

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROGENITORES PELA VIDA INDEVIDA. DIREITO A NASCER SAUDÁVEL

Sara Elisabete Gonçalves da Silva

Resumo: O aumento exponencial do saber, a especialização e o desenvolvimento tecnológico, transformaram radicalmente a vida das pessoas e abalaram profundamente os valores tradicionais, bem como a relação do homem com o mundo e com os outros. A evolução científica caminha a grande velocidade e o direito encontra-se na iminência de ter que dar uma resposta a novas situações. Neste sentido, a evolução das ciências biológicas e médicas tem provocado no homem e na sociedade dos nossos dias colossais transformações, designadamente a possibilidade de existirem pretensões pela vida indevida, oriundas do aconselhamento genético, sendo que estas ações são caracterizadas, na sua essência, pelo dano que nelas é invocado. Por conseguinte, no âmbito das *wrongful life actions* demonstra-se pertinente analisar as seguintes problemáticas: será admissível a interposição de uma pretensão por parte da criança contra os seus progenitores? Terá o nascituro direito a não nascer se não saudável?

Palavras-Chave: Diagnóstico pré-natal; Direito a nascer saudável; Responsabilidade civil; *Wrongful life*

Sumário: 1. Enquadramento. 2. Composição do conflito. 3. Nascituro: Goza de personalidade jurídica? Tem direitos de personalidade? 4. Relação entre a origem da vida e a causa do dano. 4.1. Conduta prejudicial na concepção: deficiência originária. 4.2. Conduta prejudicial após a concepção. 5. Direito a nascer saudável. 6. Considerações finais

1. ENQUADRAMENTO

No que concerne à responsabilidade civil pela vida indevida uma das questões que se coloca em contenda diz respeito à admissibilidade da interposição de uma pretensão indemnizatória por parte do filho contra os próprios pais. Interessam-nos aqueles casos em que ocorreu um nascimento com deficiências e/ou determinada patologia congénita, fundamentalmente aquelas situações em que a deficiência surgiu na sequência de uma lesão infligida por outrem ao nascituro na sua vida intrauterina.

Uma *wrongful life action* é proposta pelo filho.¹ Neste contexto, o autor (o filho) sustenta que, se não fosse a negligência do(s) progenitor(es) ele não teria que existir com uma patologia e/ou malformação que jamais se produziria caso a conceção não se tivesse sobrevindo e/ou caso não fosse a lesão provocada pelo(s) progenitor(es) ao nascituro na sua vida intrauterina (Carneiro da Frada, 2010: 1).

Quando a criança interpõe uma pretensão contra o(s) progenitor(es), deparamo-nos, por exemplo, com situações em que os mesmos, tendo conhecimento das malformações ou patologias do nascituro, decidiram levar a gravidez a termo; situações em que os progenitores têm uma conduta que prejudica a vida intrauterina do nascituro, como também aquelas situações em que o próprio ato de conceber é considerado a causa do dano. Por conseguinte, questiona-se sobre a admissibilidade de a criança interpor uma pretensão para requerer uma indemnização por ter nascido.

No caso em estudo, a questão que se coloca é a seguinte: será que, na fase pré-natal, o comportamento do(s) progenitor(es) que cause(m) danos, determinando um nascimento/vida em condições de malformação ou um nascimento com

¹ Vide GONÇALVES DA SILVA, S. E., 2016. Responsabilidade Civil Médica no Quadro do Aconselhamento Genético – Conceção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*), vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência. Porto: Dissertação de Mestrado.

patologias congénitas, legitima a criança a interpor uma pretensão, a fim de obter o ressarcimento dos danos pela lesão da sua integridade psico-física aquando da sua vida intrauterina?

Podem ainda despoletar outras interrogações, designadamente: quais serão as consequências para aqueles progenitores que causam uma lesão à integridade psico-física do concebido? Podem os progenitores ser responsáveis perante o filho se no exercício do *jus generandi* transmitem uma patologia de que são portadores? E, conseqüentemente, pode o já nascido interpor uma pretensão contra os pais por violação dos seus direitos, conforme o artigo 483.º, do CC?

Assim, das questões supra, deparamo-nos, desde logo, com a proteção da integridade física do nascituro contra agressões intencionais de terceiro e com a tutela da vida do sujeito contra lesões na fase intrauterina ou embrionária meramente negligentes (Carneiro da Frada, 2010: 1). Denote-se que em ambos os casos, a questão da personalidade jurídica do nascituro apresenta-se evidente.

2. COMPOSIÇÃO DO CONFLITO

Perante o avanço da ciência médica e das técnicas experimentalistas, advém um tema de grande complexidade para o direito civil: responsabilidade pelo nascimento com deficiências. Este tema coaduna com o problema da tutela de quem nasceu com uma deficiência. Por isso, o ponto central de estudo cinge-se à personalidade jurídica pré-natal (Carneiro da Frada, 2010: 1).

Começemos por evidenciar que, relativamente às lesões sofridas pelos acidentes de viação, o entendimento tem sido o de ressarcir a criança pelos danos morais, sendo que aquando do acidente de viação o lesado (criança) era ainda nascituro.²

² O tribunal da relação de Lisboa, já desde 28 de janeiro de 1977, numa sentença concedeu a um jovem que nasceu 6 dias depois da morte do pai num acidente de

Portanto, parece não poder excluir-se também o direito do sujeito a uma indemnização, por motivos semelhantes, quando de um acidente ocorrido durante a sua vida intrauterina não sobreviveu a morte do pai, mas uma malformação ou patologia congénita da criança. Está em causa o ressarcimento de diversos tipos de prejuízos sofridos pelo nascituro devido a uma lesão à sua integridade psico-física. Logo, se existem lesões provocadas ou ocorridas na e durante a vida intra-uterina que devem ser reparadas, então, o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro constitui uma exigência (Carneiro da Frada, 2010: 2).

