obter vantagem ou de evitar um prejuízo, impossibilidade devido à prática do facto ilícito, traduzindo-se num dano autónomo desde que reúna certos requisitos, nomeadamente tem de se tratar de um resultado sério/provável segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido em função dos indícios factualmente provados no caso em concreto. *Vide* LEONOR CATELA TEIXEIRA, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexos causal?”, Revista de Direito Civil.

nascimento da criança com malformações e consequentes danos patrimoniais e não patrimoniais.

Já nos casos de *wrongful life*, a posição dominante (quer da jurisprudência, quer da doutrina), tem invocado vários argumentos contra a verificação de danos nas situações em apreço, em específico o problema do dano “não-existencial”; a impossibilidade de se comparar a situação atual (do nascituro) com a situação em que estaria caso não ocorresse o facto -*counterfactual test*-; bem como a dificuldade em calcular o montante da indemnização a atribuir a estas ações.

Quanto ao problema da “não-identidade”, a doutrina majoritária defende que a criança fica impedida de exigir qualquer tipo de reparação do dano por negligência médica porque o pedido formulado pelo autor que nasce portador de deficiência em virtude de erro médico implicaria a destruição dos pressupostos nos quais assenta o pedido de indemnização, uma vez que a criança não nasceria sem a deficiência. É o próprio erro médico que se revela como condição essencial da situação do lesado. Caso o erro médico não tivesse ocorrido, o autor, que alegadamente tem um interesse em não existir, não existiria de facto. Defender que a vida em si é um prejuízo seria um ato equivalente ao de disposição da própria vida. No entanto subscrevemos à visão partilhada por PAULA NATÉRCIA ROCHA no que toca ao argumento da “não-identidade”. O autor (criança), com a ação de *wrongful life*, não pretende “autolimitar nenhum direito de personalidade”⁵³, nomeadamente o seu direito à vida. Pretende, isso sim, ver-se ressarcida das acrescidas dificuldades que irá suportar durante toda a sua vida e que se traduzem num verdadeiro “dano real”.

O segundo argumento invocado pelos opositores à admissibilidade da *wrongful life* prende-se com o facto de ser materialmente impossível comparar a situação atual do lesado, com aquela em que estaria se não tivesse sofrido o dano, ou seja, segundo esta doutrina há a falta do *counterfactual test*. De facto, somos sensíveis o suficiente para perceber que fazer a comparação nestes moldes leva-nos a um paradoxo jurídico, isto porque é impossível comparar uma situação onde existe um ser que padece de graves problemas congénitos quando o termo de comparação é o de não-existência⁵⁴. Mas

⁵³ Paula Natércia Rocha, *op. cit.* pág. 16

⁵⁴ Refere Carel Stolker in *Wrongful life: The limits of liability and beyond*, International and Comparative Law Quarterly, vol.43. – “in *wrongful life* claim, the child is forced by the rules of the game to compare its handicapped existence with non-existence”.

também não podemos deixar de referir que fazer uma tal comparação é desvirtuar a questão que temos em mãos.

Creemos que o termo de comparação para apurar esta “diferença negativa” segundo a teoria da diferença, não deve ser o de não-existência, mas sim o de uma pessoa “regularmente funcional”⁵⁵, isto porque o objetivo do autor quando intenta a ação não é o da reconstituição natural e muito menos procura um “auxílio à morte assistida”⁵⁶. O dano que aqui se pretende demonstrar não é a vida em si, mas sim determinadas condições de vida – *burden of existence*. Trata-se de reconhecer que as condições de vida a que a criança irá estar sujeita para o resto da sua vida são objetivamente mais penosas e limitadas comparativamente às de uma pessoa saudável. Também que não concordamos com certos autores quando entendem que a atribuição, por parte de um tribunal, de uma indemnização assente nestes pressupostos, seria o reconhecimento de que há vidas mais desvaliosas e que não merecem ser vividas, aliando um certo pensamento implícito de eugenismo e de ingerência do Estado. O mero reconhecimento da maior (menor) penosidade de certas condições de vida não contende em nada com a dignidade intrínseca a cada ser humano nem tampouco exprime qualquer objetivo estadual de criar descendências perfeitas.

