

WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE. O REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Marlene Filipa Soares Cardeira

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar ao longo de sua construção uma análise sobre um tema, *wrong actions*, que apesar de não ser novo, ainda não tem uma solução unanime, existindo doutrina e jurisprudência da mais diversa. Será feita uma análise das decisões que tem surgido na jurisprudência relativamente a este tipo de ações, tanto a nível nacional como internacional. Posteriormente, observando a normal geral da responsabilidade civil, iremos analisar se é, ou não, possível responsabilizar um médico pelo nascimento de uma criança com graves malformações e deficiências genéticas. A criação de novas tecnologias utilizadas na medicina implicará uma adaptação dos regimes jurídicos existentes. A nossa ordem jurídica terá que estar atenta às inovações trazida pela medicina.

Palavras-Chave: Wrong actions. Wrongful birth. Wrongful life. Responsabilidade Civil. Malformações. Deficiência. Vida. Pais. Criança.

Sumário: 1. Introdução. 2. Wrong actions. 2.1. Wrongful conception/Wrongful pregnancy. 2.2. Wrongful birth e Wrongful life. 3. Direito comparado. 4. Jurisprudência nacional. 5. Responsabilidade Civil. 5.1. O Facto 5.2. A Ilcitude. 5.3. A Culpa.

5.4. O Dano. 5.5. O Nexo de Causalidade. 6. Reflexão final. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO



evolução da ciência médica, nomeadamente, nas técnicas médicas de diagnóstico genético pré-implantatório, pré-concepcional e pré-natal, trouxe alterações à sociedade e levantou novas questões jurídicas que eram impensáveis no passado.

A possibilidade de realização do diagnóstico pré-concepcional (que serve para informar um casal/individuo da probabilidade da sua descendência sofrer de doenças ou malformações de origem genética ou hereditária), do diagnóstico genético pré-implantação (realizado em embriões *in vitro*, antes de se proceder à sua transferência para o útero, analisando a possibilidade do mesmo possuir anomalias genéticas ou cromossómicas que possam levar a uma malformação ou doença), ou, principalmente, a possibilidade do diagnóstico pré-natal (representada nos procedimentos de que dispõe a medicina para recolher elementos de informação sobre defeitos congénitos do feto), levantou vários problemas que precisam de uma resolução.

A evolução das técnicas médicas e o conhecimento que a sociedade tem sobre a existência das mesmas, levou ao surgimento de uma maior consciencialização dos direitos dos indivíduos. Acabando, em grande parte, com a visão paternalista existente, em que o médico decidia o destino do paciente, uma vez que só este possuía o conhecimento.

Deste modo e devido a todas as possibilidades médicas, o nascimento de uma criança com uma doença ou malformação genética tornou-se muito mais raro, sendo tal alerta para um possível erro médico durante a sua concepção.

Devido a todas estas circunstâncias e também à despenalização da interrupção voluntária da gravidez começaram a

surgir ações de responsabilidade no âmbito da medicina reprodutiva.

Estas ações ainda não são muito comuns no nosso país, mas já começaram a surgir e com a evolução da tecnologia tais ações passarão a ser comuns.

Aquando a existência de um conhecimento genético defeituoso, no âmbito do diagnóstico genético pré-implantação e pré-natal, poderemos estar perante *wrong actions*, que se desdobram em três tipos de ações: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.

A atividade médica é pautada por obrigações existentes entre o médico e o paciente muitas delas criadas pela evolução das técnicas médicas e do conhecimento existente, o seu não cumprimento, ou o seu cumprimento defeituoso, pode ter como consequência a existência de danos, podendo mesmo gerar responsabilidade civil.

Ao longo deste trabalho vamos se concentrar principalmente nas ações *wrongful birth* e *wrongful life*, uma vez que têm uma grande importância e podem causar graves danos.

Este tipo de ações está sujeito a uma grande divergência na doutrina e na jurisprudência, tanto nacional como internacional, tendo-se verificado tomadas de posição bastante variadas.

Nestas ações não estará apenas e só em causa questões jurídicas, mas também questões de ordem ética, religiosa, cultural, social, e ainda outras.

Estamos perante uma matéria que ainda exige muito estudo e talvez uma forma de encarar o nascimento e a deficiência diferente da ainda existente na nossa sociedade.

Desse modo considero que faz sentido a elaboração de um trabalho sobre este tema, uma vez que é necessário construir soluções sólidas para estes casos. O Direito tem que se adaptar à realidade tendo também de superar todos os obstáculos morais e filosóficos.

Tal como afirma JOÃO PIRES ROSA nestas ações não

devem ser chamadas considerações morais e/ou religiosas relacionadas com o princípio da vida, até porque a principal de todas essas questões deverá ser sempre o respeito por aquela vida que acabou de nascer¹.

2. WRONG ACTIONS

2.1. WRONGFUL CONCEPTION / WRONGFUL PREGNANCY

Como foi explanado anteriormente as *wrongful actions* dividem-se fundamentalmente em três tipos. Passemos agora a explicar as suas diferenças para que posteriormente seja mais fácil analisá-las de forma autónoma.

Começaremos por analisar as ações *wrongful conception*, estas ações não irão ser tratadas de forma aprofundada no nosso trabalho, uma vez que existe um comportamento lesivo diferente, mas fará todo o sentido saber que as mesmas existem e quais são as suas características.

As ações *wrongful conception* ou também chamadas *wrongful pregnancy* consistem na conceção de uma criança, quando estava garantido aos progénitos que isso não poderia de forma alguma acontecer, ou seja, existe a conceção de uma criança, devido a um erro médico.

Estas situações acontecem, nomeadamente, quando existe uma interrupção da gravidez malsucedida, ou, por exemplo, quando existe uma esterilização mal efetuada.

Estamos a analisar situações em que a criança nasce saudável, porém, a conceção não foi desejada e o seu nascimento também não o foi.

Importa notar que neste tipo de ações apenas pode ser configurado a partir do momento em que se concebeu a

¹ROSA, João Pires, “Não existência- um direito!” In: Revista Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.48.

liberdade reprodutiva como um direito, sendo que a utilização de métodos contraceptivos e a esterilização voluntária passaram a ser generalizadas.

Nestas situações podemos dizer que existiu uma violação do direito ao planeamento familiar ou, o que me parece mais evidente, que existiu uma violação do direito à liberdade reprodutiva. Assim os progenitores serão os autores da respetiva ação.

Nestas ações a responsabilidade civil recai sobre quem se tinha comprometido a evitar a possível conceção de uma criança, ou seja, na maioria dos casos, o médico.

Os pais normalmente reclamam uma indemnização de acordo com os custos gerados por aquela criança, os custos do procedimento médico falhado e ainda poderá existir reclamação de danos morais. Existindo assim o direito a uma indemnização patrimonial e a uma indemnização não patrimonial.

Poderemos a nível danos patrimoniais ter os custos da repetição de uma estilização, custos do parto, custo da educação da criança, entre outros. Já a nível não patrimonial temos a violação da liberdade reprodutiva e do planeamento familiar e possíveis danos relativamente a medos e angústias relacionados com uma gravidez inesperada².

Nestas ações os pais terão que invocar que a criança nunca teria sido concebida sem o erro médico, existiu assim uma anulação da decisão reprodutiva tomada pelos progenitores, que tinham direito a planear a sua família, importa notar que de forma alguma considero que se possa invocar que o dano, nestas ações, seja a própria criança.

Tem sido, mais ou menos, consensual nestas ações, a conclusão de que os direitos dos pais foram violados e que tal justifica a atribuição de uma indemnização pelos danos existentes.

²MARQUES, Luís Miguel Borges Monteiro Neiva, *A Nascer por Engano: As Wrongful Life Actions e o Regime da Responsabilidade Civil Português*, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Porto, 2019, p.12.

Estas ações têm obtido acolhimento junto dos Tribunais, no ano de 1980, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha³, condenou um médico por uma esterilização mal realizada numa mulher que já tinha seis filhos.

