



Universidades Lusíada

Pinto, Luís Guimarães

Ações wrongful birth, wrongful life : uma controvérsia sobre responsabilidade médica

<http://hdl.handle.net/11067/1696>

<https://doi.org/10.34628/jhq5-p257>

Metadados

Data de Publicação	2015-10-27
Palavras Chave	Vida errada - Portugal, Danos (Direito) - Portugal, Responsabilidade (Direito)
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 12 (2014)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T16:34:14Z com
informação proveniente do Repositório

ACÇÕES WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE UMA CONTROVÉRSIA SOBRE RESPONSABILIDADE MÉDICA CIVIL¹

Luís Guimarães Pinto²

Sumário: O avanço da ciência médica, concretamente no âmbito das técnicas que possibilitam a deteção de malformações genéticas ou de desenvolvimento no embrião e no feto, assim como a ampla generalização da despenalização da IVG em salvaguarda dos interesses das gestantes, potenciaram a aparição de controversas demandas judiciais interpostas por progenitores ou nados contra profissionais da área da Saúde, estabelecimentos onde estes laboram, e até seguradoras que recusem cobertura a procedimentos técnicos relacionados.

Trata-se de questões novas, com variadas consequências no plano do direito, bem como no da ética, que não seria possível analisar amplamente num trabalho desta natureza, pelo que nos delimitamos em tais referências às de direito e à análise aos casos em que ocorre o nascimento com algum defeito congénito que possa ter sido detetado durante a gravidez, isso a tempo de a poder interromper dentro do prazo legalmente previsto, e não obstante não houve informação ou então produziu-se um diagnóstico erróneo sobre a dita anomalia.

A ação por dano de nascimento indesejado ou indevido - *wrongful birth* - é proposta pelos progenitores da criança nascida com enfermidade em reclamação de danos, patrimoniais e morais, relacionados com o facto de tal nascimento. A ação por dano de vida indesejada ou indevida - *wrongful life* - é interposta pelo próprio nascido em reclamação de danos, patrimoniais e morais, relacionados com o facto de ter nascido com tais condições.

Este trabalho tem assim como objeto analisar a origem de tais ações, a sua evolução, através do estudo de sentenças relevantes, e ainda a sua aplicabilidade prática no nosso ordenamento jurídico, tendo em conta a discussão à volta da sua admissibilidade, muito em especial em torno da obrigação de indemnizar que a atuação médica pode gerar.

Palavras-chave: dano, *wrongful birth*, *wrongful life*, responsabilidade, indemnização.

¹ Trabalho académico para a disciplina de Metodologia de Investigação e Tecnologias de Informação, do curso de Licenciatura em Solicitadoria (Universidade Lusíada de Lisboa, 2014).

² Aluno de Solicitadoria da Universidade Lusíada de Lisboa

Contents: The advancement of medical science, specifically in the field of techniques that allow the detection of genetic malformations or developmental in the embryo and fetus, and broad generalization of decriminalizing IVG in safeguarding the interests of pregnant women, potentiate the emergence of controversial lawsuits brought by parents or by the child that was born against health professionals, establishments where they work, and even insurance companies denying coverage to related technical procedures.

These are new issues, with several consequences on right as well as in ethics, that would not be possible to widely analyze in a work of this nature, where we delimited the references to law and analysis of cases where occurring birth with a congenital defect which might have been detected during pregnancy, in time to be able to interrupt within the legally prescribed period, and yet there was no information or otherwise was produced an erroneous diagnosis of the anomaly.

The action by unwanted or undue birth - wrongful birth - is proposed by the parents of the child who was born with illness in damage claim, patrimonial and moral, related to the fact of such birth. The action for damage or improper unwanted life - wrongful life - is brought by himself who was born in damage claim, patrimonial and moral, related to the fact of being born in such conditions.

This work has as objective to analyze the origin of such actions, their evolution through the study of relevant sentences, and yet their practical applicability in our legal system, in view of the discussion around its admissibility, most notably around the obligation to compensate the medical action can generate.

Key-words: damage, wrongful birth, wrongful life, responsibility, compensation.

Não digas: Este que me deu corpo é meu Pai.

Esta que me deu corpo é minha Mãe.

Muito mais teu Pai e tua Mãe são os que te fizeram

Em espírito.

E esses foram sem número.

Sem nome.

De todos os tempos.

Deixaram o rastro pelos caminhos de hoje.

Todos os que já viveram

E andam fazendo-te dia a dia

Os de hoje, os de amanhã.

E os homens, e as coisas todas silenciosas.

A tua extensão prolonga-se em todos os sentidos.

O teu mundo não tem pólos.

E tu és o próprio mundo.

(Cecília Meireles, Cânticos)

1. Introdução ao tema

As últimas décadas têm apreciado um substancial incremento na procura e oferta de serviços profissionais mais especializados; podemos dizer que no nosso ambiente social tal obedece a um aumento do nível de bem-estar geral, concomitante ao acesso massivo aos bens de consumo, e em paralelo com o imparável desenvolvimento tecnológico e científico global.

Novas e mais complexas relações sociais, e até o surgimento de cada vez mais atividades passíveis de causar danos a terceiros, expõe o campo do Direito à complexidade dos fenómenos associados, assim como a controvérsias face ao que à luz do que no direito anterior merecia tutela, ou o atendimento do prudente arbítrio dos tribunais.

O setor da Saúde participa também de tal evolução, levando os seus técnicos a usar conhecimentos e habilidades profissionais cada vez mais rigorosas, tendo por fim um desempenho adequado e correto do seu trabalho.

Podemos mencionar em tal três elementos-chave: *i*) O notável progresso das suas obrigações e deveres, tanto de carácter geral (necessidade de maior preparação e qualificação), como específico (relação com o paciente/cliente/utente através dos deveres de informação e confidencialidade); *ii*) A assunção de maiores riscos em relação aos pacientes (dada a amplitude e eficácia dos cuidados de saúde); *iii*) A mudança substancial das relações tradicionais entre profissionais e utentes (com base na posse de conhecimentos mais especializados e, em consequência, no campo da responsabilidade).

Assim, na medida em que a atuação diária dos profissionais da Saúde afeta a vida, a integridade física e psíquica das pessoas que necessitam e são destinatários desses atos, a exigência de responsabilidades àqueles é muito mais rigorosa.

É aqui onde alcança a sua máxima expressão a denominada *leges artis*³, i.e., o modelo de conduta pelo qual se devem reger as ações dos profissionais de saúde

³ Jurisprudência de 2006, dada em Ac. do STJ de 11 de julho (vd. o Proc. N.º 06A1503, relator Nuno Cameira, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>) revela que a obrigação a que se vincula o médico consiste em proporcionar ao paciente os melhores e mais adequados cuidados ao seu alcance, em consonância com as *leges artis* e os conhecimentos científicos atualizados e comprovados ao tempo da prestação, «limitada [aquela] pela situação dos doentes e os meios de que dispõe».

Conquanto não tenhamos acedido a textos doutrinários ou jurisprudência onde de forma taxativa se glosem os deveres que compõem a *leges artis* da profissão médica, podemos extrapolar serem esses: i) Utilização de todos os meios conhecidos pela ciência médica e estejam disponíveis ao médico no local onde ocorre o tratamento; ii) Informar sobre o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os meios que estão disponíveis; iii) Continuação do tratamento para o momento em que ao paciente pode ser dada alta; iv) Informação sobre a necessidade de cuidados ou outras medidas posteriores para prevenir o agravamento ou recorrência da doença nos casos em que se classificam de doenças crónicas ou progressivas.

Mais, em tal extrapolação deveremos tomar ainda em conta que a atuação completa se impõe não apenas à *prestação principal* a que esteja vinculado, mas também aos deveres *accessórios* ou *secundários* da prestação. Cf. GONZÁLEZ, “*Responsabilidade Civil*”, p. 121.

no desempenho das suas tarefas⁴, adaptando a sua diligência ao caso concreto e às circunstâncias em que essas tarefas são desenvolvidas, tendo em conta as características especiais (e.g., o autor do ato médico, profissão, complexidade e importância crítica do paciente) e, quando aplicável, a influência de outros fatores (e.g., estado e intervenção do paciente, seus familiares, a organização dos cuidados de saúde, etc.).

Precisamente, Ac. do STJ de 18/09/2007⁵, no caso concreto sobre a responsabilidade médica, sentença que “*não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objetiva entre o ato praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente; o que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (ato ilícito), ele mesmo*”.

No campo específico das técnicas de DPN⁶, o avanço da ciência médica e a generalização da IVG legal⁷ na salvaguarda dos interesses das gestantes, promoveram o surgimento de ações judiciais movidas pelos progenitores ou filhos contra profissionais da saúde e instituições públicas ou privadas onde esses laboram.

Ações essas que se propõe quando uma criança nasce com algum defeito congénito que poderia ter sido detetado durante a gravidez (a tempo de a poder interromper dentro do prazo legal), e, não obstante tal não foi informado, ou houve erro na informação sobre a anomalia⁸.

⁴ A *leges artis* refere-se à problemática do como. Cf. Álvaro da Cunha RODRIGUES, *A Negligência Médica...*, p. 39.

⁵ Vd. Proc. N.º 07A2334, relator Alves Velho, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

⁶ São técnicas que permitem a deteção de defeitos genéticos no embrião e no feto.

⁷ No ordenamento jurídico português está suportada no art.º 142º, n.º 1, do C.Pen, nos termos do qual:

«Não é punível a interrupção voluntária da gravidez, efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave ou irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas 12 semanas de gravidez;

c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excecionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;

d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas;

e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez».

⁸ Segundo Vera Lúcia RAPOSO, *Responsabilidade médica...*, p. 72, de acordo com a *leges artis*, e no campo específico da obstetrícia, o médico deve: “i) Prescrever a realização de todos os exames que considere pertinentes no caso concreto, seja durante a gestação, em sede de diagnóstico pré-natal (DPN), seja antes da mesma, em diagnóstico pré-concepcional (DPC); 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)

O comportamento técnico questionado é então o que amolda o DPN⁹, e que a OMS define como “*todas as ações pré-natais que visem a deteção e ou diagnóstico de um defeito congénito, entendendo-se por tal toda a anomalia de desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular que se apresente ao nascimento (embora possa se manifestar mais tarde), seja externa ou interna, familiar ou esporádica, hereditária ou não, simples ou múltipla*” (SILVA, 2013, p. 120).

Trazemos aqui à análise as chamadas “*wrong actions no início da vida*”, mas, na ótica de certa abordagem doutrinal, o que iremos tratar neste trabalho serão os direitos a não nascer ou a não viver indevidamente, respetivamente nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life*¹⁰.