As ações em apreço não visam fazer qualquer juízo sobre o (des)valor da vida em questão⁵⁷, mas antes dos sofrimentos e necessidades que a deficiência provoca no autor da ação. É importante perguntar se “se respeita mais a dignidade humana quando se recusa a indemnização, ou, pelo contrário, não será precisamente o respeito pela pessoa humana a exigir que se lhe reconheça esse direito a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade”⁵⁸. A indemnização a atribuir não assenta em qualquer suposição de que uma situação de não-existência é preferível a uma vida deficiente, mas antes no reconhecimento da dor e sofrimento gerados após o nascimento, de modo que o

⁵⁵ Para Mota Pinto *in op. cit.* págs. 5-25, seria uma “renovada afirmação de ofensa: não só a criança nasceu com grave deficiência, como, na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se a uma pessoa “normal”, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico”.

⁵⁶ Marta Nunes Vicente, *op. cit.* pág. 135.

⁵⁷ Tendemos a concordar com Mota Pinto, *op. cit.* pág.5 a 25 e Paula Natércia Rocha, *op. cit.* pág. 18, quando refere que “a atribuição de uma indemnização à própria criança não atinge a sua dignidade, uma vez que não tem que se fundamentar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa do que a não-existência. Ao atribuir uma indemnização à própria criança está-se justamente a promover a dignidade da criança, nomeadamente a promover condições para que possa realizar-se pessoalmente com a inerente integração na comunidade”.

⁵⁸ Paulo Mota Pinto, *op. cit.* pág. 558.

autor consiga levar uma existência, na medida do possível, de acordo com a sua dignidade humana. É que o chamado “*burden of existence*” comporta, desde logo, vários danos, quer patrimoniais, quer não patrimoniais. Quanto ao primeiro tipo, temos vários gastos associados às anomalias físicas ou mentais do autor, nomeadamente os custos médicos e assistenciais a prestar, a aquisição dos aparelhos imprescindíveis à criança, custos com a educação especial, eventuais perdas de rendimentos dos progenitores; quanto aos não patrimoniais, serão sempre aqueles que derivem do sofrimento, ansiedade e angústia gerados quer nos pais, quer na própria criança.

Quanto ao modo de compensar este a criança é notória a impossibilidade de aplicarmos a reconstituição natural a estes casos. No entanto, tal como indica o art. 566º, sempre que a reconstituição natural não se mostre viável, devemos optar pela indemnização em dinheiro, recorrendo, se necessário, a critérios de equidade, para fixar o montante da indemnização a atribuir. Relativamente ao *quantum* indemnizatório a conceder, há uma parte da doutrina que entende ser impossível ressarcir os danos não patrimoniais pela especial dificuldade em calcular o montante adequado a compensar este tipo de danos. No entanto, cremos que, tal como ANTUNES VARELA refere, o objetivo desta compensação é atenuar ou minorar os danos sofridos pelo lesado, sendo que “entre a solução de nenhuma indemnização atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação⁵⁹” é obviamente preferível a segunda solução, ainda para mais utilizando critérios de equidade que nos permitem, de alguma forma, dar resposta a estes danos.

5. Nexo de causalidade

O último pressuposto que temos de dar como verificado para aplicar o instituto da responsabilidade civil aos casos de *wrongful actions* é o nexos de causalidade entre o facto do agente e o dano. Trata-se de verificar se a falta cometida pelo médico, i.e, o

⁵⁹ Antunes Varela, *op. cit.* pág. 604. Conclui o autor que “mais imoral e bem mais injusto é o resultado a que conduz a tese oposta, negando qualquer compensação a quem sofreu o dano (o qual pode ser bem mais grave do que muitos danos patrimoniais) e deixando absolutamente intacto o património do autor da lesão, a pretexto da dificuldade ou da impossibilidade de fixar o montante exato do prejuízo por ele causado”.

incumprimento contratual em informar a mulher grávida sobre o estado do feto, é causa da deficiência ou malformações da criança.

O critério largamente utilizado no nosso ordenamento jurídico para aferir o nexo entre a conduta do agente e o dano é o critério da causalidade adequada previsto no art. 563º, no qual só haverá obrigação de indemnização em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão, ou seja, não basta que uma determinada conduta tenha produzido (naturalisticamente) determinado efeito para que este se possa considerar causado por ele, será ainda necessário que o evento danoso seja causa provável/adequada a esse efeito. Nas palavras de GALVÃO TELLES, “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar”⁶⁰.

Ora aplicando de forma rigorosa este critério às situações de *wrongful birth* e *life*, facilmente se percebe que não se encontra preenchido o nexo entre a conduta do médico e as malformações do feto. Não é a conduta (neste caso a omissão ou informação errónea) do médico que provoca, *per si*, as deficiências e os problemas congénitos de que o feto irá padecer, uma vez que estes têm origem genética.