Já na *Common Law* existe mais resistência a este tipo de ações, exemplo disso é o caso *McFarlane and Another v. Tay-side Health Board*, na Escócia, no ano de 1999, onde o Tribunal entendeu que o nascimento de uma criança saudável nunca poderia motivar uma ação de *wrongful conception*, na medida em tal criança não poderá ser considerada como um dano.

Já em Portugal temos um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de junho de 2009⁴, onde estava uma causa uma ação de *wrongful conception*. O Tribunal manteve a decisão de condenação da Primeira Instância no valor de 5.000,00 € (cinco mil euros) pelos danos de a uma mulher que teve que suportar uma gravidez, um aborto espontâneo e subsequente raspagem uterina.

Neste caso a mulher tinha sido aconselhada a realizar uma esterilização durante a cesariana, a mesma deu o seu consentimento por escrito para a realização de tal intervenção, contudo durante o momento da cesariana os médicos decidiram não proceder à respetiva intervenção, sendo que nunca informam a mulher de tal. Passado alguns meses, a mulher voltou a engravidar tendo sofrido um aborto espontâneo e sendo obrigada a efetuar uma raspagem uterina.

Importa notar que nesta decisão o Tribunal se pronunciou apenas quanto aos danos sofridos pela mãe com a conceção e o aborto, uma vez que não ocorreu o nascimento não podemos saber qual seria a decisão caso estivesse em causa a reclamação de danos/custos sofridos pelo nascimento de tal criança.

³BGH, 18-03-1980, NJW, 1980, Disponível em: DFR - BGHZ 76, 259 - Fehlgeschlagene Unfruchtbarmachung (unibe.ch) (consultado a 12-09-2021).

⁴Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25-06-2009, processo nº 806/08-11, Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/4003362/details/maximized> (consultado a 12-09-2021).

Apesar de parecer óbvio que estas ações fazem todo o sentido e que os requisitos da responsabilidade civil estão plenamente preenchidos, muitas vezes ainda se levantam contra estas ações em Portugal e em todo o mundo.

As argumentações mais comuns para negar o sucesso a este tipo de ações são: a invocação de que a existência de uma criança nunca poderá ser havida como uma perda ou um dano; a invocação de que a concretização das despesas a ser indemnizadas estariam sujeitas a normas arbitrárias; a invocação de que os danos reclamados pelos pais são indetermináveis tanto quanto à sua natureza como ao seu montante.

O chavão principal invocado por estas vozes é a consideração de que o nascimento de uma criança sã e saudável será sempre uma bênção e jamais poderá ser encarada como um prejuízo⁵.

Nestas ações apenas os pais terão legitimidade para requerer uma indemnização, uma vez que o dano apenas é dos pais. Para a criança, que nasce sã, não se verifica qualquer dano.

Neste tipo de ações existem também algumas divergências sobre quais os danos a indemnizar, sendo que existem autores que defendem que o nascimento de uma criança sã nunca poderá levar a que os pais sejam indemnizados a nível de danos morais, sendo que tal opinião me parece bastante discutível.

2.2. WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE

Outro tipo de *wrongful actions* são as *wrongful birth*, nascimento errado, neste tipo de ações está em causa uma *má praxis* profissional, uma violação da *lege artis* num período pós-concepcional a que não ter existido poderia ter motivado uma interrupção voluntária da gravidez (IVG) lícita, uma vez que a criança possuía graves deficiências que irão conduzir a que o seu

⁵GONZALEZ, José Alberto, *Wrongful Birth Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2014, p.20.

futuro signifique uma vida de sofrimento e de dores.

Nestes casos existe também a violação do direito à auto-determinação da mãe e a violação do seu direito ao planeamento familiar, a diferença entre estas ações e as anteriores é que a concessão da criança era esperada/querida, o que não era esperado era o nascimento de uma criança com graves doenças ou deficiências, quer físicas quer mentais.

A gravidez é um período de fragilidade da mulher em que a mesma deve ser monitorizada por um médico, a saúde do embrião ou do feto impacta normalmente a decisão da mãe de prosseguir ou não com a gestação⁶.

Estas ações são intentadas pelos pais que pretendem ser compensados pelo facto de terem uma criança deficiente.

O último tipo de *wrongful actions* são as *wrongful life*, vida errada/indevida, estas ações partem do mesmo ponto, ou seja, o nascimento de uma criança com graves problemas que poderiam ter sido detetados durante a gravidez e poderiam ter influenciado a decisão da mãe em continuar, ou não, com tal gravidez. Opção esta disponibilizada pela não punibilidade do aborto presente no artigo 142.º do Código Penal (doravante CP). Importa notar que estas crianças estão condenadas inapelavelmente a uma vida miserável e sem nenhuma qualidade⁷.

A grande diferença entre estas ações e as anteriores é que estas são instauradas pela própria criança, ou, pelo menos em sua representação, tendo como fundamento os danos derivados do facto de terem nascido com graves doenças ou deficiências, devido a uma omissão ou a um erro realizado pelo médico durante a monitorização da gravidez da sua mãe.

Este tipo de ações são as que levantam mais problema e

⁶SILVA, Vesta, “Lost choices and eugenic dreams: wrongful birth lawsuits in popular new narratives”, In: *Communication and Critical/Cultural Studies*, n.º 8, vol. 1, 2011, p.36.

⁷NETO, Eugênio Facchini, “A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado”, In: *Revista Ajuris*, n.º 127, vol. 39, Rio Grande do Sul, 2012, p.184.

que geram mais discussão na doutrina. A própria tradução literal do nome da ação, ou seja, ação de vida errada ou indevida levanta sérios problemas, pois, pensamos de forma imediata, até que ponto e com que fundamento uma vida pode ser considerada errada ou indevida.

Mesmo as vozes que se levantam no sentido favorável à procedência de tais ações, entre si, encontram fundamentos/argumentos diferentes para as fundamentar.

Como podemos demonstrar *supra* as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* são bastante semelhantes, baseiam-se nos mesmos factos que provocam danos sendo que a diferença se encontra nos autores, na primeira os pais, na segunda a própria criança.

Com este trabalho tentaremos perceber se deverá, ou não, ser atribuída uma indemnização a estas crianças e a estes pais, se a atuação dos médicos cabe nos pressupostos da responsabilidade civil ou se pelo contrário, deveremos remeter estes casos para outros institutos, nomeadamente a proteção concedida pela Segurança Social.

3. DIREITO COMPARADO

Uma vez que esta matéria não é unânime no nosso país, sendo que também existem ainda poucas decisões, importa recorrer a uma análise de direito internacional para tentar chegar a uma uniformização deste tema.

Estas ações surgiram nos Estados Unidos da América, tendo sido aí que foram mais desenvolvidas.

Importa não confundir estas ações com ações que de forma alguma se poderão incluir nas *wrongful birth* ou nas *wrongful life*. Exemplo disso é um caso de 1963, *Zepeda v. Zepeda*⁸.

⁸*Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240, 190, NE2d 849, 1963, Disponível em: *Zepeda V. Zepeda*, 190 N.E.2d 849, 41 Ill. App. 2d 240 – CourtListener.com (consultado a

Nesta ação o autor, o filho, queria responsabilizar o pai por ser ilegítimo, ao que parece o pai teria enganado a mãe para ter relações sexuais com ela, prometendo-lhe que iria casar com esta, sendo que na verdade o pai do autor já seria casado. Neste caso o Tribunal reconheceu que existiam prejuízos para o autor por o mesmo ser bastardo, mas recusou que existisse uma causa jurídica para a ação. A verdade é que esta ação não tinha fundamento jurídico na altura, apesar de realmente existirem diferenças entre filhos nascidos fora e dentro do casamento, atualmente muito menos fundamento jurídico teria tal ação. A atribuição da relevância jurídica a estes casos poderia levar ao desencorajamento de ações que realmente mereceriam tutela jurídica.

No Estado da Califórnia, em 1980, temos o caso *Curlender vs. Bio-Science Laboratories*⁹, uma criança nasceu com severas deficiências devido a uma atuação descuidada de um laboratório de análises clínicas no processo de realização de testes genéticos sobre os pais. Estes testes a terem sido realizados corretamente levariam, com grande probabilidade à revelação dos problemas de saúde da criança. A criança viveu com intensa dor durante os seus quatro anos de vida, tendo graves deficiências mentais.