Na perspetiva jurídica será ainda relevante aflorar as definições de dano¹¹, de responsabilidade médica¹², e dos conceitos subjacentes às três¹³ categorias de ações de responsabilidade civil¹⁴ cotejadas com danos ocorridos em caso da conceção ou nascimento de uma criança, quais: a) conceção ou gravidez indesejada (*wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*); b) nascimento indesejado (*wrongful birth*); c) vida indesejada (*wrongful life*).

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 ou interrupção da gravidez”.

⁹ Pensando aqui no que iremos desenvolver adiante sobre as ações de *wrongful Birth* e *wrongful Life* é pertinente alertar o leitor que, como dá conta Vanessa Cardoso CORREIA, *Wrongful birth...*, a p. 106, “*o escopo do DPN é outro que não proporcionar a prática da interrupção da gravidez*”.

¹⁰ Será a tal a ótica de José Alberto GONZÁLEZ, *Testamento vital...*, que acrescenta, estar em causa “*não o dano de morte mas o dano da vida ou o dano de viver*”, p. 68.

¹¹ Elucida-nos José Alberto GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, que é a pressuposição da ocorrência de um dano, i.e. a lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido, de um prejuízo para alguém, que fundamenta a responsabilidade civil.

¹² Embora a referência à responsabilidade médica, e que por facilidade de discurso e por razões da delimitação do tema tomaremos para o resto do texto, os sujeitos de tal responsabilidade podem ser outros intervenientes em atos médicos e conexos, que não exclusivamente os médicos.

¹³ Paulo MOTA PINTO, *Indemnização...*, p. 916, refere poder-se, para os casos de conceção ou de nascimento indesejado, distinguir três categorias de ações relacionadas com os suscitados danos: “*conceção ou gravidez indevida*”; “*nascimento indevido*”; e, “*vida indevida*”.

Na hipótese “*conceção indevida*”, sobre a qual não nos debruçaremos no presente trabalho, ocorre o “*dano de planeamento familiar*” (nascendo ou não saudável), imputado a erro médico, emprego errado ou mau funcionamento de meios de diagnóstico, prescrição ou disponibilização errada de um medicamento, o que também amplia à profissão farmacêutica o leque de demandados.

As demais hipóteses serão objeto de referência ampla mais adiante em corpo de texto.

¹⁴ Segundo José Alberto GONZÁLEZ, “*A responsabilidade civil cumpre uma função: obrigar terceiro a proceder à reparação de danos provocados na esfera jurídica do lesado*” (*Responsabilidade civil*, p. 15).

Não devemos, em tal apreciação, descurar os pressupostos que lemos do Prof. ANTUNES VARELA, “*Para que o facto ilícito gere responsabilidade, é necessário que o autor tenha agido com culpa. Não basta reconhecer que ele procedeu objetivamente mal. É preciso, nos termos do art.º 483º [C.Civ], que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa. Agir com culpa significa atuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo*” (*Das Obrigações...*, p. 437).

2. Método

Este trabalho tem por objeto analisar numa perspetiva crítica, e com base na jurisprudência de relevantes sentenças na matéria, a origem das ações *wrongful birth e wrongful life*¹⁵, bem como a sua evolução e aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico.

3. Origem das ações de *Wrongful Birth e Wrongful Life*

De facto a origem de reclamações de responsabilidade relacionadas com o início da vida encontra-se nas ações de vida desfavorecida ou insatisfatória, exercida por filhos contra os pais, em reclamação de supostos danos que teriam resultado em nascer em circunstâncias familiares ou sociais desvantajosas.

Assinale-se que as ações de *wrongful birth e wrongful life* diferem daquelas no fato da enfermidade de que sofre a criança ser a base sobre a qual o pedido de indemnização é suscitado, e não um qualquer defeito do tipo social.

Radicam então no caso *Zepeda vs. Zepeda*, de 1963 - um pai demandado por uma criança por ter nascido ilegítima; aquele tinha convencido a mãe a manter com ele relações sexuais, sob a promessa de casamento; o casamento nunca ocorreu, pelo que a criança nasceu sob o estigma da ilegitimidade¹⁶.

Do que se conhece na jurisprudência mundial, o início de ações de *wrongful birth e wrongful life* reside nos EUA.

Em *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) recusou-se a indemnização na circunstância de uma criança afetada por várias malformações produzidas como resultado de sua mãe ter contraído rubéola durante a gravidez; doença sobre a qual se havia informado a grávida que não teria efeito algum sobre o feto.

As New Jersey Courts julgaram improcedente a ação por razões de ordem pública e incapacidade de identificar a existência de dano face à preciosidade da vida¹⁷.

O dano causado, no caso concreto, tomou-o o tribunal como sendo o da própria vida; isto conquanto o demandante estaria a exigir que se medisse a diferença entre a sua vida com deficiência contra o vazio absoluto da não existência, diferença que o tribunal achou ser impossível de se determinar.

¹⁵ Embora as ações de *wrongful conception* não caibam no objeto do presente trabalho, para melhor leitura refere-se que estas se separam das demais pela origem não planeada de uma criança na condição saudável, conquanto os progenitores se tenham submetido a atos clínicos com vista à contraceção.

Será quicá tal condição que leva José Alberto GONZÁLEZ, a referir-nos os fortes argumentos a desfavor da viabilidade de tais ações, conquanto que a “*existência de uma criança não pode ser havida como perda ou dano*” (*Wrongful Birth...*, p. 20).

¹⁶ Cf. Mark STRASSER, *Wrongful Life...*

¹⁷ *Idem*.

Finalmente no caso *Jacobs vs. Theimer* (Tribunal Supremo do Texas, 1975), a posição jurisprudencial inverteu-se, e foi admitida a indemnização com base no nascimento de uma criança com defeitos congénitos, porque a mãe contraiu rubéola no primeiro mês de gravidez e o médico tal não diagnosticou corretamente¹⁸.

Verifica-se então que, após uma série de oscilações iniciais com argumentação idêntica à do caso *Gleitman vs. Cosgrove*, os tribunais americanos passaram a admitir a demanda¹⁹.

Em consequência, membros do pessoal médico e sanitário que, de alguma forma, sejam responsáveis pelo nascimento e existência de uma criança enferma, têm sido condenados ao pagamento dos custos extraordinários ocasionados²⁰.

4. Situação no ordenamento jurídico Português

Entre nós, a apresentação do primeiro processo de nascimento culposo, e que configura uma ação então supostamente inédita na jurisprudência portuguesa, tem revista definitiva em data que remonta a 2001²¹, havido como um caso de *wrongful life*.

Uma mulher grávida padecia de uma malformação uterina, de conhecimento do médico que inclusive, já a tinha assistido em anterior gravidez de risco.

Não obstante o médico não despendeu todos os cuidados que tal gravidez exigia.

E, em face da sua alegada negligência ao não detetar as malformações fetais, e assim apenas chegadas ao conhecimento dos pais após o parto, a criança veio a nascer com deficiências graves e irreversíveis nas duas pernas e na mão direita.

A mãe argumenta que poderia ter interrompido a gravidez se tivesse sido devidamente informada, e por tal, os pais, em representação do filho André Filipe ainda menor, intentaram uma ação civil contra o médico e a clínica de radiologia.

O pedido instaurado foi de condenação a indemnizá-lo pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em virtude da conduta daqueles.

Aponta-se nesse que sobre os recorridos recaía uma especial obrigação de

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Quase duas décadas depois do caso *Zepeda vs. Zepeda* no Illinois, a Califórnia tornou-se o primeiro Estado a reconhecer causas de *wrongful life*, e nenhum Estado reconhecia causas *wrongful birth* até à decisão do Supremo Tribunal Federal em 1973 [410 U.S. 113; *Roe vs. Wade*].

Em 2004 vinte e dois Estados aceitavam as causas de *wrongful life*, e três as causas de *wrongful birth* (dados retirados de William DUNCAN, *Statutory responses...*, p. 4).

²⁰ No direito comparado, a corrente jurisprudencial dominante tende, nos casos *wrongful birth*, a reconhecer aos pais o direito à indemnização para reparar danos, patrimoniais e não patrimoniais; todavia os casos de ações *wrongful life*, apresentam-se mais controversos, tendo até já sido em vários ordenamentos jurídicos excluídas por via legal (Vera RAPOSO, *As wrong actions...*, p. 68).

²¹ Vd. Ac. do STJ de 19 de junho de 2001, Proc. N.º 01A1008, relator Pinto Monteiro, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

diligência, zelo e profissionalismo, face à sua preparação técnica e científica, bem como ao conhecimento dos especiais cuidados que aquela situação em concreto recomendava.

Os Réus foram absolvidos na primeira instância, decisão que o tribunal da Relação veio a confirmar; o STJ, por sua vez, confirmou as decisões precedentes, recusando uma indemnização, fosse por danos morais, fosse pelos custos financeiros acrescidos que o sustento da criança acarretava.

Relativamente aos danos morais, a decisão do STJ, reiterou a resposta que vinha sendo dada pelos tribunais estrangeiros, i.e., que estaria em causa um direito à não existência, sem consagração legal.

No entanto entendeu que, a existir tal direito, apenas o filho, quando maior, poderia concluir, e eventualmente, se devia ou não existir; só então podendo ser avaliado “*se tal seria merecedor da tutela jurídica²² e de possível indemnização*”.

Sobre o ressarcimento dos danos patrimoniais, o STJ entendeu pela desconformidade entre o pedido e a causa de pedir²³, conquanto o autor – a criança – invoca danos por si sofridos, mas assentes na eventual “*supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe*”, a de proceder à IVG por causas eugénicas.

Embora esta ação seja mencionada em diversa literatura como um suposto caso de *wrongful life* - estes intentados pelos pais em nome do nascido - tratava-se de facto de um caso de *wrongful birth*; releva daí que o cerne da decisão assentou meramente no plano da legitimidade processual.

Note-se que o próprio relator, o Conselheiro Pinto Monteiro, vem a comentar mais tarde que “*a questão seria bem diferente se o pedido de indemnização tivesse sido formulado pelos pais e não pelo menor*”²⁴.

Notável é o Ac. do TRP de 1 de março de 2012²⁵, bem como a sua revista proferida pelo STJ em Ac. de 17 de janeiro de 2013²⁶, pelo seu conteúdo clarificador do conceito, natureza e viabilidade das ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, nas quais se fundavam as pretensões de indemnização em causa.

Neste ponto, estamos interessados na definição oferecida pelas meritadas ações: “*Estamos perante uma lesão do direito às informações necessárias para decidir sobre a procriação. (...) de tal modo que possa beneficiar do regime da interrupção voluntária da gravidez quando for caso disso*”.