Assim sendo, a resposta mais fácil seria afirmar que não há qualquer nexo de causalidade entre a conduta do médico e as malformações do feto. Porém, aderir a apenas um único critério para fundamentar este requisito, e não explorar outras soluções que podem ser interessantes do ponto de vista jurídico, seria redutor e prejudicial à discussão do tema das *wrongful actions*.

Como é consabido, o requisito relativo ao nexo de causalidade tem sido alvo de vários estudos por parte da doutrina e da jurisprudência e desses estudos surgiram vários critérios para além do critério da causalidade adequada. Portanto, tendo em conta este facto, vamos analisar alguns critérios que podem ser relevantes para o ensaio em causa.

O primeiro critério digno de nota vem diretamente importado da doutrina alemã, comumente apelidado de “comportamento alternativo lícito”. Em traços simples, quando estivermos no âmbito da violação de deveres de informação e respetivas

⁶⁰ Galvão Telles, *apud*, Pires de Lima/Vaz Serra, *Código Civil anotado*, vol.1, 4ª ed., Coimbra, 1987, pág. 578.

consequências, sempre que o paciente não for informado de forma suficiente sobre o seu estado de saúde e, em virtude dessa “desinformação”, não puder optar por um determinado procedimento cirúrgico que teria evitado a produção dos danos, presume-se que o paciente “se teria comportado de forma adequada tendo em conta essa informação”⁶¹ -presunção de um comportamento alternativo lícito –, ou seja, presume-se que nestes casos a mãe optaria sempre pela IVG, evitando assim a produção dos danos consequentes ao nascimento daquela criança.

Outro critério, utilizado com mais frequência pela doutrina francesa e não tanto pela nossa doutrina é o da “teoria da equivalência de condições”,⁶² em que simplesmente se aceita como causa do dano todos os eventos sem os quais ele não se teria produzido. Este critério parece-nos demasiado abrangente e poderia contribuir para um nexo de causalidade “sem fundo” onde toda e qualquer ação seria vista como adequada a produzir danos.

Um critério mais interessante e com algum potencial para ter aplicação nas *wrongful actions*, em especial para o caso de *wrongful birth*, é a “teoria do fim da norma”, onde o nexo se encontra preenchido sempre que o dano sofrido pertença ao núcleo de prejuízos que a norma visava impedir. No caso em concreto, se o objetivo da norma é o de impedir quaisquer problemas associados à saúde da mulher e do seu feto, e se a conduta do médico não cumpre com este objetivo, o incumprimento desta norma levará automaticamente à verificação do nexo de causalidade.

Para terminar, não podemos deixar de fazer referência à tese da “causalidade indireta” que tem tido vários defensores, tais como Pires de Lima, Antunes Varela, Mota Pinto, entre outros, e tem visto alguma aplicabilidade na nossa jurisprudência. Segundo estes autores, o nosso Código, quando consagra a teoria da causalidade direta no art. 563, não exclui a ideia de causalidade indireta, no sentido de admitir-se haver nexo de causalidade entre o dano e os factos que condicionem ou contribuam para outra ação que provoque o dano. Esta teoria tem especial relevo nos casos em que a atividade do médico, caso tivesse sido cumprida de acordo com a *legis artis*, teria permitido a liberdade de decisão

⁶¹ Mota Pinto, *op. cit.* pág. 572. Refere ainda o autor que “a decisão sobre a conduta a adotar não dispendo de informação, isto é, uma decisão não informada é um resultado diverso, na sua configuração concreta, da decisão que o interessado teria tomado com informação, pelo que tem que afirmar-se a causalidade entre a violação do dever de informação e este resultado, consistente na concreta decisão não informada, ligando-se depois esta à lesão sofrida segundo as regras gerais da causalidade”. *Vide*, Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., vol. 2, pág. 1385.

⁶² Marta Vicente, *op. cit.*, pág. 126 a 128.

esclarecida pelo prosseguimento da gravidez ou pela sua interrupção. Conforme afirma MARTA VICENTE “pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave, que não foi diagnosticada”.⁶³

Conclusão

Terminada a exposição da matéria fundamental para a compreensão do tema em questão, resta-nos concluir pela inclusão das *wrongful actions*, em especial *wrongful birth* e *wrongful life*, no instituto da responsabilidade civil.