No entanto, a fragilidade e a complexidade das questões em análise (desde o foro jurídico, ético e moral) dão origem a colossais transformações no âmbito do direito.

Hodiernamente, o nascimento de um filho é sempre e cada vez mais uma escolha livre e consciente dos sujeitos, baseada em considerações pessoais de carácter social, económico, espiritual, entre outras. Tais considerações são suportadas, normalmente, por todos os exames clínicos e as informações médicas que a normal diligência requer dos futuros pais, sendo que pode impulsionar, de acordo com a necessidade, para a escolha dos meios naturais ou artificiais mais idóneos a provocar o nascimento. Neste quadro importa fazer referência ao seguinte:

- à existência e à relevante situação de que o nascituro invoca a proteção, da qual conseguiria a legitimidade de interpor uma pretensão contra os progenitores;
- ao contexto específico em que se insere este tipo de pretensão e devido à relação entre o facto causador da vida e da patologia;

Por conseguinte, a resposta às questões supra cinge-se à reflexão sobre a situação subjetiva, relevante para o direito,

viação, uma indemnização com fundamento em que “o menor ficou privado do amparo moral e proteção, orientação e carinho que o pai prodigalizaria até à maioridade e muito especialmente enquanto criança ou jovem”. Também o tribunal da relação do Porto em 2000 afirmou que o artigo 496.º, n.º 2, abrange os danos não patrimoniais infligidos ao nascituro (Carneiro da Frada, 2010: 2).

sobre a qual seria a fundamentação de uma pretensão indenizatória contra os pais por parte de quem tenha nascido num estado de deficiência física e/ou psíquica.

Da análise do artigo 483.º do CC a indemnização requer a violação ilícita dos direitos de terceiro, ou seja, é necessário “violiar ilicitamente o direito de outrem”.

Com base no citado artigo, para que o dano seja reparado é necessário: facto voluntário do agente; que o facto do agente seja ilícito; que haja um nexos de imputação do facto ao lesante; que da violação do direito subjetivo sobrevenha um dano; que haja nexos de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima (Antunes Varela & Pires de Lima, 2010: 471).

Posto isto, facilmente depreendemos que ao tempo da lesão causada terá que existir um sujeito de direito, titular da posição jurídica atingida. Porém, se aquando da ação ou omissão causadora do dano e, portanto, desencadeadora de responsabilidade, não existe sujeito jurídico, também não há, à luz do artigo 483.º, n.º 1, ação violadora de um direito de outrem.

A lesão do direito à integridade psico-física só será possível de aferir se perante ela se puder delinear um antes e um depois do sujeito. Por outras palavras, se antes da sua ocorrência a sua esfera jurídica se mostrar inviolada e se, depois da violação, aquela se manifestar atingida. Por isso, será *conditio sine qua non* o reconhecimento de personalidade jurídica pré-natal, pois apenas reconhecendo ao nascituro ao tempo da lesão sofrida a qualidade de sujeito de direito³ é que será possível a interposição de uma pretensão indenizatória (Carneiro da Frada, 2010: 3).

Relativamente ao dano, este implica a modificação de uma determinada esfera jurídica. Na hipótese de não se verificar

³ Note-se que na Lei da procriação medicamente assistida visa, entre outros fins, a proteção do nascituro. No entanto é aplicada a um quadro em concreto e, no nosso objeto em estudo, não abarca as situações a serem consideradas.

nenhuma alteração na esfera jurídica de alguém, não se pode falar de um prejuízo. Só existe dano se for possível individualizar um sujeito que tenha sido privado de uma vantagem que até à prática do ato danoso lhe assistia, ou seja, o dano requer um sujeito que tenha ficado a suportá-lo, quando antes não estava sujeito a ele. Só se pode atribuir ao nascituro, de acordo com o objeto em estudo, uma reparação do dano se se lhe reconhecer a titularidade de uma vantagem já existente na sua esfera jurídica ao momento da sua supressão, na situação de lhe reconhecer, para esse efeito, personalidade jurídica. De outra forma, não há, para o sujeito um antes e um depois capaz de fazer da deficiência à nascença um dano. O dano da anomalia manifesta-se à nascença, no entanto os prejuízos provenientes de lesões à integridade física do nascituro podem projetar-se para além do nascimento, acompanhando o sujeito ao longo da sua vida. O facto de certos prejuízos só virem a manifestar-se depois do nascimento e se apresentarem, a esse momento meramente ocultos, não impede o seu ressarcimento. Estes prejuízos são evidentemente indemnizáveis. Por consequência, o dano não se configura na deficiência ao momento do nascimento, mas o de uma deficiência provocada por uma lesão intrauterina, sendo que tal lesão alterou o processo normal de desenvolvimento do sujeito, muito embora tais sequelas só se verifiquem mais tarde (ibidem).

Para além do dano, também o nexos causal é decisivo para a pretensão indemnizatória do atingido. É necessário estabelecer a causalidade entre o dano experimentado pelo sujeito e a lesão intrauterina que sofreu devido a uma conduta de terceiro (Carneiro da Frada, 2010: 3). Nestes casos, a existência de personalidade jurídica ao tempo dessa lesão é condição necessária para permitir uma pretensão indemnizatória por prejuízos que só mais tarde se venham a constatar. Portanto, torna-se imprescindível a afirmação positiva da personalidade jurídica ao momento da prática do ato lesivo.

Denote-se que, no momento da prática do ato danoso, a agora criança era um nascituro. Com base no n.º 1, artigo 66.º do CC, só se adquire personalidade jurídica depois do nascimento completo e com vida. Deste modo, entendemos que para uma melhor análise deste tipo de *wrongful life actions*, interpostas pelo filho contra os progenitores, é imprescindível analisar a proteção civilística da vida pré-natal. Assim, é necessário, *ab initio*, debruçarmo-nos sobre o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro como requisito dogmático posto pelo direito da reparação dos danos.