E seguem, “*(...) a grávida tem direito ao funcionamento normal desses serviços [de DPN] para obter as informações relevantes sobre o andamento da gestação*”; “*(...) a*

²² Reza o n.º 1 do art. 496.º do C.Civ que “*na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*”, pois simples incómodos e contrariedades não justificam tal sanção.

²³ Cf. Pinto MONTEIRO, “*Direito a não nascer?...*”, p. 382.

²⁴ Idem.

²⁵ Vd. Ac. do TRP de 1 de janeiro de 2012, Proc. N.º 9434/06.6TMBMTS, relator Filipe Carçoço, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

²⁶ Vd. Ac. do STJ de 17 de janeiro de 2013, Proc. N.º 9434/06.6TMBMTS, relator Ana Paula Boularot, pesquisável em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

grávida (...) sofreu uma diminuição do seu direito à autodeterminação informada”.

Continuando, “Não (...) parece (...) que possa defender-se um direito a indemnizar por violação de um direito a inexistir ou a não nascer, sem consagração legal.”; “O Direito não dispõe de critérios para calcular o valor pecuniário do prejuízo de ter nascido.”

O TRP sentenciou ainda não poder ser defensível um direito a indemnização por violação de um direito a inexistir ou a não nascer, por tal não ter consagração legal²⁷; e sendo que o nascituro está sujeito à decisão dos pais sobre se nasce (com o prejuízo da deficiência) ou não nasce, não lhe assiste direito a indemnização, mesmo porque, considerou, o direito tolhido foi o dos pais em decidir autonomamente pela violação do direito à informação.

Na revista, o STJ acorda na “inexistência de ilicitude, culpa e nexos de casualidade entre a atividade dos Réus e as malformações do Autor”.

Tal, de facto e como já se referiu, está afastado neste tipo de ações, não estando nelas em causa que os danos de constituição de que a criança sofra sejam devidos a qualquer ação ou omissão do pessoal de saúde, ou da instituição onde esses laboram²⁸; ou que pela sua ação tais maleitas pudessem ser resolvidas²⁹.

O STJ confirmou o “comportamento negligente e censurável por via contratual e por violação da *leges artis*”, mas apenas em relação à mãe, pois que o autor não foi, segundo o acórdão, “parte no contrato havido entre os Réus e a Autora sua mãe”.

Particular interesse é atribuível ao voto de vencido do Conselheiro Pires da Rosa, que admite em tese o “direito à não existência” no nosso enquadramento jurídico.

Tal direito considerou existir desde que a lei portuguesa consagrou a despenalização da IVG, e que se encontra reforçado ao admitir o testamento vital.

Defendendo que “a mãe e o seu feto – porque o feto é ainda mãe, enquanto não nascer com vida – foram atingidos no seu direito a poderem optar pelo não nascimento, por uma mesma e única violação contratual”.

Acrescentando ainda que “ou se coloca nas mãos da mãe o direito de o exercer [o da IVG] em representação do seu filho, que é ainda um feto, ou se subtrai por completo esse direito ao filho, em nome de cuja dignidade é exercido”.

Ora na sua ótica “não é possível deixar para o tempo da capacidade do filho um direito que só existe enquanto o filho é ainda feto” pois que “alguém tem que ter a capacidade do exercício do direito no tempo em que o direito pode ser exercido”.

Cabem tais considerações na apreciação da doutrina de “perda de oportunidade”, a que adiante se aludirá, bem como na problemática da representação do nascido, quando a lei afasta a autonomia da vontade ou o desenvolvimento psíquico a competência cognoscente.

²⁷ Como o tinha acordado já em 2001 o STJ (Pinto MONTEIRO, obra citada, p. 382) que concluiu que “estaria em causa (...) o direito à não existência. (...) tal direito (...) não está consagrado na lei, (...) mesmo que tal direito ‘à não existência’ fosse legalmente reconhecido, ele não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho”.

²⁸ Cf. Carneiro da FRADA, *A própria vida...*

²⁹ Se houvesse maneira de as resolver tais ações não seriam de todo viáveis!

Novamente em oposição aos seus pares, o Conselheiro Pires da Rosa terçou ainda não ter cabimento considerar que indemnizar a criança seria atingir a dignidade da sua pessoa, diminuindo-o na sua condição humana.

A seu ver, tal indignidade produzir-se-ia sim em “*não lhe proporcionar, pela via indemnizatória, uma quantia que lhe permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de uma forma mais digna*”³⁰.

Aprecia-se ainda o Ac. do TRG de 19 de junho de 2012³¹, sobre uma demanda fundada numa conduta descuidada e negligente que obviou a deteção de malformações que impediu recurso à IVG ou sujeição do feto a tratamento que diminuísse de forma significativa aquelas.

Nesse refere o TRG que nas ações de *wrongful birth*, a “*indemnização que é, quanto a nós, devida aos pais, assenta na violação do contrato médico e do dever de informar*”, devendo abranger “*os danos patrimoniais (especialmente, os custos adicionais resultantes da deficiência) causados aos pais da criança, bem como os danos não patrimoniais, resultantes da privação da possibilidade de praticar licitamente a interrupção da gravidez (...)*”.

Finalmente, a última peça conhecida de jurisprudência nacional, e lavrada pelo TRL em Ac. de 29 de abril passado³², em que se alegava, por falta de diligência no acompanhamento da gravidez, a deteção fora de tempo de malformação na criança, e subsequente recusa à autora da possibilidade de proceder à IVG.

Pode-se ler no seu texto que, nas ações *wrongful birth*, o dano reside “*(...)na impossibilidade de decidir de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão. Daí que não seja de exigir a prova de que a mãe teria efetivamente abortado naquela situação*”.

Todavia reza porém “*estas ações não serão admissíveis em ordenamentos jurídicos que proibam totalmente o aborto fundado em doença ou malformação embrionária ou fetal*”.

E diz-se mesmo que, “*nos ordenamentos jurídicos que admitam o aborto (...) haverá que ter em consideração os casos em que a interrupção da gravidez não é punível*”.

4.1. Responsabilidade médica, conceito e fundamento

As ações aqui em causa não são alheias à rejeição de tipo ético e moral motivada pela concessão de indemnização baseada no dano centrado no próprio nascimento³³.

³⁰ No mesmo sentido Paulo MOTA PINTO, obra citada, entende que a atribuição de uma indemnização não tem que assentar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa do que a não-existência, pelo que não pode ser entendível que tal atribuição atinja a sua dignidade.

³¹ Vd. Ac. do TRG de 19 de junho de 2012, Proc. N.º 1212/08.4TBCL.G1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>; negado aos autores por entendido que a base instrutória se encontrava incompletamente construída.

³² Vd. Ac. do TRL de 29 de abril de 2014, Proc. N.º 57/11.TVLSB.L1-7, relator Roque Nogueira, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

³³ Para Paulo Mota PINTO, obra citada, a ofensa não é o próprio nascimento, e não será, por tal, esse o dano que se pretende ressarcir, mas “*(...) a satisfação segura pela falta cometida*” (p. 937).

A alegação da responsabilidade parece colidir com a ideia da vida como o bem mais precioso do ser humano, e com a dignidade da pessoa, que se coloca em questão no exato momento em que afirma a própria sua existência como dano.

A solução passaria então por separar o dano reclamado pela vida de um filho, e centrando aquele dano assim: ora na lesão da liberdade de procriação a todos reconhecida em virtude do art.º 68.º da CRP; ora na faculdade da mãe de interromper voluntariamente a gravidez; ora ainda, nos custos que carrega a criança (encargo adicional que para os pais representará seu sustento e educação) - que são diferentes de sua vida em sentido próprio.

De acordo com a lei portuguesa, a responsabilidade civil é uma das fontes das obrigações, sendo estas, em suma, o dever jurídico por força do qual uma pessoa se encontra vinculada a observar certa conduta no interesse de outra.

Descarta-se a análise sobre a diferença entre a responsabilidade penal ou criminal e a civil, mas é de referir, por um lado que não se excluem necessariamente, e por outro que à civil é intrínseca a reparação do dano patrimonial e não patrimonial de um dano privado.

O C.Civ, no n.º 1 do art.º 483.º, responsabiliza quem provocar danos na esfera jurídica de terceiro, fazendo surgir uma obrigação em que o responsável é devedor e o lesado credor; mas exigindo a demonstração da culpa daquele devedor.

Que assim seja não deixa de corresponder a critério objetivo de justiça, como considera José Alberto GONZÁLEZ³⁴, posto para o lesante o carácter penalizador, do ponto de vista patrimonial, da responsabilidade objetiva - daí também a necessidade de majorar o montante indemnizatório devido (arts. 508.º e 510.º do C.Civ).

Mas, pese embora tal carácter penalizador a que esse autor alude, a principal função da responsabilidade civil é a reparatória, a que se destina a eliminar um dano; devendo também, contudo, dar-se atenção especial à função de prevenção.

Este instituto - a responsabilidade civil, como uma das fontes das obrigações - abrange casos em que esteja em causa o incumprimento de uma obrigação em sentido técnico - as que emergem dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei - integrando a designada responsabilidade contratual; e casos que emergem da violação de direitos absolutos, pelos deveres de conduta impostos a todas as pessoas, e até da prática de certos atos que, apesar de lícitos, produzem danos a outrem - responsabilidade extracontratual.³⁵

A considerar tal afastar-se-ia a perspetiva, posta a p. 68, por José Alberto GONZÁLEZ, *Testamento vital...*, que "(...) se afigura particularmente chocante que a alguém se conceda o direito a lucrar pecuniariamente por causa de ter nascido".

³⁴ Cf. José Alberto GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*, pp. 24 e 25.

³⁵ No C.Civ tratadas em locais distintos: nos arts. 483.º a 510.º (responsabilidade por factos ilícitos e pelo risco), nos arts. 798.º a 812.º (responsabilidade contratual).

Aspetos comuns aos dois tipos de responsabilidade (contratual e extracontratual) estão regulados, por sua vez, nos arts. 562.º a 572.º, mormente naquilo que respeita à determinação dos danos

Não se exclui que o prejuízo ou dano se mostre consequência de um facto que viole de forma conexa e simultânea uma relação de crédito, nisto o dever de prestação; e um dos chamados direitos absolutos, como o direito à vida ou à integridade física, aqui o dever de proteção e cuidados com a pessoa.

Os requisitos da responsabilidade são: a) exista uma conduta contrária à ordem [civil ou deontológica]³⁶ constituída em facto; b) haja uma violação da obrigação, algo que não foi o que deveria ter sido; c) a imputação do ato ao agente, verdadeiro autor; d) se verifique a causação de um dano ou prejuízo; e) ocorra nexos de causalidade entre a conduta e o dano³⁷.