Esta ação foi indetada em nome da criança e contrariamente ao que era o entendimento, a decisão do Tribunal não foi baseada no direito a não nascer. O Tribunal teve em consideração, o facto de que a negligência médica levou à existência de um grande sofrimento para a criança tendo atribuído uma indemnização.

Esta decisão teve também grande importância pelo facto de ter demonstrado a grande diferença existente entre uma ação de *wrongful life* onde a criança sofre de graves problemas e

12-09-2021).

⁹*Curlender v. Bio-Science Laboratories* 106 Cal. App.3d 811, 165 Cal.Rptr.477, 1980, Disponível em: *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) :: :: California Court of Appeal Decisions :: California Case Law :: California Law :: US Law :: Justia (consultado a 12-09-2021).

deficiências que a irão acompanhar para o resto da vida, de casos onde as ações seriam propostas eventualmente contra os pais por serem frutos de uma relação extramatrimonial. Apesar de esta decisão ser um avanço jurisprudencial, a mesma depois de pouco tempo acabou por ser contrariada por novas decisões. Contudo, com base nesta decisão alguns Estados passaram a aceitar a procedência deste tipo de ações.

Em 1982, temos o caso *McKay vs. Essex Area Health Authority*¹⁰, a criança nasceu praticamente cega e surda tendo ainda outras deficiências, isto aconteceu devido ao facto de a mãe ter contraído rubéola logo no início da gravidez. Os médicos sempre informaram erradamente a mãe, uma vez que lhe garantiram que a mesma não tinha contraído a doença, sendo seguro prosseguir com a gravidez. A mãe pediu em nome do filho uma indemnização, ação *wrongful life*.

Neste caso o Tribunal decidiu que o pedido era despropositado, uma vez que não existia forma de provar que a mãe teria abortado se soubesse dos problemas do filho e não existia forma de medir o valor da não existência, dessa forma decidiu o Tribunal que nenhuma indemnização compensatória poderia ser atribuída.

Na Europa temos o caso *Arrêt Perruche*¹¹, em 2000, pela *Cour de Cassation*, em França, ação que a mãe intentou em representação da criança.

Estamos perante, novamente, um caso em que a não deteção de rubéola da mãe levou ao nascimento de uma criança com graves deficiências neurológicas, surdez, retinopatia e cardiopatia. O Tribunal decidiu que a criança tinha direito a uma indemnização, para reparar os danos resultantes de tais

¹⁰*McKay v Essex Area Health Authority* [1982] 1 QB 1166 (CA), 1181A-B (Stephenson LJ).

¹¹*Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17-11-2000, 99-13.701, L'Arrêt Perruch*, Disponível em: *Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Publié au bulletin - Légifrance (legifrance.gouv.fr)* (consultado a 12-09-2021).

deficiências.

Esta decisão foi a primeira, em França, a admitir uma indeminização neste tipo de ações.

A decisão deste caso despoletou uma grande inquietação pública, muitas vezes se levantaram contra tal decisão, invocando que o nascimento de uma criança nunca poderia ser considerado um dano. Esta decisão deu origem ao surgimento de reações por parte de muitos, familiares, associações de deficientes e médicos, e ainda por muitos juristas, sendo que os mesmos consideravam que inexistia um nexo de causalidade nestas ações.

Toda a agitação que o caso trouxe levou a que se legisse sobre tal matéria, tendo daí surgido o disposto no article L114-5 do Code de l' Action Sociale et des Famille, sendo aí afastada totalmente esta decisão.

Tal lei consagra que o nascimento não pode ser entendido como um prejuízo para ninguém, admitindo apenas a reparação de danos resultantes diretamente de atos médicos, quando o ato do médico provocou ou no mínimo aumentou a lesão da criança, não permitindo que fossem tomadas medidas para evitar tais consequências. Com a criação desta lei o legislador tentou acabar com a possibilidade de sucesso de todas as ações de *wrongful life*, remetendo para o direito social e para a solidariedade nacional a ajuda necessária para as crianças que nascessem nestas condições.

Na Holanda, em 2005, temos o Caso Kelly Molenaar¹², os pais da criança tinham informado a parteira no Centro Médico da Universidade de Leiden, que existia um familiar do pai que sofria de uma deficiência provocada por uma anomalia cromossômica, a médica tranquilizou-os e não foram feitos mais testes de diagnóstico pré-natal.

A criança nasceu com múltiplas deficiências físicas e mentais, devido a esse nascimento o Hoge Raad deparou-se com

¹²Hoge Raad, 18-03-2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly Molenaar).

uma ação *wrongful birth* e *wrongful life*, o mesmo Tribunal foi no sentido da existência de danos e que estes atingiram tanto os progenitores como também a própria criança. O Tribunal presumiu que uma vez que fosse conhecida a condição de Kelly seria expectável que a mãe tivesse decidido pela interrupção voluntária da gravidez. Dessa forma, os progenitores foram indemnizados pelos danos morais derivados da violação ao direito de autodeterminação da mãe a tomar uma decisão esclarecida, foram também os progenitores indemnizados com o montante relativo às despesas de sustento da criança até aos 21 anos, a mãe foi ainda indemnizada pelas despesas que teve com o tratamento psiquiátrico devido ao facto de ter tido uma criança portadora de tão grave deficiência. Foi ainda atribuído à criança, atendendo ao facto de ter nascido, uma indemnização pelos danos não patrimoniais, tendo assim direito a uma reparação do dano emocional que decorreu do seu nascimento.

Um aspeto a ter em conta é que esta é a primeira decisão a auxiliar-se no contrato com âmbito de proteção de terceiros para a atribuição das indemnizações.

Na Itália na Corte di Cassazione¹³, em 2012, existiu uma decisão sobre um caso em que a criança nasceu com síndrome de down, sendo que os pais não estavam informados de tal anomalia, apesar da realização de vários exames médicos. Nesta ação o Tribunal concedeu uma indemnização aos progenitores, à própria criança e mesmo aos irmãos da criança, a estes últimos devido ao facto de os pais estarem menos disponíveis para tomar conta deles, tendo em conta todos os cuidados/apoio que teriam de dar ao filho que sofria da anomalia em causa.

O Tribunal decidiu que a responsabilidade médica por a omissão da comunicação das deficiências da criança, que levará a um nascimento indesejado estende-se a ambos os progenitores,

¹³Corte Suprema Di Cassazione, Cassazione Civile, Sezione III, 02-10-2012, nº 16754, Disponível em: Corte di Cassazione - sez. III civ. - sent.16754/2012: risarcimento del danno da nascita indesiderata per errore medico / Giurisprudenza / Biolaw-
pedia / Biodiritto - Biodiritto) (consultado a 15-09-2021).

bem como aos irmãos da criança com problemas. A situação subjetiva que se pretende tutelar é o direito à saúde, manifestado no direito a uma procriação consciente, sendo que a existência de um ilícito é sofrida tanto pela mãe, como pelo nascituro e se manifesta no nascimento. Porém, no ano de 2015, o mesmo Tribunal, Corte di Cassazione¹⁴, alterou a posição e considerou que o direito italiano não tutela tais situações, apoiando-se no não reconhecimento do direito à não vida.

No nosso país vizinho temos uma decisão do Supremo Tribunal Espanhol, do ano de 2006, em que pela primeira vez foi atribuída uma indemnização a uma ação de *wrongful life*.

Existe a lamentar que esta linha jurisprudencial não veio a ter continuidade, visto que as últimas decisões do mesmo Tribunal vieram reafirmar a posição anterior que nega à criança qualquer direito a ser indemnizada.

4. JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Em Portugal o primeiro caso de *wrong actions* é de 2001, a mãe ficou grávida em 1996 e o médico que a acompanhava sabia do problema da mesma, a mãe tinha um útero septado, o que poderia causar uma malformação uterina e um mau desenvolvimento do embrião. Apesar do médico ter conhecimento de tal não prescreveu todos os testes de diagnóstico necessários para uma gravidez de risco, não atuou com a diligência necessária, não respeitando a *praxis clínica*. Os testes que não foram prescritos poderiam ter informado logo da anomalia da criança, os testes que foram efetivamente realizados, num laboratório de confiança do médico, afirmavam estar tudo bem com o embrião.

A criança nasceu com uma série de malformações, que a acompanharam para toda a vida, tendo malformações nas duas pernas e na mão direita.

¹⁴Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite - Sentenza, 22-12-2015, n. 25767 - Pres. Rovelli – est. Bernabai.

Foi com base neste nascimento e em todas as suas consequências que os pais em representação da criança reclamaram uma indemnização por danos patrimoniais e por danos não patrimoniais ao médico e ao laboratório, considerando que existiu responsabilidade contratual por violação de prestação de serviços de médico.

Tal ação não teve provimento na Primeira Instância, na Relação nem mesmo no Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ). Nesta última decisão¹⁵ o STJ decidiu o seguinte que se passa a transcrever. “- No contrato de prestação de serviços que o médico celebra (contrato médico), existe como obrigação contratual principal por parte daquele a obrigação de tratamento, que se pode desdobrar em diversas prestações, tais como: de observação, de diagnóstico, de terapêutica, de vigilância, de informação; trata-se, por regra, de uma obrigação de meios, e não de resultado, devendo o «resultado» a que se refere o art.º 1154 do CC ser interpretado como cuidados de saúde.

- Não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus - médico e clínica privada - sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos que lhe advêm do facto de ter nascido com malformações nas duas pernas e na mão direita, com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detectado, durante a gravidez, tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma - o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros.

- 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

¹⁵Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-06-2001, processo nº 01ª1008, Relator: Pinto Monteiro, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument> (consultado a 12-10-2021).

eliminação da sua vida.

- 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 do filho menor.”

Podemos enumerar os argumentos invocados para tal decisão da seguinte forma: os atos médicos omitidos não foram consequência das más formações da criança, não existia coincidência entre o pedido e a causa de pedir, pois o autor pedia uma indemnização pelo seu nascimento, mas o fundamento seria a conduta do médico e do laboratório, tendo em atenção que o autor não seria parte do contrato. Posteriormente, a discussão passou a se prender com a existência ou não, de um direito à não vida, onde se concluí que o mesmo nunca poderia existir no nosso ordenamento jurídico uma vez que tal direito iria pôr em causa os princípios constitucionais nomeadamente a proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana. Alerta-se também, na decisão, que mesmo que tal direito existisse, este só poderia ser exercido pelo filho quando o mesmo fosse maior.

O Tribunal acabou por concluir que existiu uma violação da *leges artis* e da *praxis clínica* por parte do médico, mas que tal violação se deu na esfera jurídica dos pais. Tendo concluído o Tribunal que a decisão poderia certamente ter sido diferente no caso de o pedido ter sido feito pelos pais, ou seja, sendo os pais os autores de tal ação.

Posteriormente temos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-01-2013¹⁶, neste caso uma mãe por si e em representação do seu filho intentou uma ação, ou seja, estamos na presença de ações *wrongful birth* e *wrongful life*, contra um centro de radiologia, o diretor clínico e a médica devido ao facto de que a criança nasceu com uma síndrome polimalformativo às trinta e oito semanas de gestação. A criança não tinha mãos, nem

¹⁶Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-01-2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, Relator: Ana Paula Boularot, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument> (consultado a 12-10-2021).

braços, tendo ainda deformações nos pés, nas orelhas, na língua, no nariz, na mandíbula e no céu da boca.

Durante a gravidez a mãe realizou todas as ecografias que lhe foram indicadas, à medida da realização dos exames sempre foi transmitido à mãe que a criança seria normal e não teria qualquer malformação.

Quanto ao caso *wrongful life* o Tribunal considerou que não estavam preenchidos os requisitos de responsabilidade civil, uma vez que não existia qualquer relação entre a atividade dos réus e as malformações da criança, sendo que estas não derivaram de nenhuma ação nem omissão por parte dos réus.

O Tribunal considerando o facto de que a criança iria sempre nascer com tais malformações, concluiu que caso o comportamento dos réus tivesse sido negligente ou censurável por via contratual teria o sido para a mãe e não para a criança, uma vez que entre a criança e os réus não existia qualquer relação contratual, tal como poderemos verificar na seguinte transcrição: “Por outra banda, tendo em atenção a formulação petitória em causa, verifica-se uma completa inexistência de ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre a actividade dos Réus e as malformações do Autor, pois estas não foram devidas a qualquer acção ou omissão daqueles, o que se prova é que o Autor nasceria sempre com tais maleitas, não tendo havido qualquer acto ou omissão dos Réus a provocá-las, sendo o seu comportamento negligente e censurável por via contratual e por violação da *leges artis*, como já se analisou supra, mas apenas em relação à Autora, mãe daquele”.

Quanto à parte *wrongful birth* o Tribunal acaba por não analisar de forma direta tal problema, defendendo que o nascimento de uma criança deficiente não constitui um dano juridicamente reparável, sendo que atendendo ao nosso ordenamento jurídico, aceitar tal dano poderia levar à conclusão da existência de um direito à não vida.

Desta forma concluiu assim o Tribunal: “Nos casos em

que a par da wrongful birth action se cumula uma wrongful life action, esta é rejeitada in limine por se considerar inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc - caso tal indemnização fosse possível), sendo que esta questão nos coloca perplexidades várias, passando pelas filosóficas, morais, religiosas, políticas, acrescidas, obviamente, das jurídicas. O problema com o qual nos deparamos, neste particular é o de saber se a atribuição de uma indemnização nestas circunstâncias específicas, o nascimento deficiente do Autor, constitui um dano juridicamente reparável atento o nosso ordenamento jurídico, o que não nos parece ser enquadrável em termos normativos, antes se nos afigurando a sua impossibilidade e nos levaria a questionar outras situações paralelas tais como a eutanásia e o suicídio, as quais passariam a ter leituras diversas, chegando-se então à conclusão que afinal poderá existir um “direito à não vida”, o que poria em causa princípios constitucionais estruturantes plasmados nos artigos 1º, 24º e 25º da CRPortuguesa, no que tange à protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser»”

Sobre este tema existe ainda o acórdão da Relação de Guimarães de 19-06-2012¹⁷, os progenitores por si e também na qualidade da criança intentaram uma ação de condenação contra os médicos.

Segundo os pais durante a gravidez os mesmos contrataram com a referida sociedade para a realização de vários exames, nomeadamente, ecografias. Tais médicos informaram que não

¹⁷Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães 19-06-2012, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G1, Relator: ROSA TCHING, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/64d75810cdacdb0c080257a31003af2cd?OpenDocument> (consultado a 12-10-2021).

havia qualquer problema/malformação do feto, acontece que a criança nasceu com graves malformações nos membros inferiores e superiores.

Neste acórdão não se decidiu a fundo sobre a matéria, o Tribunal apenas concluiu que a base instrutória da Primeira Instância se encontrava incorretamente construída, segundo o Tribunal: “O que aconteceu no caso dos autos foi que, não obstante os autores terem alegado, no artigo 30º da petição inicial, que a falta de visualização das referidas deformações, impediu que os mesmos “pudessem efectuar uma interrupção médica da gravidez”, esta factualidade não foi levada à base instrutória, ficando, deste modo, os autores privados de fazerem a prova destes factos. Assim sendo e porque a incorrecta elaboração da base instrutória, não pode penalizar nenhuma das partes, nos termos do artigo 712º, n.º4 do C. P. Civil, impõe-se anular parcialmente o julgamento para ser aditado, à base instrutória, novo quesito”.

Existe, ainda, o acórdão da Relação de Lisboa, de 29-04-2014¹⁸, os pais intentaram uma ação contra os médicos e o hospital, uma vez que os profissionais de saúde teriam sido pouco diligentes no acompanhamento da mãe, o feto teria malformações, nomeadamente uma hérnia diafragmática congénita que deveria ter sido detetada e não foi. Neste caso a criança nasceu e morreu no mesmo dia, devido a uma hipoplasia pulmonar causada pela hérnia.