3. NASCITURO: GOZA DE PERSONALIDADE JURÍDICA? TEM DIREITOS DE PERSONALIDADE?

No caso de existir uma lesão danosa durante a vida intrauterina, provocando uma anomalia ao feto, importa ter em consideração se será viável, antes do nascimento, a tutela da vida e da integridade física do nascituro. Esta análise implica aferir do alcance de aplicação do artigo 66.º, n.º 1, do CC, uma vez que o possível reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro requer uma análise ao alcance jurídico do referido artigo.

Primeiramente, note-se que o direito civil expressa que os conceturos ou nascituros não concebidos não dispõem de qualquer personalidade jurídica. Contudo, aos nascituros o direito civil reconhece, expressamente, um estatuto jurídico, pelo menos em matéria patrimonial. Neste sentido vejam-se os artigos 952.⁰⁴ e 2033.⁰⁵ do CC que permite que o nascituro seja beneficiário de doações e sucessões.

⁴ Artigo 952.º - “n.º 1 - os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador; n.º 2 - na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário”.

⁵ Artigo 2033.º, n.º 2, alínea b) - “os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.”

Assim sendo, no que concerne a matéria não patrimonial, despoletam as seguintes questões: será o nascituro sujeito? Merecerá o nascituro tutela jurídica?

Nas palavras de Carvalho Fernandes “(...) há que atender a que os direitos do nascituro não se reduzem a esses esporádicos direitos patrimoniais, sendo que isso é certo para os nascituros não concebidos, mas não o é para os nascituros já concebidos (...)” (Carvalho Fernandes, 2012: 196).

Neste sentido, com base nas palavras do citado autor, constatamos que o nascituro deveria ter uma maior amplitude de direitos que deveriam ser tutelados, essencialmente aqueles de esfera extrapatrimonial, uma vez que já se reconhece a existência de personalidade jurídica quer ela seja limitada ou condicionada ao nascimento com vida, ou quer ela seja considerada como situação em que existem direitos sem sujeito, porém garantindo-se a tutela pelo ordenamento jurídico, pois, o nascituro não é um nada humano, mas já um embrião, uma firmada *spes vitae* (Carvalho Fernandes, 2012: 197). Assim, trata-se de um ser humano vivo provido de dignidade própria, sendo que tal dignidade deve ser protegida.

Por sua vez, no entender de Galvão Telles, o nascituro não tem personalidade e, por isso, não é sujeito jurídico, todavia goza de proteção jurídica (Telles, 2010: 165). Por conseguinte, há quem entenda que existe o direito sem sujeito⁶, isto porque o feto ainda não é sujeito de direito, porém, na condição de ter nascido com vida pode, eventualmente, propor pretensões com vista à indemnização por danos físicos e psíquicos.

Num outro sentido, há quem entenda que o embrião é um ser humano e, desta forma, pessoa, possuindo personalidade jurídica. Portanto, considera-se a existência da personalidade jurídica desde a concepção (Menezes Cordeiro, 2014: 41).⁷

⁶ Relativamente aos doutrinadores que compreendem o nascituro na figura dos direitos sem sujeito *vide* (Dias Pereira, 2015: 291).

⁷ No mesmo sentido *vide* (Ascensão, 2000: 55).

Numa outra perspectiva, relativamente à teoria da retroação da personalidade jurídica em situações que dizem respeito à doação⁸, em que o nascituro adquiriria os direitos provenientes da doação⁹ após o nascimento com vida, retroage-se ao momento da vida intrauterina (Pantoja Machado, 2015: 1437).

De acordo com Capelo de Sousa, estamos perante a existência de uma personalidade jurídica parcial, pois o n.º 2, do artigo 66.º reconhece direitos ao nascituro, no entanto, demarca uma condição para que eles sejam adquiridos ou exercidos por este (2011: 157). Desta feita, o nascituro não adquire nenhum direito subjetivo, mas uma simples expectativa jurídica futura, a qual se converterá em autêntico direito aquando do nascimento completo e com vida e, portanto, obtém personalidade jurídica. Então, o que aqui ocorre é algo equivalente a uma condição suspensiva em que a partir do momento em que sucede efetivamente um nascimento completo e com vida (de acordo com o artigo 66.º do CC), consequentemente adquire direitos e, portanto, pode reivindicá-los, muito embora o facto que lhes dá origem (momento do ato médico) se reporte a um momento anterior à aquisição de tal direito.

Nesta ótica, ao pressupor a existência de vida humana do nascituro, uma vez que este é dotado de autonomia estrutural e dinâmica própria, então é necessário entender que há personalidade jurídica a ele incorporada, embora seja condicionada ao nascimento com vida, daí a opinião, conforme Capelo de Sousa, da existência de uma parcial personificação jurídica dos nascituros (2011: 160).

Neste sentido, apesar de o nascituro ainda não ter nascido com vida merece proteção jurídica para as diversas situações que possam atingir a sua vida intra-uterina.¹⁰ Desta forma, devemos

⁸ Em condição suspensiva pois está dependente do nascimento com vida.

⁹ Momento em que cessa a condição suspensiva.

¹⁰ Denote-se que mesmo a concepção em formas variadas que não aquela naturalmente considerada, designadamente a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, são

tutelar, amplamente, os direitos de personalidade do nascituro, uma vez que tais direitos dizem respeito a diversas naturezas e aspetos, a fim de se garantir uma maior segurança do nascituro no período gestacional. Na hipótese de se considerar o nascituro como um indivíduo¹¹ dotado de personalidade jurídica parcial, dando relevância à sua condição de ainda não ter nascido com vida, mas considerando a existência de uma tutela geral da personalidade, assegura-se a vida em estado embrionário e protege-se os seus direitos enquanto vida intra-uterina (Pantoja Machado, 2015: 1437).