Assim, como se examina, a configuração da responsabilidade civil (seja essa contratual ou extracontratual)³⁸, exige três elementos objetivos a saber: um fato ilícito; um prejuízo causado; e um nexos causal entre os dois.

A questão do nexos causal é de suma importância, já que é de tal que será possível estabelecer a relação entre o resultado e a ação, permitindo assim afirmar-se que *esta* ação produziu *aquela* resultado, i.e., que o dano sofrido seja a consequência da culpa cometida.

Veja-se então o que a propósito refere Lucília NUNES³⁹: “*Na prática de atos de saúde, haja natureza contratual ou extracontratual, parece claro que a exigência é de uma atuação que observe os deveres de cuidado. (...) Esta é a plataforma em que se reúnem os deveres profissionais, as *leges artis* e as boas práticas (...)*”.

E ainda, “*(...) Existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por ação ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento*”.

Sublinha Gilberto LIMA⁴⁰, que se as condutas estiverem abalizadas pela perícia médica e se atuação estiver em conformidade com a sua *leges artis*, a ação de indemnização proposta contra um médico, dificilmente será acolhida, em face da ausência de culpa nessa conduta.

indemnizáveis (nexos de causalidade entre o facto e o dano), às formas de indemnização e ao cálculo do seu montante.

Por disposições dispersas, regulam-se casos de responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos causadores de danos – como, por exemplo, nos arts. 1348.º, n.º 2 e 1349.º, n.º 3, ambos do C.Civ.

³⁶ Ou ainda contrária à *ordem criminal*, referência que preferimos colocar em rodapé, conquanto a excluimos do nível de apreciação aos casos em concreto tratados neste trabalho.

³⁷ Cf. Lucília NUNES, *Responsabilidade do profissional...*, p. 27.

³⁸ O ónus da prova fica dependente do regime da responsabilidade civil aplicável ao caso.

Sendo responsabilidade extracontratual todos os factos constitutivos do direito a indemnização devem ser provados pelo lesado: o facto voluntário, a ilicitude; a culpa, o dano, e o nexos causal entre o facto e o dano.

E sendo responsabilidade contratual, os factos constitutivos do direito a indemnização são os mesmos, porém, por força da presunção legal de culpa do devedor do art.º 799.º n.º 1 C.Civ fica o lesado dispensado de provar a culpa no primeiro caso, havendo inversão do ónus da prova, conforme o art.º 344.º, n.º 1.

Cf. José Alberto GONZÁLEZ, *Responsabilidade civil*.

³⁹ Cf. Lucília NUNES, obra citada, p. 32.

⁴⁰ Cf. Gilberto BAUMANN DE LIMA, *Culpabilidade do médico...*

4.2. Erro médico

Quiçá tendo já ficado elucidado, mas sublinha-se, o mau resultado ou resultado adverso provocado por ação ou omissão do médico, envolvendo violação das *leges artis*, é o que se define como erro médico.

A propósito Germano de Sousa⁴¹, antigo Bastonário da Ordem dos Médicos, refere-nos então algumas distinções que importa colher:

Por condutas geradoras de erro temos: “imperícia” - como inobservância das regras técnicas, insuficiência de conhecimentos, deficiente preparação ou inexperiência; “imprudência” - mediante assunção, por ação ou omissão, de riscos desnecessários para o doente, sem suporte técnico científico bastante; “negligência” - inobservância, por ação ou omissão, da conduta legalmente exigível na situação concreta.

O erro médico culposo, como sendo a conduta profissional inadequada resultante da utilização de técnica médica ou terapêutica incorretas que se revelam lesivas para a saúde ou vida de um doente.

Pode ser cometido por: “imperícia ou impreparação” - fazer mal o que devia ser feito de acordo com as *leges artis*; “imprudência” - fazer o que não consta das *leges artis*; “negligência” - deixar de fazer o que as *leges artis* impunham que fosse feito.

O erro médico legítimo, porque a medicina presume geralmente um compromisso de meios e só nalguns casos é um compromisso de resultados.

Cabe assim diferenciar o erro médico culposo do erro legítimo onde se abarca: “acidente imprevisível” - caso fortuito incapaz de ser previsto ou evitado; “resultado incontornável” - decorre de situação incontornável de curso inexorável quando até ao momento da ocorrência a ciência médica e a competência profissionais não dispõem de soluções; “resultado adverso” - quando o médico emprega todos os meios disponíveis sem obter o sucesso pretendido.

Refira-se que os casos que aqui tratamos concernem à negligência na valoração e interpretação dos resultados, erro de diagnóstico que amolda o “erro médico culposo”.

4.3. Soluções sobre responsabilidade médica

Temos então aqui, como nos casos gerais, a obrigação de reparar prejuízo decorrente de uma ação onde se é culpado⁴².

Por dever de conduta, no exercício da medicina, verifica-se um elenco de obrigações a que está sujeito o médico, e cujo não cumprimento pode levá-lo a sofrer as consequências previstas normativamente, quer sejam as disciplinares,

⁴¹ Cf. Germano de SOUSA, *Erro médico*.

⁴² Reiteramos que temos aqui em análise a simples e involuntária inobservância de uma diligência que deveria ter sido empregue na situação, e que se tivesse sido empregada teria impedido a realização do ato danoso; configurando assim a definição jurídica de *culpa*.

as penais, ou as obrigacionais.

De tal modo, a responsabilidade é o conhecimento do que é justo e necessário por imposição de um sistema de obrigações e deveres em virtude de dano causado a outrem.

Refere Rui PINTO⁴³, haver, para o caso concreto da responsabilidade médica, “*doutrina e jurisprudência que propugna pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do art.º 483.º C.Civ n.º 2 ou pelo menos de não aplicação da presunção de culpa do art.º 799.º n.º 1, mesmo na presença de um contrato entre médico e cliente*”.

Transcreve esse autor, e a título de exemplo, o Ac. do TRL de 22 de maio de 2007, Proc. 4018/2006-1, que acorda não caber ao médico ilidir qualquer presunção legal de incumprimento, donde, em tal matéria, o regime do ónus da prova dever ser o da responsabilidade extracontratual.

Assim, no mesmo Ac., cabendo ao demandante (cliente) “*provar todos os factos constitutivos da violação do dever do médico definido nos termos amplamente desenvolvidos, (mesmo que a responsabilidade resulte de contrato entre médico e cliente)*”, já que a prestação de serviços médicos é uma obrigação de meios e não de resultados.

Outro entendimento jurisprudencial, e ainda segundo o mesmo Rui PINTO⁴⁴, pugna pela qualificação de “responsabilidade contratual”, já que existirá um contrato de prestação de serviços sujeito às regras do mandato, entre o lesado e o médico ou a entidade hospitalar.

Finalmente refere, haver uma “*solução mista no sentido do concurso*” entre regimes, baseada em que “*na atuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e proteção a que esta obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto licito extracontratual*”.

Tal por violar direitos absolutos de personalidade (vida, saúde), podendo então o lesado “*optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto*”, isto como se pode ler no Ac. do STJ de 19 de junho de 2001, Proc. 01A1008, que anteriormente apreciamos.

Em suma, qualificando-se então no regime de responsabilidade contratual será o profissional ou a entidade demandados quem terá o ónus de demonstrar que atuou sem culpa, por ter empregado todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem; pois se não o fizer impende sobre si a obrigação de indemnizar.

Qualificando-se, de forma mais restritiva, o regime como extracontratual, caberá então ao lesado demonstrar a falta de cumprimento, ou o cumprimento defeituoso, que, como já se referiu, consiste numa desconformidade objetiva entre o ato praticado e as *leges artes*, i.e., que o demandado não cumpriu a sua

⁴³ Cf. Rui PINTO, *Valor extraprocessual...*, p. 180.

⁴⁴ Idem.

“obrigação de meios”, não de “resultado”.

Só depois, e no caso de dispensa de culpa pelo tribunal, terá o profissional da saúde ou a entidade onde labora o ónus de demonstrar que foram empregues todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos ao cliente.

4.4. O dano nas *wrongful actions*

Como já se viu, é condição essencial da responsabilidade civil a existência de um prejuízo (ou de um dano, como na referência indiscriminada do C.Civ), definido aqui como o prejuízo patrimonial ou não patrimonial sofrido por uma pessoa, por facto de um terceiro.

Patrimonial quando pela perda ou deterioração de um bem, realização de uma despesa, perda de um ganho; não patrimonial (algumas vezes referido também como moral⁴⁵) pelo sofrimento físico ou psicológico, atentado à dignidade, ao respeito da vida privada.

A distinção entre os danos patrimoniais e os não patrimoniais radica no essencial na suscetibilidade da avaliação pecuniária direta, donde se retira que, havendo que atender-se aos danos não patrimoniais então o cerne do problema é o de determinar o equivalente pecuniário para a reparação moral.

A questão de nexa causal é, e tal já antes se disse, de suma importância, pois enraíza a imputação do dano; e nestes casos das *wrongful actions* em especial, por chocar com algumas dificuldades jurídicas, e bem vincadas em alguma jurisprudência e doutrina ao considerarem que probabilidades e conjunturas não podem servir de fundamento a uma pretensa indemnização⁴⁶.

Temos assim então:

- Em primeiro lugar, e em termos de casualidade natural, o profissional de saúde não causou a deficiência ao feto, nem teria podido evitá-la;
- Em segundo lugar, como se trata de um caso de omissão ou negligência, há que supor uma casualidade hipotética, com os problemas de prova que tal produz; e,
- Em terceiro lugar, a decisão sobre interromper ou não a gravidez depende unicamente da vontade da mãe, sendo assim, portanto, difícil de provar que em caso de o médico cumprir o seu dever segundo as “*leges artis*” não teria a criança nascido.

⁴⁵ Merece todavia distinguir-se o dano moral dos demais danos não patrimoniais, como seja o psicológico, pois que aquele refere-se a qualquer sofrimento sentido em resultado do prejuízo de bens imateriais, tais como a liberdade ou a honra.

⁴⁶ Mesmo estabelecido o nexa de casualidade se ou em que medida o dano deverá ser imputado ao demandado, haverá ainda que considerar, como nos elucida José Alberto GONZÁLEZ (*Responsabilidade civil*, p. 101), diversos fatores: a previsibilidade do dano [à luz dos conhecimentos teóricos e técnicos atuais]; a natureza e o valor do interesse protegido; o fundamento da responsabilidade; os riscos normais da vida; e o fim de proteção da norma violada.