Aqui, apesar de o Tribunal ter afirmado que: “No caso de wrongful birth, o dano não reside na impossibilidade de decidir em determinado sentido (efectuar ou não o aborto), mas na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão.

O que significa que estas acções não serão admissíveis em ordenamentos jurídicos que proibam totalmente o aborto

¹⁸Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29-04-2014, processo n.º 57/11.9TVLSB.L1-7, Relator: Roque Nogueira, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/985556e5884876b9b80257cf20037f231?OpenDocument> (consultado a 12-10-2021).

fundado em doença ou malformação embrionária ou fetal”.

O Tribunal considerou que não se conseguiu provar que a eventual omissão médica tenha privado com elevada probabilidade a decisão, a verdade é que os autores invocam que a condição da criança seria detetável, ou existira suspeita da mesma, na ecografia morfológica que foi realizada às 21 semanas. A verdade é que às 21 semanas e de acordo com o artigo 142.º n.º 1 alínea c) do CP a interrupção voluntária da gravidez só não será punível se: “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”, acontece que não existia certezas se tal malformação seria visível na ecografia e mesmo que fosse, esta malformação teria que ser incurável, não tendo os autores feito prova do mesmo. Acontece que depois das 30 semanas a mãe manifestou a vontade de fazer uma interrupção voluntária da gravidez, sendo que nesse momento só seria possível no caso de existir inviabilidade do feto, de acordo com o mesmo artigo, 142.º n.º 1 alínea c) do CP, o que também não foi de forma alguma provado.

O Tribunal decidiu que, ainda que tenha ocorrido uma conduta ilícita dos Réus, não se verificou qualquer dano invocado pelos pais.

Temos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2015¹⁹, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S (mesmo caso do processo elencado *supra* no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19-06-2012), neste acórdão o STJ deu provimento ao recurso interposto pelos pais da criança que nasceu com malformações, atribuindo uma indemnização, tendo justificado tal decisão da seguinte forma: “Nas «wrongful birth actions», são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e

¹⁹Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, Relator: Helder Roque, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> (consultado a 12-10-2021).

sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de criar uma criança, nestas condições, e as despesas inerentes a uma criança normal, pois que os pais aceitaram, voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo, que derivam do preceituado pelo artigo 1878º, nº 1, do CC. A partir do momento em que a lei penal autoriza os pais a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que o feto irá nascer com malformação congénita incurável, o que está em causa não é a possibilidade de a pessoa se decidir, mas antes de se decidir, num sentido ou noutro, de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez”.

Podemos assim verificar que na nossa jurisprudência não é unânime na atribuição de indemnizações nestes tipos de ações.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

Chegou a hora de analisar como o direito nacional deve agir perante tais ações. Notamos que seria fundamental que o nosso ordenamento jurídico tomasse uma posição concreta quanto a estes casos, até porque o desenvolvimento da ciência médica levará certamente a um aumento deste tipo de ações.

Apesar de algumas diferenças entre as ações de *wrongful birth* e as ações de *wrongful life*, ambas as ações partem do mesmo facto, sendo que será este que provocará danos, vamos analisar cada uma das pretensões.

Iremos verificar se os pressupostos da responsabilidade civil estão preenchidos nas duas ações, para que possamos verificar se poderemos imputar ao médico (utilizando este conceito de modo amplo, de forma a abranger também o hospital ou a clínica) os danos resultantes da sua conduta, tendo assim o mesmo de indemnizar os pais ou a criança.

Sabemos que a responsabilidade civil, tanto a contratual, artigo 483.º e seguintes do Código Civil (doravante CC), como

a extracontratual 798.º e seguintes do CC assentam em cinco pressupostos: i) o facto; ii) a ilicitude; iii) a culpa; iv) o dano e v) o nexo de causalidade. Deveremos assim analisar cada um dos pressupostos, uma vez que só o preenchimento de todos levará ao sucesso das ações.

A análise dos requisitos da responsabilidade civil serão focados principalmente nestes dois tipos de ações, tentaremos não dispersar para matérias relativas a cada um dos requisitos da responsabilidade civil, matérias já muito trabalhadas.

5.1. O FACTO

O primeiro requisito da responsabilidade civil é o facto, ou seja, é necessário a existência de um facto que tenha sido praticado, ou que não tenha sido praticado quando deveria ter sido, no nosso caso pelo médico, ou seja, não é necessário que exista uma ação, podendo ser através de uma omissão.

Tal como nos diz LUÍS MENEZES LEITÃO: “tratando-se de uma situação de responsabilidade civil subjetiva, esta nunca poderia ser estabelecida sem existir um comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputada a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito responsável”²⁰.

Nestas ações o facto praticado pelo médico poderá ser uma ação ou uma omissão, vejamos, nos casos em que o médico interpreta mal um dos exames obrigatórios na gestação ou informa de forma incorreta os resultados de tais exames de diagnóstico pré-natal estamos perante uma ação. Mas, o facto poderá também surgir de uma omissão quando o médico pretere da realização de vários exames de diagnóstico pré-natal ou da informação dos mesmos, traduzindo-se tais omissões na violação de deveres que são impostos por lei ao médico, nomeadamente,

²⁰LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, vol. I, 11.ª Edição, Almedina, Lisboa, 2014, p.257.

dever de esclarecimento do paciente presente no artigo 157.º do CP, deveres impostos pelo negócio jurídico ou em último caso na violação dos seus deveres de diligência, zelo e cuidado.

Dessa forma tanto nas ações de *wrongful birth* como nas ações *wrongful life*, o facto que está em causa é o comportamento do médico que através de ação ou de omissão efetua uma preterição dos seus deveres para com a mãe, existindo assim a violação das *leges artis* que leva a um nascimento com danos, sendo este comportamento completamente controlável pelo médico, uma vez que os pais decidiram prosseguir com a gravidez, mas não o fizeram de forma esclarecida, pois não estavam na posse de todas as informações.

Acredito que o facto presente nestas ações é o comportamento/conduita do médico, nunca podendo ser a vida ou o nascimento de uma criança com malformações.

5.2. A ILICITUDE

O segundo requisito de responsabilidade civil é a ilicitude. Depois de encontrado o facto, no nosso caso, a conduta do médico é necessário verificar se tal ato foi ou não ilícito.

Neste requisito é essencial fazer uma distinção entre as ações *wrongful birth* e as ações *wrongful life*. Iremos começar por analisar primeiramente as ações *wrongful birth*, ou seja, vamos verificar se a ação/omissão médica foi ilícita perante os pais da criança que nasceu com malformações.

Entre a mãe da criança e o médico existirá certamente um contrato de prestação de serviços, ou seja, existe uma relação contratual entre médico e o paciente. Deste contrato entre a futura mãe da criança e o médico resultam no primeiro nível deveres de tratamento, mas em segundo nível resultam também deveres acessórios, deveres esses que incluem os chamados deveres de informação.

Desta forma o médico não terá apenas o dever de propor

a realização de exames de diagnóstico pré-natal, como terá o dever de os realizar de forma diligentemente e ainda de informar de forma correta quanto aos seus resultados.

A violação de qualquer destes deveres irá originar o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, dando origem ao preenchimento do requisito da ilicitude, levando posteriormente à responsabilidade contratual (artigo 798.º e seguintes do CC), tendo a aplicação desta responsabilidade benefícios em relação à responsabilidade extracontratual quanto ao requisito da culpa que será analisada posteriormente.

Será fácil verificar que o facto praticado pelo médico é ilícito, existindo um incumprimento contratual, uma vez que o médico violou os deveres a que estava vinculado.

Quanto aos pais mesmo que não exista um contrato celebrado poderemos verificar que o facto continuará a padecer de ilicitude.