Acrescente-se que atualmente, através das técnicas de reconhecimento da vida intra-uterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, sendo de difícil negação que o reconhecimento da vida se opera a partir da concepção. Desta forma, qualquer norma que se refira à personalidade jurídica não é constitutiva, ou seja, não é mais do que o reconhecimento de um direito (Leite de Campos, 2016: 448).

Parafrazeando o autor francês Cornu, “a personalidade jurídica (...) é um direito inato, um facto originário (...) pertence a todo indivíduo vivo. Advém-lhe com a vida. Fundado sobre a natureza, sobre a biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida: é a vida que reclama – que exige desde que existe e quando dura – ser reconhecida. Forte com a sua conformidade à natureza (ao direito natural) este princípio positivo governa a aquisição e a perda da personalidade

protegidas pela preservação da dignidade da pessoa humana e do direito à integridade física (Pantoja Machado, 2015: 1437).

¹¹ O legislador refere-se a indivíduo no artigo 70.º do CC e a pessoa jurídica singular na secção anterior que trata do começo da personalidade. Assim, facilmente se depreende que o legislador faz a distinção para que se alcance a correta interpretação de que neste segundo caso se fala em personalidade jurídica plena apenas com o nascimento com vida. No entanto, a proteção dada pelo artigo 70.º do CC é ao indivíduo e, por isso, se estende ao nascituro através de uma cláusula de tutela geral de personalidade enquanto ser embrionário e que ainda não alcançou o mundo exterior, porém deve ser salvaguardado no período de gestação (Pantoja Machado, 2015: 1438).

jurídica.” (apud Leite de Campos, 2016: 450).

Mais se acrescenta que, de acordo com a biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade, ou seja, na concepção (Leite de Campos, 2016: 451). Por conseguinte, ao artigo 66.º, n.º 1 do CC, hodiernamente, deve ser feita uma interpretação atualista, pois desde a entrada em vigor do CC, no plano da tutela da vida humana, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram a necessidade de dotar o sujeito, desde a fase intrauterina, de uma proteção capaz da sua vida e integridade física (Carneiro da Frada, 2010: 6).

Dias Pereira refere que o entendimento de que o “nascituro não tem personalidade jurídica mas é um bem jurídico que merece a mais elevada proteção é a que permite um enquadramento mais harmonioso da situação jurídica dos nascituros (embriões e fetos *in utero* e *in vitro*) e a sua relação com as pessoas nascidas e titulares de personalidade jurídica.” Desta forma, e de acordo com o que acrescenta o autor, “a tutela do nascituro através do instrumento dos “interesses juridicamente protegidos” ou de “bens jurídicos” parece-nos mais conforme aos elementos da ordem jurídica.”¹²

Este entendimento, isto é, o de direcionarmos a nossa atenção para a tutela da vida intra uterina e uma vez acolhida a existência de personalidade jurídica do nascituro, a sua *ratio decidendi* faz emergir contendas paradoxais: a *wrongful life action* interposta pela criança/filho contra os próprios progenitores.

4. RELAÇÃO ENTRE A ORIGEM DA VIDA E A CAUSA DO DANO

Existimos, porque a um dado momento ocorreu uma perfeita união celular: a concepção. O ser humano é o resultado de

¹² A doutrina dominante entende que o embrião é um bem jurídico protegido ou um interesse juridicamente protegido (Dias Pereira, 2015: 297).

um humilde prodígio. Prodígio que se deve a um longo e delicado processo de evolução. No entanto, ao momento da união celular, bem como durante o processo evolutivo pode haver condutas danosas que prejudiquem a integridade física do futuro ser humano, por razões de natureza diversa.

Excluindo a solução que sempre e, em princípio, nega que aos filhos possa ser atribuída a possibilidade de proporem uma pretensão contra os próprios progenitores pelos danos que estes tenham causado, importa reter que uma pretensão juridicamente tutelada de nascer saudável estará extremamente dependente da relação entre o facto causativo da vida e o facto causativo do dano. Resumidamente, são duas as hipóteses: a primeira diz respeito a uma substancial unidade do facto causativo da vida e do dano, ou seja, a patologia é transmitida no momento do ato de concepimento e, por isso, é uma única conduta relevante; a segunda em que os factos causadores da vida são distintos em relação à conduta de que deriva o prejuízo, ou seja, a transmissão de certa patologia advém como ato autónomo e sucessivo daquele com o qual se dá a vida.

4.1 CONDUTA PREJUDICIAL NA CONCEÇÃO: DEFICIÊNCIA ORIGINÁRIA

No caso de uma deficiência originária, isto é, desde a concepção, que possa afetar o sujeito que com elas venha a nascer, o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro não é concludente. Pois, efetivamente, o sujeito nunca foi de outro modo pelo que o reconhecimento dessa personalidade não está, nestas situações, implicado pela responsabilidade civil (Carneiro da Frada, 2010: 4).

O que se apresenta verdadeiramente indispensável para a tutela ressarcitória do sujeito é a afirmação da sua personalidade ao tempo da lesão. Quando o dano seja o de uma deficiência evidenciada já ao tempo do nascimento não se apresenta

relevante. Geralmente, o prejuízo que o nascido com deficiência quer ver ressarcido é essa deficiência, já ao tempo do nascimento, na posição que ela tem na sua vida atual ou futura (Carneiro da Frada, 2010: 4). Devido à ausência de dano como supressão de uma vantagem, previamente existente na esfera jurídica de alguém, pode-se legitimamente duvidar de que esteja em causa a responsabilidade civil como sanção reconstitutiva. Por isso, a indemnização terá nestas situações cariz compensatório da necessidade de outrem que foi criada ou provocada por outrem. Apresenta um escopo assistencial. Não o ressarcimento de um dano que se possa dizer ter sido sofrido por alguém que antes não o tinha, sendo que a responsabilidade do sujeito é compensatória da criação por ele de uma necessidade em outrem (Carneiro da Frada, 2010: 4).