Mas, e como antecedente, é sobretudo no apuramento e compreensão dos danos não patrimoniais experienciados pela vítima que se coloca em jogo a estratégia das partes e a prudência dos doutos tribunais.

Tomemos então de José Alberto GONZÁLEZ⁴⁷ a menção a alguns importantes princípios que conformam dano enquanto conceito jurídico:

Ora, “O dano não pode resultar simplesmente da infração de direitos alheios (art.º 483.º, n.º 1, do C.Civ), nem da violação de obrigações próprias (art.º 798.º, do C.Civ)”.

Aclarando, “Caso contrário, mesmo que, em última análise, inexistisse um prejuízo daí emergente, poderia afirmar-se ter ocorrido uma lesão no património ou na pessoa do titular do direito desrespeitado!”; portanto haverá que determinar a efetiva ocorrência de dano.

Então, como explica o citado autor, para as ações que neste trabalho se apreciam tenham uma viabilidade mínima, imprescindível será que os autores consigam demonstrar *primo quidem* que a vida ou o nascimento indevido constituem, por si ou pelas suas consequências, factos danosos.

Acrescentamos nós, tal e conquanto que resultado da violação de obrigações alheias, nestes casos dos profissionais de Saúde e das instituições onde laboram.

A existência do dano avalia-se através do *counterfactual test*, i.e., na comparação entre a situação atual da pessoa afetada com aquela outra em que ela se encontraria caso o autor da conduta não tivesse atuado como atuou – a chamada “situação atual virtual”.

Em tese alguns autores defendem que, para estes casos, não há como realizar tal teste justamente face à virtualidade da situação de “não viver”⁴⁸.

Veremos adiante que, segundo outros autores e na perspetiva que ajuizamos como racional, o que impulsiona as demandas em estudo é o nascimento de uma criança com enfermidade ou anomalia congénita consideradas uma deficiência⁴⁹,

⁴⁷ Cf. José Alberto GONZÁLEZ, *Wrongful birth...*, p. 61.

⁴⁸ Vera RAPOSO, *As Wrong action...*, p. 80, por exemplo referindo-se aos processos de *wrongful life*, defende que implicando sempre uma comparação, nas suas palavras “praticamente impossível”, entre uma vida e uma não vida, concorre para a impraticabilidade de identificar o dano.

Embora tal tese, aliás partilhada mais vincadamente por outros autores, (e que lemos em favor de um entendimento de a vida, seja qual for a sua condição, tem sempre valor positivo quando comparado com a “não vida”), haverá que considerar que há certas condições tais que a vida surge nelas como valor negativo.

Enfim, somos mais tentados a pospor as teses que se escoram no problema do *counterfactual test* “vida / ” não vida”, e como a autora supra referida (a p. 91), defender que o dano se deve estabelecer não no entendimento de que haja vidas desvaliosas, mas sim condições de vida que o são.

Então atendível será não o dano da vida em si mesma, mas o dano das condições dessa vida.

⁴⁹ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência [adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, em 7 de maio de 2009, e ratificada pelo Decreto Presidencial n.º 71/2009, de 30 de julho], delinea o conceito de deficiência como sendo um impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial.

Conceito esse motivado pelo que fixado no seu preâmbulo, ao reconhecer-se que “(...) a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas”.

e não a sua própria existência *stricto sensu*; e veremos ainda que os prejuízos evocados extravasam o dano propriamente sofrido, ou sentido, pelo próprio nascido.

Temos então que, nos casos em apreço, os danos alegados, e considerados de forma lata, são o próprio nascimento ou vida indevida – *wrongful birth* e *wrongful life* – que exploraremos enquanto demandas judiciais autônomas nos capítulos seguintes.

5. Ações de *Wrongful Birth*

5.1. Conceito e fundamento

A ação *wrongful birth* é uma ação movida contra o médico pelos progenitores⁵⁰ de uma criança que nasceu com deficiência.

O médico ou geneticista é responsável por danos ao não propor à mãe uma série de exames, ou ao não detetar ou alertar a mulher grávida sobre a doença ou anomalia que atinge o feto, a tempo de essa poder realizar a IVG nos termos legais.

O pedido de indemnização tem como fundamento o colapso moral e o prejuízo económico resultante de ter um filho que sofre de uma doença ou anomalia genética.

Os pais exercem esta ação contra o médico já que a mulher grávida, devido à negligência daquele, foi privada da oportunidade para tomar uma decisão informada sobre a continuação ou interrupção da gravidez.

O que releva aqui não é o sentido em que a mãe tivesse exercido esse poder discricionário, mas a perda dessa própria faculdade.

Ora então, a conduta negligente do médico que tenha impedido o exercício do poder de interromper legalmente uma gravidez viola o direito à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da mãe; assim, os danos indemnizáveis são os que resultam dessa violação.

Não obstante, a aplicação neste âmbito de tal faculdade teórica, supra mencionada, tem sido criticada por alguns autores por colocar em dúvida de que existe uma verdadeira ocasião perdida a respeito do nascimento e consequente despesa, ao residir a decisão da IVG na mãe e não num evento aleatório.

Por exemplo, no direito francês, para que exista “*perde de chance*”, teoria desenvolvida pela própria jurisprudência francesa, é requisito imprescindível que a produção do evento para a vítima seja aleatório, casual, produto de acaso, e sem que a materialização do evento possa depender, em caso algum da vontade da mesma⁵¹.

⁵⁰ A demanda pode ser exercida por ambos os pais ou apenas um deles, normalmente a mulher.

⁵¹ Cf. Marta Nunes VICENTE, *Algumas reflexões...*

A análise feita à jurisprudência reflete os pressupostos que são considerados créditos de nascimento culposos, que elencamos como:

- Os “falsos negativos” ou erros consistentes no diagnóstico, na emissão de um diagnóstico que não corresponde à realidade e que mostra a ausência de doença onde esta exista;
- A falta de realização dos exames de diagnóstico indicados de acordo com a *leges artis*; incorreta realização desses exames; não dar o devido destino ao resultado do exame;
- O não informar sobre os riscos de uma gravidez de alto risco;
- A insuficiente informação ou ausência de qualquer informação.

Em suma, podemos dizer que em todos os casos o fator determinante na hora de condenar (ou não), é a execução dos protocolos obstétricos em vigor no momento em questão, e do cumprimento com os direitos das mulheres grávidas.

Esses são os que se podem extrair da Lei 4/1984 de 5 de abril, alterada pelo DL n.º 70/2000 de 4 de maio, bem como das demais normas que regulamentam a autonomia do paciente e os direitos e as obrigações em matéria de informação e documentação clínica⁵².

Assim, a informação (que deve referir-se ao diagnóstico, prognóstico, opções de tratamento, grau de urgência, os potenciais riscos e consequências do tratamento) é a base e o pressuposto do “consentimento informado”⁵³ configurado como “*uma das mais recentes adições feitas na teoria dos direitos humanos, uma consequência necessária ou explicitação dos clássicos direitos à vida, à integridade física, e à liberdade de consciência*”^{54,55}.

Daí que informações imprecisas ou incorretas podem resultar num vício

⁵² O artigo 5.º da CDHB, ratificada em 2000 por Portugal, estabelece que “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos” [vd. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face à aplicação da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, feita em Oviedo em 1997, e publicada pela Resolução da Assembleia da República n.º1/2001, de 3 de janeiro].

⁵³ O dever de informar está previsto em vários documentos, sendo de destacar a LBS (aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro), na Base XIV, n.º 1, alínea e), na qual se estatui que os utentes têm o direito de ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado; e o artigo 157.º do C.Pen: “Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento (...)”.

⁵⁴ Também o CDOM, publicado pelo Regulamento n.º14/2009, de 13 de janeiro de 2009, não descarta esta temática. Desde logo o artigo 40.º estabelece o princípio da “livre escolha pelo doente” do médico.

O artigo 44.º dispõe que o “doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença”.

⁵⁵ Cf. Lucília NUNES, obra citada, p. 32.

daqueles, e gerar responsabilidade para o médico pelos danos em que se possa materializar o risco criado.

Não obstante, alguns setores críticos estimam a possibilidade de que os profissionais de saúde, por medo de demandas de responsabilidade, adotem por uma medicina defensiva, entendida como a prática médica que solicita aos pacientes análises, provas diagnósticas ou consultas desnecessárias, com o objetivo de se protegerem ante possíveis ações judiciais, acarretando um sobrecusto económico⁵⁶.

Mas a exigibilidade para com o profissional de saúde deve ser devidamente interpretada, incidindo no escrupuloso dever de informação e de atuar de acordo com a *leges artis*, que não se possa considerar excessiva.

5.2. Viabilidade: liberdade de procriação e despenalização do aborto

Obviamente, para que estas ações prosperem num ordenamento jurídico são precisos dois pressupostos: o reconhecimento da liberdade de procriação, e a legalidade do aborto por motivo embriopático (ou seja, malformações genéticas ou congénitas).

Donde, quanto mais ampla e flexível a regulamentação legal do aborto, maior será o alcance da eventual responsabilidade dos negligentes por não praticarem os atos pertinentes para detetar as deficiências do embrião ou do feto, deixando de advertir a grávida sobre as mesmas, não informarem sobre a possibilidade de interromper a gravidez, ou por prestarem tais informações fora do tempo legalmente em oportuno⁵⁷.

Embora no nosso ordenamento jurídico não haja um reconhecimento explícito da liberdade de procriação, pode-se argumentar pela existência de um “estatuto jurídico da reprodução humana”, disperso por várias normas, sendo ainda de referir, e no âmbito supranacional, a Convenção de Oviedo [CDHB], entre nós já ratificada.

Desde logo manifesta-se-nos como valor social consagrado na CRP (art.º 68º, n.º 2); mas ainda: na Lei n.º 4/84 de 5 de abril, que regula a proteção da maternidade e da paternidade; na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida; no regime legal da adoção (arts. 1974.º, n.º 1, e 1979.º, n.º 3, do C.Civ); na Lei n.º 16/2007 de 17 de abril que faz a exclusão da ilicitude nos casos de IVG.

E, entre outras normas, revela-se de igual: na Lei n.º 3 / 84 de 24 de março que estabelece o direito à educação sexual e define as formas de acesso ao planeamento familiar; na Lei n.º 120/99 de 11 de agosto que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, ou mesmo na Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro sobre informação genética pessoal e informação de saúde.

⁵⁶ Cf. Gilberto BAUMANN DE LIMA, obra citada.

⁵⁷ Salienta Vera RAPOSO, em *As Wrong actions...*, p. 64, que “o desenlace destes processos depende largamente da forma como se concebem as obrigações dos profissionais de saúde no que respeita às informações aos pacientes”.