O comportamento do médico violou vários direitos absolutos da futura mãe da criança. O comportamento do médico, em não agir de acordo com a *legis artis* levou à violação do direito à autodeterminação pessoal da mãe, tanto no sentido do direito ao seu planeamento familiar (artigo 26.º da CRP), como no sentido à livre disposição sobre o seu próprio corpo e ao respeito pela sua integridade moral e física (artigo 25.º da CRP). Tal conduta viola ainda o consentimento informado e o dever de esclarecimento do paciente, artigo 156.º e 157.º do CP. Fundamentalmente e principalmente estamos perante a violação do liberdade e autodeterminação reprodutiva da mãe.

A falta de informação por parte do médico impossibilita a mãe (e também o pai) de tomar uma decisão informada, sobre qual será o melhor caminho para si e para a sua família, podendo tal decisão passar pela realização de uma interrupção voluntária da gravidez (IVG). A conduta negligente do médico que tenha impedido o exercício do poder de escolha de interromper legalmente uma gravidez viola o direito à dignidade e ao livre

desenvolvimento da personalidade da mãe²¹.

Importa destacar que o direito absoluto da mãe é o direito à sua autodeterminação reprodutiva, não existe aqui nenhum direito ao aborto, o comportamento do médico impossibilitou a mãe de uma criança com graves problemas da escolha da realização de uma IVG que não seria punível nos termos do artigo 142.º n.º 1 alínea c) do CP, mas esta previsão não determina qualquer direito ao aborto, esta norma apenas despenaliza tal conduta.

Opinião diferente tem JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ que defende que a mãe tem um direito ao aborto especialmente nos casos presentes na alínea e) do artigo 142.º n.º 1 do CP²².

Já de opinião manifestamente contrária, DIOGO COSTA GONÇALVES, defende que o aborto continua a ser ilícito, sendo ilícito, a sua frustração não configura, portanto, um dano em sentido técnico-jurídico²³. Para o mesmo autor os prejuízos decorrentes deste nascimento nunca poderiam ser tidos em conta, existindo apenas a possibilidade de responsabilizar o médico pelo impacto psicológico da ausência de preparação da família para a situação que se encontra a viver, ou nas opções de organização pessoal, profissional e familiar que não foram tomadas atempadamente, ou que foram e não seriam caso a condição da deficiente tivesse sido conhecida.

Apesar de considerar que não existe um direito ao aborto considero que esta opinião de DIOGO COSTA GONÇALVES viola manifestamente o direito à autodeterminação reprodutiva da mãe e o seu direito ao planeamento familiar.

Devemos notar que a ilicitude do comportamento médico

²¹PINTO, Luís Guimarães, “Ações wrongful birth e wrongful life uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil” In: Revista Direito Lusíada, n.º 12, Lisboa, 2014, p.373.

²²GONZÁLEZ, José Alberto, Wrongful Birth Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil, *op. cit.*, 2014, p.136.

²³GONÇALVES, Diogo Costa, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois” In: Revista de Direito Comercial, Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, Lisboa, 2020, p.397.

poderá ser afastada no caso de o médico invocar a influência de limitações técnicas que terão tornado impossível a identificação da condição de saúde do feto.

Sabemos que a tecnologia ainda se defronta com limitações e deficiências que poderão tornar falível os resultados alcançados pelos exames²⁴. Outra possibilidade de exclusão da ilicitude consiste em alegar que o exame que permitiria detetar o estado de saúde do feto não era medicamente recomendado na situação em particular²⁵. Existirão ainda outras situações em que o médico conseguirá excluir a ilicitude da sua conduta.

Não me parece que existam dúvidas da ilicitude do comportamento do médico quanto aos pais (*wrongful birth*) o maior problema prendesse quanto à criança que nasce com as graves deformações (*wrongful life*). A doutrina tem arranjado várias teses para salvaguardar que este requisito da responsabilidade civil esteja preenchido.

Uma tese que é bastante utilizada para fundamental a ilicitude do comportamento é a invocação de um direito à não existência ou de um direito a não nascer, seria fácil dizer que o comportamento do médico seria ilícito porque existia a violação de um destes direitos.

Apesar de tais direitos poderem ter o mesmo fundamento existem logo diferenças quanto aos dois, uma vez que num existe um direito a nem sequer existir enquanto no outro existiria o direito a não nascer. O direito a não nascer consistira supostamente num direito que o feto teria de ver interrompida a sua gestação mediante um aborto.

JOÃO PIRES DA ROSA, defende que existe um direito à não existência, afirma que este direito é a outra face do direito à existência e que ambos os direitos estão colocados na mão da

²⁴RAPOSO, Vera Lúcia, “Processos judiciais indevidos? (Há espaço para indemnização nas ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* contra profissionais de saúde?), In: Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, Edição: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2014, p.98.

²⁵*Ibidem*, p.98.

mulher que se encontra grávida²⁶, reforça ainda esta posição com o facto de a própria interrupção da gestação envolver um conjunto de riscos para a saúde da mulher.

Segundo o mesmo autor este direito está no património da mulher grávida, “Quando ela se decide pela não existência é ainda o seu direito que ela exercita (ainda que umbilicalmente ligado à vida pré-natal que em si mesma transporta), sem prejuízo de se pensar que um direito do feto, passe a expressão, se há-de autonomizar um dia e incorporar no seu exclusivo património, e ele vier a nascer porque — n.º 2 do art. 66.º do C.Civil — os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”²⁷, uma vez que o nascituro é segundo as palavras do autor, “ainda mãe” enquanto não nascer, sendo assim o direito a não existir é um direito da mãe.

JOSE ALBERTO GONZÁLEZ em relação às ações *wrongful life* afirma que o que o filho “reclama é o ressarcimento pelo facto de ter de existir. O direito violado será, assim (pese embora a discordância quanto a este ponto), o de não viver”²⁸.

Considero que tais teses não poderão ser aceites, primeiramente porque um direito à não existência já de si choca moralmente, sendo ainda agravado quando se defende que tal direito está na “posse” da mãe até ao nascimento da criança. Admitir que é um direito da mãe até ao nascimento invalida a existência do próprio direito como um direito individual, até porque como disse anteriormente a possibilidade de aborto sem penalização não faz nascer na esfera jurídica da mãe um direito a abortar, ou no presente caso, à não existência da criança. Esta despenalização reforça apenas o direito à liberdade reprodutiva e ao planeamento familiar da mãe.

Resta relembrar que a existência de um direito a não

²⁶ROSA, João Pires, “Não existência- um direito!” In: Revista Julgar, n.º 21, *op. cit.*, p.50.

²⁷*Ibidem*, p.50.

²⁸GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful Birth Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, *op. cit.*, p.11

existir também não tem qualquer tipo de consagração legal na nossa constituição, nem em nenhuma outra lei, porém considero que o principal problema da defesa da existência deste direito é o que a sua origem poderia gerar.

Vejamos, a defesa de um direito a não nascer ou a não existir levaria a que qualquer pessoa depois de nascer pudesse propor uma ação invocando que o seu direito a não nascer foi violado. A existência de tal direito iria certamente levar a que os nossos Tribunais fossem invadidos de ações de indivíduos contra os seus pais ou contra médicos porque consideravam que seria preferível não terem nascido. Importa notar que tal direito é também rejeitado pela nossa jurisprudência²⁹.

A existência de um direito a não nascer ou a não existir levaria a que o nascimento representasse precisamente a violação do direito, e deixaria de existir qualquer possibilidade de o direito ser exercido, já o cumprimento do direito implica a inexistência definitiva do seu titular, a não existência de titular leva à não existência do direito³⁰.

A verdade é que nas ações *wrongful life* não é reclamado pela criança a violação do seu o direito a não nascer, não existe um pedido para morrer, o problema prende-se com o facto da criança ter nascido com tais malformações.

Uma outra tese que é elencada para defender que existiu uma violação de um direito subjetivo da criança é a tese que defende a existência do direito a nascer saudável³¹, porém

²⁹O já mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-06-2001 menciona a inexistência de tal direito como um dos fundamentos contra a pretensão do autor.

³⁰RAPOSO, Vera Lúcia, “Processos judiciais indevidos? (Há espaço para indemnização nas ações de *wrongful birth* e de *wrong life* contra profissionais de saúde?), In: Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, Edição: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2014, p.77.