A deficiência originária, desde o momento da concepção, cria com certeza no sujeito que a suporta, depois do nascimento, uma necessidade a que a ordem jurídica tem evidentemente de acorrer. Ora, a satisfação de interesses desse tipo é, desde logo, um objetivo precípua do direito da segurança social. Os correspondentes de *wrongful life* concitam portanto, antes de mais, a intervenção do direito da segurança social, de características distributivo-assistenciais.

O facto causador da doença transmitida ao nascituro é a própria concepção, em que a ação de conceber teria como ativo a criação da vida e como passivo a produção de um dano intrinsecamente e inseparavelmente ligado à vida criada. Nesta hipótese, o nexa de causalidade incide entre o ato gerador e o prejuízo, nada relevando que o progenitor tenha, precedentemente, contraído a doença ou seja portador de determinada patologia genética.

Pressupondo a ilicitude do ato generativo, parece muito difícil configurar sobre o filho um interesse juridicamente relevante a nascer saudável enquanto, considerando a relação incindível que liga o nascimento à doença, este último se encontraria

na insustentável posição de pedir ao ordenamento tutela contra o facto que o fez ser sujeito do mesmo.

A situação jurídica relevante de que se invoca a proteção resolver-se-ia na petição com uma pretensão à não existência, de um direito a não nascer. Tal direito, seja de um ponto de vista teórico-abstrato seja prático-concreto, não parece juridicamente configurável por uma multiplicidade de razões. Veja-se que o sujeito passivo em que são reconduzíveis os efeitos das consequências prejudiciais da conduta não existe, simplesmente não existe porque no momento da consumação do ato ilícito ainda devia ser concebido. Desta forma, faltando o sujeito também falta o bem ao mesmo arraigado do qual se lamenta a lesão, isto é, a integridade psico-física do indivíduo. Logo, não é o termo de referência essencial para a configuração e a quantificação do dano, isto é, o antecedente estado de não lesão.

Estas considerações devem ser consideradas válidas seja na hipótese de conceção-transmissão de uma patologia de que se é geneticamente portador, seja no caso de conceção-transmissão de uma doença contraída antes do concebimento, por facto lícito ou ilícito, por parte do pai ou de terceiro. Neste último caso, discute-se se o autor do contágio deve responder só perante a mãe ou também perante a criança.

4.2 CONDOTA PREJUDICIAL APÓS A CONCEÇÃO

Quando o ato prejudicial à integridade psico-física não é reconduzível ao concebimento (natural ou artificial), mas a uma conduta sucessiva dos progenitores, sendo que estes últimos devem ser juridicamente responsáveis face ao primeiro pelos danos causados na fase pré-natal.

Na verdade, nesta hipótese, existe já um indivíduo em formação, que tem uma capacidade jurídica parcial e, portanto, subjetividade jurídica, que se encontra em condições psico-físicas, a qual pede ao ordenamento tutela, não contra o facto que o

fez sujeito do mesmo, ou seja, a concepção, mas contra um facto sucessivo que determinou um grave dano à sua saúde (transmissão de uma patologia).

As pretensões contra os progenitores, aquando da invocação de estes terem prosseguido com a gestação não obstante a terem o devido conhecimento da patologia, são pretensões que se fundam num dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições. Certos tribunais têm vindo a reconhecer a existência de um dever adstrito aos pais de abortarem os fetos mal formados¹³ (Raposo, 2013: 62).

Na extensão de merecimento, relativamente à tutela do sujeito nascido com deficiência, reflita-se, desde já, as lesões irreversíveis no nascituro provocadas por negligência, nomeadamente a ausência do devido acompanhamento da gravidez, a

¹³ O *Tribunal Piacenza*, 31 de julho de 1950, foi chamado a decidir sobre a seguinte questão: se aquando do ato de concepção transmitir uma condição patológica ao concebido constitui um comportamento ilícito. Neste caso estava em causa a doença sífilis, sendo esta uma patologia de que o pai padecia. O tribunal decidiu que: “i genitori siano essi legittimi o naturali sono responsabili per fatto illecito nei confronti dei figli, quando abbiamo loro trasmesso, attraverso il concepimento, una condizione morbosa che ne menomi l’efficienza fisica”. Este tribunal partindo do pressuposto que o conceturo não é um objeto de direito, mas um potencial sujeito do ordenamento jurídico chegou aquela decisão devido a uma multiplicidade de razões, designadamente: I) “l’atto con il quale la persona (...) contribuisce alla continuazione della specie deve essere un atto consapevole, all’altezza della dignità che l’ordinamento giuridico gli conferisce (...)”; II) “La vita è un grande dono, un imenso dono. Ora il trasmettere attraverso la generazione, quando la causalità come nel caso è dimostrata, una condizione morbosa che questo grande dono trasformi in una immensa infelicità, è illecito, è fatto contrario al diritto, contrario al comportamento della persona quale le è imposto dall’ordinamento giuridico che la riconosce e la eleva”; III) “Se è fatto illecito trasmettere la lue a persona già esistente non si vede perchè non lo debba essere ugualmente la trasmissione ad una persona futura sempreché il legame causale esista”; IV) Uma vez que ambos tinham conhecimento da patologia (sífilis) então, “(...) una elementare prudenza avrebbe dovuto suggerire loro di astenersi, o quanto meno (...) di togliere all’atto il suo effetto generativo” (Rescigno, 2006: 49).

No mesmo sentido a *Corte di Appello dello Schleswig*, 18 de outubro de 1949, pronunciou-se sobre o mesmo assunto e os juízes *piacentini* apresentaram a mesma conclusão, isto é, determinaram a responsabilidade extracontratual dos pais perante o filho com deformidades (ibidem).

omissão de tratamentos que teriam impedido a deficiência do nascituro ou atenuado as suas consequências, bem como as lesões sofridas pelo nascituro devido a agressões ou maus tratos infligidos à mãe pelo companheiro¹⁴ e as lesões sofridas de acidentes de viação (Carneiro da Frada, 2010: 2).