Na área específica da descriminalização do aborto, a Lei n.º 16/2007 de 17 de abril, evitou considerar o feto em formação como o titular do direito à vida e simplesmente considerá-lo como um bem jurídico protegido constitucionalmente.

Tal implicou a obrigação do Estado de implementar os mecanismos necessários para proteger a vida do nascituro, mas também que essa proteção cessa quando sua vida está em conflito com os direitos da mulher protegidos pela CRP, como a vida, a integridade física ou moral, dignidade e livre desenvolvimento da sua personalidade.

Assim, na suposição de aborto eugénico, o conflito é resolvido entre a vida do ser em formação e a dignidade e livre desenvolvimento da personalidade da mãe, a favor desta; e tal se o nascimento de uma criança com anomalias comporta uma carga que exceda o que é normalmente exigido da mãe e da família.

Mais, pois ocorre, em muitos casos, resultar agravada pela insuficiência de apoios estatais e sociais que contribuam de modo significativo para aliviar o aspeto assistencial da situação, e em eliminar a insegurança que, de modo inevitável, há de angustiar os pais sobre o destino do afetado pelo defeito grave, no caso em que lhes sobreviva.

Atualmente, a faculdade do aborto é regulamentada pela na Lei n.º 16/2007, supra referida; mas outras normas se aplicam ainda à saúde sexual e reprodutiva, prevenção e interrupção voluntária da conceção⁵⁸, em reconhecimento do direito à livre escolha da maternidade, e tal implica, entre outras coisas, que as mulheres podem tomar a decisão inicial sobre sua gravidez, e que essa decisão, consciente e responsável, seja respeitada, em atenção ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

5.3. Relação de causalidade

Não obstante o já exposto, a verdadeira dificuldade em demandas de *wrongful birth* é determinar a relação de causalidade entre o nascimento e a ação ou omissão do médico, que se encontra lesada pela alegada decisão da mãe de abortar ou não.

Aqui entra em jogo o recurso dos denominados “cursos causais hipotéticos”, ou a também chamada “causalidade contrafactual”⁵⁹; em primeiro lugar há que determinar se a culpa do médico foi a “causa” de que a mãe não poderia interromper a gravidez; em segundo, terá que se verificar que, se até mesmo tendo-se dado o primeiro curso causal, e a mãe estar na possibilidade física e legal de recorrer à IVG, ela teria escolhido para fazê-lo.

Assim, o problema estriba em provar se a gestante teria efetivamente interrompido a gravidez.

Para um setor doutrinário é essencial que a mãe declare que, havendo podido,

⁵⁸ Veja-se a Lei n.º 12/2001 de 29 de maio que regula a Contraceção de Emergência, e que visa, entre outros, reforçar os meios de prevenção da gravidez não desejada (art.º 1.º, n.º 2).

⁵⁹ Cf. Cunha RODRIGUES, *A Negligência médica...*

teria optado por interromper a gravidez; é suficiente, portanto, a simples afirmação *a posteriori*, mas sem que possa ser ilidida, mediante o argumento que sua trajetória pessoal revela convicções morais que tornam inverosímil que interrompesse a gravidez.

No entanto, para outros setores, ao se entender que o dano consiste na mera privação da possibilidade de optar sobre a interrupção da gravidez, a sua hipotética vontade torna-se irrelevante⁶⁰.

O que acontece na prática é que o médico, ante a impossibilidade de provar que proporcionou as informações necessárias, alega que, se as tivesse proporcionado, o resultado teria sido o mesmo, isto é, que a mãe não tinha realizado a IVG.

Essa tática incorpora a conhecida doutrina alemã de “conduta lícita alternativa”⁶¹, que, aplicada no âmbito da responsabilidade médica, consiste em que o dano não é imputável ao seu causante se, agindo de acordo com a lei, se teria produzido o mesmo tipo de dano e na mesma extensão.

No entanto, segundo Cunha RODRIGUES⁶², esta doutrina apresenta reparos, i.e., se o dever do médico em proporcionar as informações necessárias encontra a sua justificação na necessidade de o paciente, de forma consciente e livre, decidir sobre seus direitos mais fundamentais (como a integridade física, a dignidade e o livre desenvolvimento da sua personalidade, ou, em geral, o direito à autodeterminação), e que o dito dever se configura em benefício do paciente, seria chocante que da sua infração pudesse beneficiar-se o médico mediante o recurso à referida doutrina.

Além disso, se o médico alega que, se tivesse atuado diligentemente o dano teria ocorrido de todo modo, terá que ser ele que assim o demonstre e, conseqüentemente, provar que tendo fornecido as informações, a gestante não teria interrompido a gravidez.

5.4. Danos indemnizáveis

São tanto patrimoniais como morais os danos reclamados nas ações de *wrongful birth*.

Os danos patrimoniais materializam-se em gastos extra motivados pelas

⁶⁰ Para Paulo MOTA PINTO por exemplo, que nos dá ainda conta, em *Indemnização...*, p. 22, que a jurisprudência alemã, toma a simples presunção de que o credor da informação, tendo em conta o conteúdo dessa, se teria comportado de forma adequada, o que funciona a favor desse em qualquer hipótese, seja a de se provar ou a de não provar que a grávida teria interrompido a gravidez.

⁶¹ Cf. Cunha RODRIGUES, obra citada.

A tese é que o resultado ter-se-ia seguramente produzido de qualquer forma, ainda que o agente tivesse tido um comportamento em cumprimento de todos os deveres prescritos pelo ordenamento jurídico (juízo *ex post*).

Então quando se conclua que tanto a conduta ilícita como a conduta lícita alternativa produziram o resultado típico, a imputação do resultado à conduta do agente traduzir-se-ia na punição da violação de um dever cujo cumprimento teria sido inútil.

⁶² Cf. Cunha RODRIGUES, obra citada.

anomalias físicas ou mentais do filho: custos médicos, sanitários e assistenciais; custos de adaptação da habitação da família; custo de aquisição ou adaptação de veículo adequado para o seu transporte; custos de educação especial; remuneração da pessoa para assistir à criança; perda de rendimento experimentados pelo progenitor, que teve de desistir do trabalho ou reduzir sua jornada para cuidar de seu filho enfermo; *et alia*.

Os danos morais, por sua vez, são os derivados do sofrimento e padecimento que aos progenitores ocasiona o nascimento e ulterior crescimento da criança com malformações (e.g. sofrimento psíquico ou espiritual, sentimentos de impotência, ansiedade, angústia); sendo igualmente destinatários de tais compensações avós e irmãos da criança nascida com tais condições, desde que a viver ou conviver com a mesma.

6. Ações de *Wrongful Life*

6.1. Conceito e fundamento

A ação de *wrongful life* é aquela demanda judicial intentada em nome próprio pelo nascido - ou seus representantes legais⁶³ - nos casos em que nasceu com uma enfermidade ou anomalia congénita, interposta contra o médico solicitando uma reparação para o dano que experimenta: o da sua própria vida.

Alega-se que o profissional de saúde tinha um dever para com a criança e que esse dever foi violado.

Não se argui portanto que a negligência foi a causa de sua lesão ou enfermidade, mas que essa negligência - por não detetar anomalias ou desinformar os seus pais - deu lugar a um nascimento "*fadado a conviver com doenças e limitações*" (Vera RAPOSO, p. 64)⁶⁴.

A este tipo de ação não será tão fácil de aplicar a técnica da separação entre a vida e danos, uma vez que tem parecido aos tribunais ficar para além de qualquer dúvida que é a própria vida que é reivindicada como dano⁶⁵.

Esses tribunais têm sim sentenciado⁶⁶ que o direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida.

Assim como que o direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome

⁶³ Nos termos gerais do art.º 1878.º, n.º 1, do C.Civ.

⁶⁴ Vera RAPOSO, *As Wrong actions...*

⁶⁵ Paulo MOTA PINTO, obra citada, considera todavia existir um padrão contrafactual de comparação, que será o da pessoa sem malformações e regularmente funcional, embora tese que não atende à teoria da diferença, já que o nascimento saudável nunca foi uma possibilidade.

⁶⁶ Vd. Ac. do STJ de 19 de junho de 2001, Proc. N.º 01A1008, relator Pinto Monteiro, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

do filho menor.

Ao contrário dos casos de *wrongful birth*, em que o argumento da “oportunidade perdida” em relação à mãe foi rejeitado, porque lhe faltava o fator de aleatoriedade a respeito do resultado, nas ações de *wrongful life* é realmente possível aludir à dita estratégia legal.

Tal pode ser na medida em que a decisão de abortar, ou não, se encontra na esfera jurídica da mãe, sendo esta um terceiro em relação à criança e, portanto, tal decisão seria estranha à esfera de controlo da vítima.

Para assegurar uma melhor compreensão é importante notar a chamada “Doutrina Perruche”, elaborada na sequência do Ac. do tribunal supremo francês - *Cour de Cassation* - de 17 de novembro de 2000.

Nicolás Perruche nasceu em 1983, deficiente profundo, surdo e quase cego; a sua mãe tinha sido infetada por rubéola durante a gravidez e afirmava a sua vontade de abortar se o feto estivesse afetado pela infeção; mas os médicos diagnosticaram de forma errónea a ausência de contágio.

Após o nascimento, os médicos foram processados pelos pais da criança, em nome próprio e de seu filho, para que lhe fosse reconhecido o sofrido prejuízo.

Nesses elencam-se prejuízos tais como: para a criança, que sofre de uma deficiência física ou mental, fonte de sofrimento para ele e para os seus pais; para o Estado, pois a Segurança Social e o Sistema de Educação encargam-se da saúde pública e da educação, e devem suportar os custos, muitas vezes muito caros, da assistência que a criança necessitaria; e para a Humanidade em caso da transmissão da enfermidade genética⁶⁷.

La Cour de Cassation pronunciou-se em favor dos demandantes, reconhecendo que a negligência médica havia impedido a mãe de decidir sobre o aborto legal e, assim, evitar o nascimento de uma criança com graves anomalias.

A decisão do tribunal francês causou duas situações: 1) uma linha jurisprudencial começou a admitir reclamações de responsabilidade *wrongful life*. 2) imediatamente abriu uma cascata enorme de questões médicas, éticas, sociais e filosóficas - os técnicos de DPN e ginecologistas entraram em greve em protesto por este tipo de factos; as associações de famílias de pessoas com deficiência protestaram pelo efeito que tais factos poderiam ter sobre a conceção social da deficiência.

Ante tais pressões, o Parlamento francês viu-se obrigado a pronunciar-se sobre a questão e aprovou a Lei 2002-303 de 4 de março, cujo art.º 1.º contém as normas que regem as ações de *wrongful birth* e *wrongful life*.