³¹ Aceitando este direito, e equiparando-o com o direito a transformar o próprio corpo mediante cirurgia estética, Henri Caillavet, membro do Conselho Nacional de Ética Francês – Conforme 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, Imprensa da Universidade de Coimbra, *op. cit.*, p.73 nota 48.

considero que este a existir não terá qualquer influência no contexto das ações *wrongful life*.

O direito a nascer saudável apenas poderá ser interpretado no sentido da existência de uma proteção do embrião face a doenças que são criadas por mecanismos humanos. Nas ações *wrongful life* estamos perante doenças que não são criadas/originadas por qualquer influência humana³², estamos perante crianças que tem malformações originárias e não existe “cura” para tal.

Mas, mesmo interpretada nesses termos a existência de um direito a nascer saudável iria trazer deveras bastantes problemas, levando novamente à possibilidade de os nossos Tribunais serem inundados de ações propostas por filhos contra mães, que por exemplo tiveram comportamentos de risco durante a gravidez.

Existe ainda a tese do chamado direito à normalidade, tal tese é sufragada por CARNEIRO DA FRADA, o autor não especifica em concreto o que deveria ser considerado como tal direito, porém, o autor afirma que: “De acordo com isto, pode equacionar-se um “direito” da pessoa à “normalidade” e dizer-se que esse “direito” poderá estar implicado pela sua tutela (considere-se entre nós a protecção constitucional da dignidade da pessoa humana). Esse “direito” poderá mesmo ser erigido a direito fundamental”³³.

A verdade é que este direito à normalidade levanta só por si vários problemas, entre eles: “o que é ser normal?”, “qual o grau de normalidade exigida?”. A existir este direito, o mesmo seria totalmente discricionário, levando a juízos sobre a

³²RAPOSO, 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, Imprensa da Universidade de Coimbra, *op. cit.*, p.73.

³³FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, vol. I, 2008, Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/> (consultado a 10-10-2021), nota 6.

normalidade da vida de cada pessoa.

Acredito que existirá uma forma mais eficiente e mais correta de preencher o requisito da ilicitude nas ações de *wrongful life*.

O comportamento do médico foi ilícito perante os pais, já entre a criança e o médico não existiu nenhum contrato, mas isso não invalida que a relação entre ambos não seja protegida no contrato titulado entre a sua mãe e o médico.

Dessa forma acredito, tal como alguma doutrina, que a solução destes casos prendesse com a figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros inserida na terceira via da responsabilidade civil. A tese da terceira via da responsabilidade civil é originária na dogmática alemã de CLAUS-WILHELM CANARIS.

Esta figura não é consensual uma vez que a mesma não tem consagração legal. LUÍS MENEZES LEITÃO defende a existência de tal figura, chamada de terceira via de responsabilidade civil, situada entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, fugindo assim aos quadros tradicionais da responsabilidade civil, sendo que dentro desta terceira via existiriam os contratos com eficácia de proteção para terceiros³⁴.

Escreve o mesmo autor que: “esta situação ocorrerá sempre que o terceiro apresente uma posição de tal proximidade com o credor, que se justificará a extensão em relação a ele do círculo de proteção do contrato”³⁵. O Tribunal federal Alemão defende que estes são os casos em que o credor confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua. Temos como fundamento principal desta teoria a relação de confiança e da proximidade existente entre o terceiro e o credor. Sendo lógico que não poderá ser qualquer terceiro a ser abrangido por tal proteção, uma vez que não podemos descaracterizar a figura essencial do contrato,

³⁴LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, *op. cit.*, p.327.

³⁵*Ibidem*, p.327.

a vinculação entre o credor e o devedor, não poderemos desfraldando assim o artigo 406.º n.º 2 do CC.

PAULA NATÉRCIA ROCHA defende que para além dos deveres principais, secundários e acessórios do devedor existe em função do círculo de proteção do contrato deveres especiais de proteção e cuidado para com terceiros, que embora posicionados fora do contrato devem ser abrangidos pelo menos, em virtude da especial proximidade que têm com as partes contratantes³⁶.

Resta-me questionar: em que situação existirá maior proximidade do que entre a mãe e o seu filho, ainda feto? A mesma ao procurar um médico tem como objetivo que o médico preserve a sua saúde, mas também e principalmente a saúde da criança, sendo que é nisso que a mesma irá acreditar.

Quando pensamos no médico que acompanha a gravidez de uma mãe pensamos que este está vinculado aos seus deveres não apenas com a mãe, mas também com a criança, uma vez que naquele momento ainda são dois seres indivisíveis, a criança ainda não tem qualquer independência física, sendo totalmente dependente da mãe para a proteção dos seus interesses, independentemente de a criança não ter celebrado nenhum contrato com o médico. Estes pensamentos derivam nomeadamente das regras da boa-fé.

Não considero que estejamos perante um contrato a favor de terceiros³⁷, tal como afirma JOANA SAMPAIO DE ANDRADE, “do que se trata não é de atribuir ao terceiro qualquer papel na prestação principal do contrato, mas sim de, para além dessa prestação em relação ao credor, o devedor ter também prestações secundárias, nomeadamente deveres de

³⁶ROCHA, Paula Natércia, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação” In: Revista Julgar Online, novembro de 2018, p.10.

³⁷Esta posição é defendida por alguma doutrina entre vários autoos, VICENTE, Marta de Sousa Nunes, “Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência perruche”, In: Lex Medicinæ, ano 6, n.º 11, 2009, pp.129-132.

proteção/cuidado, (os chamados deveres laterais) para com um terceiro estranho ao contrato”³⁸. Tais terceiros ficam assim abrangidos por um manto protetor do contrato³⁹.

Sendo lógico que o terceiro tem um interesse legítimo no contrato, uma vez que está em causa a sua saúde, interesse esse completamente concordante com o do credor (sua mãe), de ambas as partes, existe um interesse na boa realização da atividade médica com a prestação de todas as informações necessárias para um esclarecimento cabal da mãe da criança.

O médico não será surpreendido com a abrangência do contrato à criança, afinal o fundamento inicial do contrato é a gravidez da mulher, sendo assim tal relação de proximidade perfeitamente cognoscível ao devedor.

Parece-me que, independentemente da doutrinação adotada relativamente aos terceiros que devem considerar-se abrangidos nos contratos, neste caso a criança, enquanto feto, deverá ser sempre considerada como terceiro, uma vez que existe uma relação de especial proximidade, sendo esta relação cognoscível para o médico, devedor, existindo interesses coincidentes entre a mãe e o terceiro, feto.

CARLOS MOTA PINTO relativamente à figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros parece ter certeza que se deve aplicar, as regras da responsabilidade contratual.

Defende o autor que o devedor, ao realizar o contrato, passar a ter obrigações quer para com o credor, como também obrigações laterais perante terceiro, resultantes desse mesmo contrato, existindo uma extensão para terceiros da relação contratual, limitada aos deveres de proteção, razão pela qual não faria sentido que se não aplicasse, também aos terceiros, a

³⁸ANDRADE, Joana Sampaio de, O estatuto da criança e a indemnização das ações de “vida indevida”, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2019, p.107.

³⁹ANDRADE, Carlos Ferreira de, Contratos II, 3.^a edição, Almedina, Lisboa, 2012, p.50.

responsabilidade contratual⁴⁰.

LUÍS MENEZES LEITÃO defende que nesta terceira via de responsabilidade civil não deve ser aplicada em bloco nem o regime contratual, nem o regime extracontratual, mas perante um regime que deverá ser criado a partir da aplicação do regime que seja mais adequando a cada caso concreto⁴¹.

Não me parece que esta seja a solução mais adequada, uma vez que estamos perante um regime que não é unânime na nossa doutrina, deixar que as normas a aplicar sejam de verificação caso a caso só levará a uma maior incerteza quanto à existência do próprio regime.

Considero que no contrato com eficácia para proteção de terceiros deveremos aplicar o regime da responsabilidade contratual até porque o devedor estava vinculado pelo contrato perante esse terceiro a deveres de proteção.