Parece evidente, como em analogia e coerência se concluiu para o médico, também os progenitores podem ser responsáveis por violarem os princípios de diligência que a situação requer no interesse do nascituro, provocando, na fase pré-natal (sucessiva à concepção), uma lesão à integridade psico-física do mesmo. Assim, ao nascituro é legitimamente reconhecido o direito de interpor uma ação em tribunal, a fim de tutelar o próprio interesse, juridicamente protegido, de nascer saudável.

5. DIREITO A NASCER SAUDÁVEL

Em prol da proteção do direito à vida e do direito à integridade física do nascituro, impõe-se o reconhecimento da titularidade do direito à saúde.

Cada vez mais, devido a um quadro normativo pouco satisfatório, colocam-se questões no que concerne à existência de um direito do nascituro a nascer saudável e à sua existência, bem como, por outro lado, a existência de um direito de os progenitores terem um filho saudável, selecionando os embriões *in vitro*. São interrogações que não podem ser confinadas aos casos de fecundação *in vitro*, em que se encontra a sua disciplina na Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, mas também são interrogações comuns na procriação natural, embora a perspetiva a ser feita da relação entre direitos do concebido e da mãe “muda”. Na verdade, através do DPN e das outras técnicas médicas também é permitido o conhecimento da presença de determinadas patologias do feto e, se se trata de malformações ou anomalias que colocam em perigo a saúde física e psíquica, pode, como vimos, a

¹⁴ Como por exemplo, em casos de violência doméstica.

mãe recorrer à interrupção voluntária da gravidez (D'Amico, 2015: 169).

O nascituro enquanto expectativa de indivíduo humano, ainda em formação, pode desencadear um autónomo interesse ou uma expectativa de direito, isto é, a nascer saudável. Importa referir que o bem saúde é imputável ao indivíduo em geral, não se distinguindo entre o nascido e o não nascido, sendo que a sua tutela é de direito individual fundamental que interessa à sociedade (*vide* art. 70.º da CC).

A abstenção de comportamentos de risco, tais como a ingestão de álcool ou bebidas alcoólicas, a prática de desportos perigosos e, até mesmo, as condutas de terceiros que causem lesões ao bem-estar do embrião¹⁵, sendo certo que estes comportamentos podem servir de possível fundamento da imposição de restrições à mulher grávida devido a este eventual direito a nascer saudável (Raposo, 2010: 73).

Relativamente a embriões uterinos, no que concerne ao direito a nascer saudável, tem sido objeto de discussão como possível fundamento da imposição de restrições à mulher grávida, designadamente a abstenção de determinados comportamentos de risco. Porém, é relativamente aos embriões *in vitro* que questão se coloca com maior acuidade, uma vez que a garantia de um nascimento em boas condições de saúde pode ser feita com maior grau de certeza devido ao recurso a DGPI e à seleção de embriões ou a terapia germinal.¹⁶(Raposo, 2010: 73).

O direito a nascer saudável apenas pode ser compreendido no intuito de proteção do embrião face a outras doenças que não aquelas que lhe cabem por força do acaso, isto é, o direito a não padecer de doenças criadas por mecanismos humanos. No entanto, mesmo no que respeita àquelas primeiras, pode falar-se no dever dos progenitores de evitarem a transmissão de doenças

¹⁵ Como por exemplo, as transfusões com sangue contaminado com HIV.

¹⁶ Na base deste raciocínio podemos chegar à situação de a criança pretender responsabilizar os pais que não tenham recorrido a estas técnicas/possibilidades, uma espécie de negligência parental (Raposo, 2010: 73).

hereditariamente transmissíveis, cuja efetivação passa em grande parte pelas técnicas reprodutivas (Raposo, 2010: 73).

Importa referir, mais uma vez, que a presente análise tem natureza privatística, no entanto, para encontrar uma possível resposta será também tida em consideração a CRP, pois os dados jurídico-constitucionais têm relevância normativa na avaliação e decisão de litígios jurídico-privados.

Desta forma, a partir do momento em que os textos constitucionais incorporaram uma cláusula social verificou-se uma sobreposição de direitos, sendo que tal sobreposição exerceu uma influência limitativa naqueles que já estavam consagrados. Esta sobreposição de direitos evidenciou-se na passagem do período liberal para o período social (Bacelar Gouveia, 2013: 127).

Devido a uma evolução acumulativa e não alternativa, em que se adicionaram novos direitos àqueles já pertencentes ao catálogo dos direitos fundamentais, previamente positivados no texto constitucional, verifica-se que a sociedade atual traduz a existência de uma terceira geração de direitos fundamentais donde se regista o aparecimento de novos direitos fundamentais a partir de finais do século XX. No entanto, o que mais caracteriza esta fase é a sua multidirecionalidade pois tal é a diferença, e principalmente a pouca proximidade, que se regista entre os novos tipos de direitos fundamentais consagrados. Por isso, o contexto em que estes direitos fundamentais se formam é mesmo tributário de várias dimensões caracterizadoras da nossa atual sociedade, ou seja, uma sociedade de risco; uma sociedade global; uma sociedade de informação; uma sociedade multicultural (ibidem).

Portanto, deparamo-nos com um núcleo de direitos fundamentais muito importante relacionado com os recentes desenvolvimentos na investigação científica em matéria de manipulação genética, sendo, então, imprescindível que se adotem mecanismos de segurança para se preservar o ser humano de indesejáveis avanços científicos e tecnológicos.