De tudo aquilo que ficou exposto anteriormente, facilmente se percebe que este é um tema particularmente complexo, não só por contender com várias áreas do pensamento, como a Ética, Medicina, Religião, mas também porque o olhar do Direito sobre esta questão exigiu uma análise profunda do instituto da responsabilidade civil e uma sensibilidade jurídica suficientemente consciente para detetar os inúmeros problemas que este tema levanta e que não poderíamos deixar sem resposta.

Assim sendo, e à semelhança daquilo que vindo a progressiva aceitação da *wrongful birth* na nossa jurisprudência, entendemos que também os casos de *wrongful life* podem encontrar uma solução justa e adequada ao princípio da dignidade humana no instituto da responsabilidade civil.

Quanto ao pressuposto do facto voluntário do agente, rapidamente se pode aferir que o mesmo se encontra preenchido porque estaremos inevitavelmente perante que falha com a *legis artis* e que se traduz geralmente numa omissão do dever de informação ao qual está vinculado.

Já a ilicitude revelou-se o primeiro grande obstáculo à admissibilidade da *wrongful life*. Deparamo-nos logo com o problema de saber que tipo de responsabilidade estava em causa – contratual ou extracontratual. A jurisprudência e a doutrina têm vindo a admitir que um mesmo facto possa gerar quer responsabilidade contratual, quer extracontratual e entendemos que o caso em apreço desencadeia precisamente esta dupla “natureza” de responsabilidade de civil, apesar dos inúmeros problemas e dúvidas que certa doutrina tem levantado. Da perspetiva extracontratual surge, desde logo, o problema de justificar um “direito a não nascer”. Quanto ao prisma da responsabilidade contratual, temos a

⁶³ Marta Vicente, *op. cit.* pág.128.

questão do nascituro não se poder considerar como parte no contrato. Independentemente dos argumentos levantados contra a admissibilidade destas ações e, tendo em conta tudo aquilo que escrevemos acerca deste pressuposto, em especial a nossa resposta ao problema do direito a “não existir”, entendemos que a solução passa pela figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, em virtude da especificidade que reveste o contrato celebrado entre o médico analista e a paciente e que se traduz em deveres laterais destinados a proteger o nascituro.

A verificação do pressuposto da culpa é facilitada pelo facto de a conduta do médico analista não ser pautada de acordo a *legis artis*, dando-se assim a verificação de uma conduta negligente.

No entanto o pressuposto que exigiu uma análise mais cuidada e rigorosa foi o pressuposto do dano, isto porque tem sido este o maior entrave à admissibilidade das ações de *wrongful life*, muito graças ao argumento do dano “não-existencial” e a impossibilidade de comparar a situação atual do nascituro com uma situação onde não existe. Tal como referimos na parte onde tratamos o dano, entendemos que a análise deste pressuposto não pode ser colocada nestes moldes porque implicaria sempre uma resposta negativa. Devemos, isso sim, entender o dano como as deficiências que a criança objetivamente padece e que se traduzem, muita das vezes, em dor, angústia e sofrimento. Também não concordamos com certos autores quando referem que admitir o seu nascimento desta criança como um dano é desvalorizar a sua vida e a sua dignidade. Muito pelo contrário, é precisamente pela dignidade que assiste a todo e qualquer ser humano, independentemente das circunstâncias do seu nascimento, que deve ser admissível a possibilidade deste nascituro comparar-se com qualquer outra criança regularmente funcional.

Finalmente quanto ao nexo de causalidade e conforme fica patente, não é por falta de critérios válidos que pode negar o nexo entre o facto do médico e do agente. De todos os critérios enunciados, cremos que os que se enquadram dentro do espírito da lei para justificar a presença do nexo serão inevitavelmente a teoria da causalidade indireta, bem como a teoria do escopo da norma violada conjugada com a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiros.

Face a tudo àquilo que foi exposto, creio que temos a resposta a que nos propusemos responder na introdução do presente trabalho: as ações de *wrongful life* e *wrongful birth*

são admissíveis à luz do nosso ordenamento jurídico e podem encontrar resposta no instituto da responsabilidade civil.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Contratos II”, Almedina, 3ª edição, 2012.

ALMEIDA, Moitinho de, “responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, tomo XXI.

BOULAROT, Ana Paula, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e nascimento indevido”, in A tutela geral e especial da personalidade humana, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

CASTELO, Hígina, “De que falamos, quando falamos de Prestação de Serviços? – Ainda os conceitos de meios e de resultado –”, ROA, Ano 79 (2019), III/IV, pp. 639-669.

DUNCAN, William C., “Statutory Responses to ‘Wrongful Birth’ and ‘Wrongful Life’ Actions”, Life and Learning XIV, 2004.