Em concreto, rejeitou as demandas de *wrongful life* e remeteu a indemnização à criança para a órbita da justiça distributiva, no caso o sistema de solidariedade

⁶⁷ José Alberto GONZÁLEZ, *Wrongful birth...*, p. 62, alude a estes três planos sobre os quais se pode situar o dano, elucidando contudo que para os efeitos da responsabilidade civil, acabo ao que concernem as demandas em apreço neste texto, apenas importa o plano da criança. Acrescentamos e ampliamos, e também em integração de ambas as ações, que para tais efeitos importa ainda o plano dos progenitores, ou cuidadores porvindouros.

nacional (seg-social), mas aceitou as de *wrongful birth* em reclamação dos danos sofridos pelos pais, embora limitando a compensação aos que eles mesmo experimentem.

6.2. Relação de causalidade e danos indemnizáveis

Este tipo de ação exhibe dificuldades idênticas à demanda referida como *wrongful birth*, sobretudo se o dano a observar fosse a própria vida deficiente, ou esta deficiência em si, mas todavia já vimos que não deverá ser assim entendido.

De tal forma não se pretende determinar nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano de *wrongful life*, pois conquanto tivesse sido detetada a deficiência ou cumprida a informação, nada poderia ser feito para assegurar o nascimento de uma criança saudável.

Não se pode dizer portanto que haja nexo de causalidade entre a conduta negligente ou omissiva do médico e o tal “dano de vida deficiente”.

Quem demanda que, se não tivesse sido pelo conselho médico inadequado não teria nascido para experimentar o sofrimento próprio da sua enfermidade, ou seja, a conduta do(s) demandado(s) favoreceu um viver indesejado, vem interessando por tal indemnização pelos:

a) danos económicos que acarreta a sua vida enferma (e.g., educação especial, assistência médica, transporte especial, a adequação da habitação);

b) danos morais pelo facto de ter nascido, já que considera que teria sido melhor para ele não ter nascido que viver nas condições em que se faz.

6.3. Viabilidade da ação

Considerando-se o mérito do pedido⁶⁸ da pessoa que o exerce, i.e., o fato de nascer com anomalias genéticas graves, há que ter em conta que, no nosso sistema jurídico nem o direito ao aborto nem a liberdade reprodutiva se estabelecem em atenção ao interesse da criança em não nascer, mas sim em atenção ao interesse da gestante ou dos progenitores, que são os que primam e estão efetivamente protegidas na situação de conflito.

Encontra-se o sentido da procedência destas ações no facto de que a vida não é em si mesma “indevida”, não estando portanto em jogo o direito do nascido

⁶⁸ Sobre a questão do mérito, Carneiro Da FRADA, obra citada, expõe a tese limite da inconciliabilidade entre o fundamento da pretensão e o fim do seu reconhecimento, isto conquanto que o pretense credor declara a sua vida sem valor, e concomitantemente pretende uma reparação em dinheiro para continuar a desenvolver essa mesma vida.

O autor não deixa porém de reconhecer o “*deficit de realidade*” que tal tese comporta.

O mesmo deficit que aqui expomos nós, que perante uma interpretação literal do art.º 562.º do C.Civ, ao criar-se a obrigação do devedor em reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação, ou seja, por absurdo, e face à pretensão do credor tomada à letra, o devedor a retirar a vida a este, o que é juridicamente irrealizável.

a “ser morto”, nem o “direito a não nascer”⁶⁹ mas um direito da pessoa nascida em tais condições a ser ressarcida por um comportamento médico que incumpra com a *leges artis*.

Defende Paulo MOTA PINTO, que a criança nascida com deficiência pode ser ressarcida por danos patrimoniais e não patrimoniais, com a justificação de que o nascituro tem um “direito de personalidade em formação”⁷⁰.

A tutela da personalidade do sujeito nascido, e que haja sido agredido no ventre materno abarca o intervalo temporal entre a concepção e o nascimento, pois mesmo no pressuposto de que inexistente personalidade jurídica pré-natal, a doutrina em geral entende que é aquando do nascimento que os danos produzidos no período de gestação se consumam⁷¹.

Podemos eleger então como momento para o início da personalidade pré-natal o da concepção, tomado como o momento de individualização do ser, e em que se abraça um projeto de vida autónoma, o que se confirma pela percepção que lhe presta o C.Pen⁷².

Uma interpretação restritiva decorrente do n.º 1 do art.º 66.º do C.Civ, encaminha-nos para aquisição da personalidade para o próprio momento do nascimento – dado completo e com vida⁷³.

Todavia, o mesmo art.º 66.º, agora no seu n.º 2, ressalva direitos reconhecidos ao nascituro pela lei, o que proporciona que esse se tenha por nascido sempre

⁶⁹ O que extraímos de Paulo MOTA PINTO, obra citada, p. 16, que considera não ser útil, no sentido de viabilizar tais demandas, trabalhar com um pretensão direito à não existência.

Em sentido idêntico refere Fernando Dias SIMÕES, *Vida indevida?...*, p. 193, que fundamentar o desmérito das pretensões *wrongful life* na inexistência de um “direito a não nascer” é não ter a “compreensão do que verdadeiramente está em causa neste tipo de ações”.

Este autor considera ainda que as ações *wrongful life* não contêm com a indisponibilidade do direito à vida.

⁷⁰ Cf. Paulo MOTA PINTO, obra citada, pp. 13 e 18.

⁷¹ Cf. Tiago FIGO, *Tutela juscivilística...*, p. 215.

⁷² O art.º 140.º do C.Pen tipifica o crime de aborto, agravado nos termos do art.º 141.º, erigindo assim a vida intrauterina ao nível de bem jurídico.

Esta tutela também é inferível do disposto no n.º 1 do art.º 24.º da CRP “[a] vida humana é inviolável”.

⁷³ José Alberto GONZÁLEZ, em *Guia de estudo...*, p. 356, refere-se à “chamada revolução ecográfica” dizendo que essa tem permitido obter uma percepção da vida intrauterina que compassível já com a manutenção de uma tese conforme a que se é pessoa apenas com o nascimento.

Compara ainda nos direitos nacionais e supranacionais:

1 - De harmonia com o Ac. do Tribunal Constitucional Alemão de 28/5/1993 (*BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II*): A Constituição impõe ao estado o dever de tutelar a vida humana, incluindo a vida pré-natal; A dignidade humana pertence já à vida humana pré-natal; O ordenamento jurídico deve assegurar os pressupostos jurídicos do seu desenvolvimento no sentido de um autónomo direito à vida do nascituro.

2 - No art.º 2.º do C.Civ Brasileiro estabelece-se que “a lei, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

3 - No Preâmbulo, 3, da Declaração dos Direitos da Criança de 20/11/1959: “Considerando que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais; nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”.

que para ele tal seja vantajoso⁷⁴.

Prescreve então o n.º 1 do art.º 1878.º do C.Civ que compete aos pais representar os filhos, ainda que nascituros.

Tal técnica de suprimento de incapacidade de exercício dos menores (art.º 123.º do C.Civ) pode-se ler como a sua extensão aos nascituros - pese embora a capacidade decorra da personalidade (qualidade de ser titular de direitos e ficar adstrito a obrigações) negada pelo legislador aos nascituros (art.º 66.º do C.Civ) -, atribuindo aos progenitores um acervo de poderes e deveres determinados pelo interesse do filho embora não nascido.

7. Conclusões

Nas práticas jurídicas portuguesas, as demandas de *wrongful birth* têm experimentado um paulatino aumento desde a precursora sentença do STJ de 2001, sendo o mais complexo, do ponto de vista jurídico, a determinação do nexo de causalidade e de prova conclusiva da verdadeira intenção da mãe sobre o direito de abortar.

A ação de *wrongful life* conhecida até hoje no nosso ordenamento jurídico, não mereceu pronúncia favorável ao autor⁷⁵; e quiçá tal singularidade se deva não meramente à inviabilidade, como às particulares conotações que este tipo de ação possuiu, não esquecendo portanto a complexa concorrência dos campos morais, filosóficos e legais sobre a matéria.

A inviabilidade desta última estará ligada, ao que José Alberto GONZÁLEZ (p. 28)⁷⁶ menciona como confronto com “a regra da proibição de concessão de poderes representativos relativos a direitos pessoais”, particularmente no que se refere aos direitos de personalidade, correspondentes na essência aos *Direitos Humanos*, e aos *Direitos, Liberdades e Garantias* pessoais.

E por mais, como pondera Pinto MONTEIRO⁷⁷ “(...) mesmo que fosse de reconhecer à criança, em certos casos, um ‘direito à não existência’, (...) seria mais adequado fazer depender o exercício de tal ‘direito’ de um juízo da própria criança, quando atingisse a maioridade”⁷⁸.

⁷⁴ A tutela civilista da vida pré-natal encontra-se ainda no C.Civ aos n.º 1 do art.º 952.º, referente à capacidade de aquisição por doação, no art.º 1854.º, sobre perfilhação, ou ainda nos arts. 2026.º e 2033.º, sobre capacidade sucessória.

⁷⁵ Não podemos deixar de referir, como resumo, que as várias análises que os autores consultados apresentam às ações corridas no nosso e em outros ordenamentos jurídicos, a perspetiva da responsabilidade e dos seus requisitos leva a afirmar que a admissão das demandas *wrongful birth* (se bem que apenas a respeito dos danos conexos à privação da liberdade de procriação ou da faculdade da IVG), e a recusar as *wrongful life*, por o dano reclamado não imputável de forma objetiva aos demandados.

⁷⁶ Cf. José Alberto GONZÁLEZ, *Testamento vital...*

⁷⁷ Obra citada, p. 382.

⁷⁸ Será de questionar se a tal opinião escapam as circunstâncias em que as deficiências suportadas

O que nos leva a questionar, para além do que já fez o Conselheiro Pires da Rosa (vide menção supra) a propósito da evocada questão da representação e capacidade de exercício, se sendo o Direito uma construção social e com fins sociais se deva afastar, em face de incapacidade própria, do exercício em representação o que é consagrado na CRP em termos de *Direitos, Liberdades, e Garantias*, quando algum desses está na prática sonogado⁷⁹.

Não haverá interesses de difícil realização pelas forças de um só indivíduo, ou com tal nexo de oportunidade, que os faça merecer assim serem a qualquer tempo protagonizados ou, juridicamente, supridos por um terceiro ou pelo coletivo social?