O implícito reconhecimento constitucional da saúde, bem como, a explícita afirmação de algumas normas legislativas ordinárias sobre a sua proteção sugerem que o concebido é indivíduo ainda não pessoa, mas já sujeito de direito, centro autónomo de interesses e beneficiário de efeitos jurídicos, titular de todas as situações jurídicas patrimoniais e pessoais compatíveis com a sua natureza de organismo humano em formação, desprovido de uma vida independente da da mãe até ao momento do nascimento. O concebido poderá ser considerado como centro autónomo de interesses que embora com diversas gradações de intensidade, releva como tal para o direito desde o início, ou seja, da concepção.

A rápida e inesperada evolução da tecnologia, quer no âmbito científico quer no âmbito médico, levanta diversas questões em termos de tutela da pessoa e dos direitos de que é titular. Consequentemente, este avanço das técnicas de diagnóstico permite saber se patologias geneticamente transmissíveis foram ou não herdadas pelo nascituro. Tal possibilidade dá azo a que o espectro das pretensões jurídicas por parte da criança e dos progenitores pareçam ampliados, pois não se trataria apenas de um direito a nascer e, por isso, à vida, mas também da tutela da saúde, conforme o artigo 64.º da CRP (D'Amico, 2015: 169).

Desta forma, o caso em estudo diria respeito à tutela da integridade biopsíquica do sujeito qualificável como direito a nascer saudável.

Acrescente-se que o artigo 70.º do CC não põe limitações, uma vez que se refere a “indivíduo”, portanto pode-se considerar que a saúde é um bem reconhecido ao nascituro desde a concepção e a correlativa tutela é, consequentemente, garantida a partir de tal momento. No âmbito constitucional, designadamente o artigo 24.º da CRP, não distingue a vida humana extrauterina da vida intrauterina. Por isso, dever-se-á considerar o ser do nascituro como um bem juridicamente protegido, uma vez que a vida extrauterina depende da vida intrauterina e a razão de

ser da lei a ambas abrange, tendo em conta as suas especificidades (Dias Pereira, 2015: 297).

Assim, analogamente ao referido supra, mas ao nível da tutela de matéria pessoal, deverá também o CC, em conjunto com a CRP tutelar bens pessoais. Por isso, o nascituro deverá ser tutelado, uma vez que este representa um substrato biológico suficiente para basear o reconhecimento de personalidade jurídica e para autorizar a concessão de direitos subjetivos (González, 2014: 101).

Nas palavras de Capelo de Sousa, “um dos direitos legalmente reconhecidos ao nascituro concebido é justamente (...) o direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, nomeadamente, o direito à omissão contra ofensas ou ameaças à sua vida e à sua saúde, pois, como vimos, ele, embora não tenha personalidade jurídica plena, é, para efeitos do art. 70.º, um indivíduo – e até mais do que isso, uma “pessoa” – e tem uma “personalidade física e moral”.” (apud Dias Pereira, 2015: 303).

O embrião, *in vitro* ou *in vivo*, e o feto, porque são estádios da vida humana, merecem ser tutelados pelo ordenamento jurídico. Qualquer lesão na sua expectativa de desenvolvimento e de aceder à vida autónoma deve ser devidamente justificada pela Lei e apenas com o objetivo de salvaguardar interesses jurídicos constitucionalmente protegidos. A proteção jurídica dos bens não patrimoniais pode ser compreendida fora do quadro da personalidade jurídica, porém deve ser afirmada para os nascituros, uma vez que estes não são um nada humano (Dias Pereira, 2015: 299).

Importa destacar que o problema da proteção dos bens jurídicos de carácter não patrimonial reconhecidos ao nascituro, nomeadamente a hipótese de indemnizar os danos causados à integridade física e à saúde face a agressões físicas, químicas, entre outras, causadas ao nascituro antes ou durante a gestação, surge como um grande ímpeto para a admissibilidade das

wrongful life action propostas pelos filhos contra os pais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança social e o desenvolvimento médico científico, ao ampliar a liberdade e a possibilidade de escolha e de controlo do sujeito sobre o processo de procriar, implicam simetricamente o ónus para o mesmo de adequar-se a tal mudança dos *standards* de diligência média pedida. Isto determina, em paralelo, a ampliação das situações merecedoras de tutela dos progenitores contra o médico e terceiros tendo em consideração os interesses do nascituro, bem como da futura criança, sendo que no passado não eram juridicamente contemplados.

A pretensão da criança perante os pais por uma existência com deficiências físico e/ou psíquicas pode ser analisada na hipótese de, já desde o ato de concepção, existir um embrião com patologias, ou seja, a criança nasce com malformações, no entanto, não houve uma má conduta por parte dos progenitores. Nesta situação, não existindo uma má conduta o dano é considerado no momento da concepção, pois se não fosse a concepção a criança nem sequer existia. Então, de que danos padece? Do dano de ser concebido com anomalias congénitas?

Ora, se a concepção ocorrer naturalmente e não existir, posteriormente uma má conduta por parte dos progenitores, então, o que aqui está em causa é o direito à não existência, uma vez que o dano é considerado no momento da concepção. Assim, facilmente se depreende que foi o ato de concepção que despoleitou a vida com patologias. É nesta situação que, ao aferir o nexo de causalidade, nos deparamos com o direito à não existência, já analisado.

Imagine-se a seguinte situação:

Os progenitores concebem um filho saudável e, mais tarde, intencionalmente, o tornam deficiente. Estes progenitores são considerados responsáveis pelos danos causados. No

entanto, se os progenitores sabem que vão conceber um filho deficiente e, intencionalmente, decidem não conceber, estes pais estão a adotar a conduta correta?