FRADA, Carneiro da, “A Própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, volume I, 2008.

- “Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos nas autoestradas”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 65, volume II, 2005.

- “A Proteção Juscivil da Vida Pré-Natal – sobre o Estatuto Jurídico do Embrião”, Jornadas de Homenagem ao Prof. Dr. Bigotte Chorão.

GIELSEN, Ivo, “The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases”, in Utrecht Law Review, volume 8, Issue 2, 2012.

GONÇALVES, Diogo Costa, “Wrongful life actions em Portugal 20 anos depois”, Revista de direito comercial, 2020.

GONZALEZ, José Alberto, Wrongful Birth, Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil, Lisboa, Quid Juris, 2014.

GROBE, Rachel Tranquillo, The Future of the Wrongful Birth Cause of Action, in Pace Law Review, Volume 12, Issue 3, 1992.

LEITÃO, Menezes, Direito das Obrigações, volume I, Almedina, 13ª edição, 2016.

MARQUES, Luís Miguel Borges Monteiro Neiva (2019), *Nascer por engano: as wrongful life actions e o regime da responsabilidade civil português*, tese de mestrado em direito, Porto, Universidade Católica Portuguesa.

NUNES, Lucília, “Responsabilidade do profissional de saúde – esfera de ação, enquadramentos e contextos”, edição CEJ, Lisboa, 2013.

PAIVA, Lusa Pinto César Correia, “Pretensões de wrongful life: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?”, tese de mestrado em direito, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Breves notas sobre responsabilidade médica em Portugal”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007.

- “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

- “Consentimento informado e bens jurídicos no direito penal e direito civil”, CEJ E-book.

-“Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade, Congresso Internacional sobre: “Os Desafios do Direito face às Novas Tecnologias””.

PINTO, Luís Guimarães, “Ações wrongful birth e wrongful life – uma contravérsia sobre responsabilidade médica civil”, *Revista direito Lusíada* 12, publicado a 27 de outubro de 2015.

PINTO, Paulo Mota, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra Editora, 2007.

- “Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo”, vol. II, Coimbra Editora, 2009.

- “Ainda a indemnização por nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life).

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

ROCHA, Paula Natércia, "Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou de "vida indevida" e tentativas para a sua superação", in Revista JULGAR, n.º 21, novembro de 2018.

ROSA, Pires da, “Não existência – um direito”, in Julgar, n.º 21, 2013.

SILVA, Calvão, “Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, Almedina, ano 2007.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves “Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência”, RJLB, ano 3 (2017), nº2.

SOUSA, Teixeira de, “sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL, Lisboa.

STOLKER, Carel, “Wrongful life: The limits of liability and beyond”, International and comparative Law Quarterly, Vol.43.

TEIXEIRA, Leonor Catela, “Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”, Revista de Direito Civil.

TELLES, Galvão, “Direito das Obrigações”, 7ª edição, Coimbra Editora, 1997.

VARELA, Antunes, Das Obrigações em Geral, volume I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2011.

Jurisprudência Nacional

Acórdão do STJ, de 19.06.2001, Processo n.º 01A1008.

Acórdão do STJ de 04.03.2008, Processo n.º 08A183

Acórdão do STJ de 15/12/2011 Processo n.º209/06.3TVPRT.P1.S1

Acórdão do TRP de 01/032012, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1

Acórdão do TRG 19.06.2012, Processo n.º 2506/08.4TBFLG.G1

Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1

Acórdão do TRL de 14.11.2013, Processo n.º 2428/05.0TVLSB.L1-2

Acórdão do STJ de 12.03.2015, Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1

Acórdão do TRL de 30.04.2015, Processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8

Acórdão do TC n.º 55/2016

Acórdão do STJ de 23.03.2017, Processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1

Acórdão do STJ de 21.02.2019, Processo n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1

Acórdão do TRC de 11.02.2020, Processo. n.º 3670/18.OT8VIS.C1

Acórdão do TRG, de 14.01.2021, Processo n.º 304/17.3T8BRG.G2

Acórdão do TRP de 01.07.2021, Processo n.º 5397/16.8T8PRT.P1

Jurisprudência Estrangeira

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

Park v. Chessin, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222.

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

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

Arrêt n.º 457, P. Pourvoi n.º N 99-13.701, 17.11.2000.

HR, 18.03.2005, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606.

Mckay vs. Essex Area health authority, 02.11.1982, Court of Appeals, England and Wales

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