Lucília NEVES⁸⁰ refere-se-nos que “*um dos elementos centrais associados ao campo da Saúde é o da confiança – e se a confiança alicerça as relações sociais, no geral, no caso da saúde em particular associam-se a vulnerabilidade das pessoas, o seu estado de necessidade e as assimetrias de informação, bem como os elementos de incerteza e risco.*”

O direito à integridade física⁸¹, não se limita à causa de sobrevivência da pessoa, mas alarga-se ao direito de não sofrer diminuições em ordem às condições que a pessoa teria se não fosse afetada, ou, para o que aqui releva, o direito de nascer com os atributos indispensáveis à sua qualidade de ser humano, física e psiquicamente são.

Carneiro Da FRADA⁸² ergue-se contra a indemnização do “dano vida”, com base na distinção que haverá que fazer entre o dano da vida e o dano da deficiência, imputando ao direito da segurança social, o caso de pedir, a satisfação das necessidades provocadas pela deficiência.

Ora saúde⁸³, confiança, e mesmo integridade física, são critérios tão subjetivos quanto o é o da justiça em si⁸⁴, mas todos merecedores de elevada proteção jurídica.

Haverá então um enviesamento no sentido da improcedência⁸⁵ do pedido

pelo assim nascido o impedirão em algum tempo de desenvolver a necessária competência, ou seja, a capacidade de entender a sua situação, as soluções alternativas e as suas consequências imediatas e futuras, e a tal associar a voluntariedade, i.e., a propriedade que a vontade possui de ser lei em si mesma.

⁷⁹ Comentamos ainda que, no plano da criança os tribunais deveriam levar à letra o que vem disposto no n.º 2 do art.º 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que todos os atos relativos às crianças terão primordialmente em conta o superior interesse da criança.

⁸⁰ Obra citada, p. 19.

⁸¹ “*A integridade (...) física das pessoas é inviolável.*” (CRP, art.º 25.º, n.º 1).

⁸² Cf. Carneiro Da FRADA, obra citada.

⁸³ A CRP no n.º 1 do seu art.º 64º consagra ainda que “*todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.*”

⁸⁴ Kelsen, em *O Problema da Justiça*, a pp. 18, referindo-se à fórmula de justiça mais frequentemente usada, *suum cuique*, alerta para a tautologia para que nos conduz, a cada um deve ser dado aquilo que lhe deve ser dado, já que então quaisquer que sejam os deveres e direitos estatuidos, esses correspondem à norma de justiça.

⁸⁵ Quiçá seja cedo para avaliar a tendência jurisprudencial dos nossos tribunais, todavia, e para além das questões que se nos colocam sobre aspetos que se balizam no dever de cumprimento devido à criança concebida pelos profissionais e entidades da Saúde que assistem a grávida, não deixamos

indemnizatório nas ações *wrongful life*, terçando o argumento de que a dignidade da pessoa humana não consente a perspetivação da vida como um dano⁸⁶, quando o que está, de facto, em jogo em tais ações não é o direito a ser morto, mas, em face do direito a uma vida comparável ao homem médio, isso sim um dano no livre desenvolvimento da personalidade humana?

E quem é então o cliente do profissional de saúde?

Ora as possibilidades a que nos trouxe o desenvolvimento técnico e tecnológico põs-nos literalmente a ver que o ser intrauterino já é pessoa antes do nascimento – pese embora o seu inferior valor social face ao nascido – a quem deve ser concedida personalidade jurídica reconhecendo a sua dignidade, e a quem devem ser atribuídos direitos pessoais.

Enfim, no ordenamento jurídico português poderemos ver o nascituro tanto como “sujeito” de relações jurídicas⁸⁷, como “objecto” de um direito de outrem⁸⁸.

Todo modo a vida pré-natal merece a proteção das regras profissionais ou deontológicas, mormente as da atividade médica⁸⁹.

Sendo assim postulamos que se deveria tomar o nascituro, como parte igual e legítima do contrato, em restrita considerado, estabelecido entre profissional e grávida, merecedor pois de igual consideração jurídica à que acolhe nas próprias regras dos profissionais da Saúde⁹⁰.

Abreviaturas e Acrónimos

AA. – Autores.

Ac. ³/₄ Acórdão.

de apoiar a posição de Vera RAPOSO (*As Wrong actions...*) de que uma indemnização devida aos pais apenas visa salvaguardar a posição desses, não a do filho, e que em tal reserva se sublinha a dependência do nascido, e possível carência face ao desaparecimento daqueles.

⁸⁶ Não será de olvidar que antanho foi, na jurisprudência e na doutrina, igualmente questionável a morte como dano, e com o que nos parece ser o mesmo argumento de base, ou seja, que não se poderia compensar a morte em dinheiro; todavia o C.Civ de 1966 já veio estatuir, nomeadamente nos n.º 2 e n.º 3 do art.º 496.º, o direito a indemnização pelo “dano de morte”.

⁸⁷ O nascituro não passa despercebido à luz da mais diversa legislação, veja-se por exemplo a capacidade sucessória de que gozam de acordo com o preceituado no art.º 2033.º do C.Civ.

⁸⁸ Tenha-se em conta a liberalização e descriminação da IVG, embora em certas circunstâncias.

⁸⁹ É o que se pode extrair dos arts. 31.º e 55.º do CDOM, como comprometimento dos médicos na conservação da vida humana, respeitando-a desde o seu início.

⁹⁰ Da leitura feita à bibliografia, que referimos em capítulo próprio, criámos a impressão de que a prudência dos tribunais, ou até mesmo a do legislador se evocamos a chamada doutrina Perruche, tem como matriz a dificuldade em estabelecer não só os montantes indemnizatórios, como em si mesmo apreciar a existência de danos, sobretudo dos não patrimoniais.

Será em tal que se tornaria útil basear em critérios de evidência empírica a avaliação rigorosa quer dos danos quer dos montantes indemnizatórios.

O juiz não deixará de ser, na perspetiva jurídica, o perito dos peritos, mas o concurso da psicologia forense permitiria a interação de conhecimentos que contribuiria para uma melhor decisão, para maior credibilidade, e até para maior confiança no sistema de justiça.

Art.º – Artigo.
Arts. – Artigos.
C.Civ ³/₄ Código Civil.
C.Pen – Código Penal.
CDHB ³/₄ Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.
CDOM ³/₄ Código Deontológico da Ordem dos Médicos.
Cf. – Conforme.
CRP – Constituição da República Portuguesa.
DL – Decreto-Lei.
DPN – Diagnóstico Pré-Natal.
e.g. – Por exemplo.
i.e. – Isto é.
IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez.
LBS – Lei de Bases da Saúde.
LSM – Lei de Saúde Mental.
N.º – Número.
p(p). – Página(s).
Proc. – Processo.
STJ – Supremo Tribunal de Justiça.
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra.
TRE – Tribunal da Relação de Évora.
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães.
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa.
TRP – Tribunal da Relação do Porto.
Vd. – Vide.
Vs. – Versus.

Bibliografia

ANTUNESVARELA, João de Matos - *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2014 (reimpressão).

BAUMANN DE LIMA, Gilberto - *Culpabilidade do Médico e a Lex Artis* In: *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.º 19, janeiro/junho, 2013, pp. 124-142.

CORREIA, Vanessa Cardoso - *Wrongful Birth, Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*», In: *Subj*, 38, Direito da Saúde e Biomédico, Janeiro-março, Editora Almedina, Coimbra, 2007, pp. 101-108.

DUNCAN, William C. - *Statutory responses to “wrongful birth” and “wrongful life” actions*, In: *Proceedings of The Fourteenth University Faculty For Life Conference*, Washington, D.C., 2004, pp. 3-26.

FERREIRA, Susana Rodrigues - *A construção social dos discursos médicos acerca do risco fetal*, comunicação no IV Congresso Português de Sociologia, Coimbra, 2000, disponível em http://www.aps.pt/cms/docs_pro/docs/DPR462de79388c06_1.PDF.

FIGO, Tiago - *Tutela juscivilística da vida pré-natal: O conceito de pessoa revisitado*. Coimbra, Coimbra Editora, S.A., 2013.

FRADA, Manuel Carneiro Da - *A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite*, In: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, ano 68, vol. I, pp. 215-253.

GONZÁLEZ, José Alberto - *Guia de Estudo de Direito*, 4ª edição, Lisboa, Quid Juris? - Sociedade Editora, Ld.^a, 2011.

GONZÁLEZ, José Alberto - *Responsabilidade Civil*, 3ª edição, Lisboa, Quid Juris? - Sociedade Editora, Ld.^a, 2013.

GONZÁLEZ, José Alberto - *Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde*, Lisboa, Quid Juris? - Sociedade Editora, Ld.^a, 2013.

GONZÁLEZ, José Alberto - *Wrongful Birth, Wrongful Life, O conceito de dano em responsabilidade Civil*, Lisboa, Quid Juris? - Sociedade Editora, Ld.^a, 2014.

KELSEN, Hans - *O Problema da Justiça*, 3.º ed., São Paulo, Martins Fontes, Ld.^a, 1998.

MONTEIRO, António Pinto - *Direito a não nascer?*, Anotação ao Ac. do S. T. J. de 19 de junho de 2001, In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3933, 2002, pp. 377-384.

MOTA PINTO, Paulo - *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida”*, 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, Coimbra, 2007.

NUNES, Lucília - *Responsabilidade do profissional de saúde - esfera de ação, enquadramento[s] e contexto[s]*, In: *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Série Formação Contínua, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, pp. 14-40.

PINTO, Rui Gonçalves - *Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível: Algumas linhas gerais de solução*, In: *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Série Formação Contínua, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, pp. 178-207.

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*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n.º 21, 2010, pp. 61-99.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)*, In: *Revista do Ministério Público* n.º 132, outubro/dezembro, 2012, pp. 71-125.

RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes - *A Negligência Médica Hospitalar na Perspetiva Jurídico-Penal: Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Editora Almedina, Coimbra, 2013.

SILVA, Marta Santos - *Sobre a (in)admissibilidade das ações por “Vida indevida” (Wrongful life actions) na Jurisprudência e na Doutrina. O Arrêt Perruche e o caso André Martins*, In: *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, coordenação de Manuel da Costa Andrade, Rei dos Livros, Lisboa, 2013, pp. 119-150.

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

SOUSA, Germano - *Erro médico*, In: *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Série Formação Contínua, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, pp. 88-119.

STRASSER, Mark - *Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: Can reasonable jurisdictions recognize all but one?*, *Missouri Law Review*, vol. 64, issue 1, 1999, article 7.

VICENTE, Marta Nunes - *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: A jurisprudência Perruche*, In: *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 11, 2009, pp. 117-141.

NOTA

A jurisprudência citada ou referida encontra-se em “A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, publicação do Gabinete dos Juízes Assessores da Assessoria Cível - Sumários de Acórdãos de 1996 a Julho de 2014”.