Imaginemos uma outra situação:

Uma mulher padece de uma patologia grave temporária. Se esta mulher conceber no prazo de três meses, o filho nasce com uma malformação grave. Porém, se em vez disso deixasse passar os três meses, curando-se nesse período, conceberia após os três meses uma outra criança que nasceria saudável. A mulher, ciente destes factos, concebeu sem decorrer os três meses e, conseqüentemente, a criança nasce com determinadas patologias congénitas devido ao estado de saúde da mãe, sendo que aquela criança não teria nascido se a mulher tivesse esperado os três meses. Assim, a criança saudável teria sido outra criança, uma vez que a criança malformada não seria capaz de, em nenhum caso, nascer saudável. Desta forma, assumindo que a criança tenha uma existência completamente preferível à não existência, como devemos responsabilizar a mulher?

Devemos concluir que a criança que nasce tem apenas duas possibilidades: nascer deficiente ou não nascer. Destas duas possibilidades, será que podemos concluir que a preferível será a de nascer com malformações ou com patologias congénitas? Ou devemos dizer que, dado que a mulher optou por dar à luz uma criança portadora de patologias ou malformações em vez de optar por se curar e, posteriormente dar à luz uma outra criança saudável, uma vez que teria sido possível tal opção, então, deverá a mulher ser responsabilizada?

Se o entendimento for o de que a mulher deve ser responsabilizada pelos danos causados, significa que admitimos que existem danos de procriação e tal não nos parece admissível, isto porque não houve nenhuma conduta por parte de outrem, o que ocorreu foi única e simplesmente o ato sexual que pode originar a concepção.

Situação completamente distinta é aquela em que a mãe

durante o período de gestação tenha tido uma má conduta e, por conseguinte, causou danos à saúde do feto. Nesta situação, parece-nos legítimo que a criança possa interpor uma pretensão contra a mãe pelos danos provocados, devido ao seu comportamento. Não cumpriu com os cuidados que deveria ter tido segundo os padrões de diligência média, ou seja, a mãe não foi diligente no período de gestação. Esta situação é diretamente reconduzível a negligência por parte do progenitor e, por isso evitável, devendo estas pretensões serem admissíveis (Bacchini, 2002: 112).

A proteção jurídica do nascituro deverá ser afirmada para compensar danos patrimoniais e danos não patrimoniais, designadamente o dano biológico e o dano existencial, devido às ofensas à integridade psico-física provocadas ao sujeito e as consequências que as mesmas provocarão na esfera dinâmica da vida da criança devido à vida com deficiência.

Se se considerar o concebido como um sujeito de direito e, deste modo, assegurar o ressarcimento do dano provocado pelos pais ao filho, facilmente se depreende que ao concebido teria que ser reconhecido um direito a não nascer se não saudável e o reconhecimento de tal direito implicaria questões problemáticas¹⁷. Entendemos, efetivamente, que o direito a não nascer se não saudável deve ser, necessariamente, ponderado, em primeiro lugar, com o direito à vida do mesmo nascituro e, em segundo lugar, o direito à vida do nascituro deveria ser ponderado com o direito da mãe de prosseguir com a gravidez mesmo na situação da existência de uma patologia genética, tendo em consideração as problemáticas referidas. Neste sentido, não podemos concluir pela existência de um direito a nascer saudável *tourt court*, mas, sim, um direito à saúde e à sua integridade física.

Finalmente, concluímos que o filho poderá ser ressarcido

¹⁷ Vide Direito à não existência in GONÇALVES DA SILVA, S. E., 2016. Responsabilidade Civil Médica no Quadro do Aconselhamento Genético – Conceção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*), vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência. Porto: Dissertação de Mestrado.

pelos danos patrimoniais e morais quando a mãe e/ou o pai tiverem uma conduta que provoque lesões à sua integridade psicofísica, assim como ao seu direito à saúde. Deste modo, o direito procede a um alargamento da noção de responsabilidade e assegura uma evolução que acompanha as mudanças científicas e sociais da hodiernidade.



7. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ANTUNES VARELA, J. & PIRES DE LIMA, A., 2010. Código Civil Anotado. 4ª Edição ed. Coimbra: Coimbra.
- BACCHINI, F., 2002. Il diritto di non esistere. Milano: McGraw-Hill.
- BACELAR GOUVEIA, J., 2013. Direitos Fundamentais. Em: Enciclopédia da Constituição Portuguesa. Lisboa: Quid Juris, pp. 127-130.
- CAPELO DE SOUSA, R., 2011. Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARNEIRO DA FRADA, M. A., 2010, Ano 70 - Vol. I/IV. Manuel A. Carneiro da Frada: "A Proteção juscivil da vida pré-natal - sobre o estatuto jurídico do embrião". Revista da Ordem dos Advogados.
- CARVALHO FERNANDES, L. A., 2012. Teoria Geral do Direito Civil. 5ª edição revista e atualizada ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- D'AMICO, M., 2015. Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della corte di Cassazione (N. 16754 del 2012). Em: Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Firenze: Firene University Press, pp. 169-181.
- DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e

- Responsabilidade médica. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra editora.
- GALVÃO TELLES, I., 2010. Direito das Obrigações. 7.^a edição - Reimpressão ed. Coimbra: Coimbra editora.
- GONÇALVES DA SILVA, S. E., 2016. Responsabilidade Civil Médica no Quadro do Aconselhamento Genético - Conceção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth), vida indevida (wrongful life) e Direito à não existência. Porto: Dissertação de Mestrado.
- GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris.
- LEITE DE CAMPOS, D., 2016. A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista). Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, n.º3, pp. 445-454.
- MENEZES CORDEIRO, A., 2014. Tratado de Direito Civil - Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina.
- PANTOJA MACHADO, W., 2015. A tutela juscivilística do nascituro e as problemáticas relativas às wrong actions. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1, n.º 5, pp. 1423 - 1461.
- RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista Portuguesa do dan coeoral, pp. 61-99.
- RAPOSO, V. L., 2013. Do acto médico ao problema jurídico. s.l.:Almedina.
- RESCIGNO, P., 2006. Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto. Milano: Giuffrè.
- TELLES, I. G., 2000. Introdução ao estudo do direito. 10.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.