Acredito assim que este mecanismo da terceira via de responsabilidade permite tornar o comportamento médico, nos casos de *wrongful life*, ilícito perante a criança. Podendo ser utilizado as normas da responsabilidade contratual por violação dos deveres de proteção presentes no contrato de prestação de serviços celebrados entre a sua mãe e o médico, esta possibilidade é enumerada por vários autores, entre eles ANDRÉ DIAS PEREIRA⁴².

LUÍS GUIMARÃES PINTO defende que a criança mesmo antes de nascer faz parte do contrato celebrado entre a mãe e o médico, porém não utiliza de forma direta a figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros, segundo o autor “a vida pré-natal merece a proteção das regras profissionais ou deontológicas, mormente as da atividade médica. Sendo assim

⁴⁰PINTO, Carlos Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp.419 e ss.

⁴¹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p.326.

⁴²PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2012, p.245.

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 Saúde”⁴³.

EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO defende que apesar de a criança não ser parte formal do contrato, os direitos e interesses da futura criança estão incluídos no âmbito de proteção da relação contratual e são devidamente tutelados pelo mesmo, de forma lateral⁴⁴.

5.3. A CULPA

A lei exige, regra geral, a culpa como pressuposto da responsabilidade civil. A concessão de culpa tem sido entendida como definição de culpa em sentido normativo como um juízo de censura ao comportamento do agente⁴⁵.

Segundo LUÍS MENEZES LEITÃO: “a culpa pode ser assim definida como o juízo de censura ao agente por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adoptar conduta diferente. Deve, por isso, ser entendida em sentido normativo, como a omissão da diligência que seria exigível ao agente de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe. Nestes termos, o juízo de culpa representa um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável”⁴⁶.

Sendo que nestes casos o sujeito estaria obrigado a adotar

⁴³PINTO, Luís Guimarães, “Ações wrongful birth e wrongful life uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil” In: Revista Direito Lusíada, *op. cit.*, p.384.

⁴⁴FIGUEIRO, Eduardo António da Silva, “Believe me, we have enough imperfection built-in already” In: Revista Julgar Online, *op. cit.*, p.30.

⁴⁵COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 12.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p.579.

⁴⁶LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, *op. cit.*, p.280

uma outra conduta, é essencial verificar qual seria o comportamento necessário para não ocorrer tal desvalor do facto jurídico, ou seja, qual seria o comportamento do homem médio (critério do bom pai de família), de acordo com o artigo 487.º n.º 2 do CC. No nosso caso, e através de um esforço criativo, verificar qual seria o comportamento do médico médio.

Para analisar qual seria o comportamento do médico médio será necessário atendermos ao cuidado, à perícia e os conhecimentos que correspondem ao médico sensato, razoável e competente posto naquela situação específica. Dessa forma, a culpa caracteriza-se pela omissão do dever de cuidado exigível na atuação do médico, tendo sempre em conta o desenvolvimento dos conhecimentos da ciência médica no momento da realização do ato⁴⁷.

Assim, poderemos concluir que nem todos os erros ou omissões por parte do médico serão automaticamente causadores do preenchimento do pressuposto da culpa com as visadas consequências, só o serão aqueles erros e omissões cuja não verificação seria exigível à figura abstrata do bom profissional médico⁴⁸.

Nos casos de incumprimento, por parte do médico, dos deveres que lhe incumbem, será difícil conceber a existência de dolo tendo em conta a formação ética de tais profissionais⁴⁹, a maioria dos casos decorrem de comportamento negligentes. Esta afirmação é confirmada também através dos casos presentes na jurisprudência, tanto internacional como a nacional, onde o que está maioritariamente em discussão são comportamentos negligentes.

⁴⁷SOUSA, Miguel Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, In: *Direito da Saúde e da Bioética*, Edição AAFDL, Lisboa, 1996, p.135.

⁴⁸MARTINS, Marco Aurélio Gonçalves, *Responsabilidade Civil por Atos e Omissões Médicas em Vida Pré-Natal*, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade do Minho, Faculdade de Direito, Minho, 2012, p.23.

⁴⁹ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro”, In: *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Coimbra, 1972, p. 333.

Não é difícil concluir que o requisito da culpa se encontra preenchido quando o médico não prescreve a realização dos exames de diagnóstico pré-natal, ou quando os interpreta de forma incorreta, ou, ainda, quando não os informa à mulher grávida, existindo ainda outros possíveis casos, uma vez que um médico médio não deverá efetuar tais condutas.

Dessa forma nas ações *wrongful birth* e *wrongful life* o pressuposto da culpa da responsabilidade civil médica está preenchido, bastando a alegação de que o médico médio, naquelas condições específicas, teria agido de maneira diferente.

Desta forma acredito que o requisito da culpa não levante problemas de maior neste tipo de ações.

Uma vez que acredito que estamos perante responsabilidade civil contratual em ambas as ações existe uma presunção de culpa, inversão do ônus da prova, presente no artigo 799.º do CC. Considero também que não existe qualquer motivo para não aplicar tal presunção legal nos casos de responsabilidade médica.

Fica assim o médico com o ônus de provar que atuou com toda a diligência, sendo que caso o médico tenha agido com toda a diligência não será difícil para o mesmo fazer prova que agiu conforme as *leges artis*.

Caso se defenda que nas ações *wrongful life* a responsabilidade em causa é extracontratual deverá ser a criança, devidamente representada, que deverá fazer prova da culpa do médico, segundo o artigo 478.º n.º 1 do CC.

5.4. O DANO

Outro dos pressupostos da responsabilidade civil que também levanta muitos problemas, é o dano.

Segundo LUÍS MENEZES LEITÃO entende-se por dano a supressão de uma vantagem de que o sujeito beneficiava, sendo que juridicamente o conceito de dano terá de ser definido

num sentido simultaneamente fático e normativo, ou seja, como a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica⁵⁰.

Como acredito que em ambos os tipos de ação o que está em causa é a responsabilidade civil contratual importa fazer a ressalva que, apesar de ter sido uma questão controvertida, a doutrina e a jurisprudência largamente maioritárias, hoje em dia, admitem que a existência de danos não patrimoniais resultantes da violação de um contrato são ressarcíveis.

O maior problema que surge quanto a este requisito da responsabilidade civil é o facto de alguns autores entenderem que neste tipo de ações o dano será a vida. Sendo que muita outra doutrina entende que uma vez que a vida é um valor absoluto nunca poderia ser considerada como um dano.

Acredito que quanto a este requisito, o dano, será também necessário fazer a devida diferenciação entre as ações *wrongful birth* e as *wrongful life*, sem que isso impeça que se chegue à mesma conclusão em ambos os tipos de ações.

Começando pelas ações *wrongful birth*, sendo verdade que os danos que os pais alegam derivem do nascimento de uma criança com deficiência, sendo invocados danos relacionados com a vida deficiente, considero que o dano em causa não é a vida, mas sim a vida deficiente.

O dano (vida deficiente) que temos por parte dos pais prende-se com a falta de preparação/conhecimento da deficiência do seu filho. Os prejuízos dos pais podem ser patrimoniais, com todas as despesas extra que os pais irão ter com a vida daquele filho, que sofre problemas de saúde, sendo que essas despesas não existiriam se a criança fosse saudável. Os pais podem também ter prejuízos não patrimoniais, o choque/sofrimento de ter um filho com grandes malformações quando acreditavam, de modo justificado, que o seu filho iria nascer de plena saúde, sendo esta uma situação bastante dolorosa e que merecerá certamente ser considerada para termos da responsabilização do

⁵⁰LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, *op. cit.*, p.297.

médico.

Compreendo os autores que defendem que a vida nunca poderá ser considerada como um dano. Dessa forma não concordo com autores como LUÍS MENEZES LEITÃO⁵¹ que consideram que o dano existente, nestes casos, é o dano vida.

O Direito tem que ser uma área que mantém a sua devida independência, considerar a vida como um dano em primeiro lugar levantaria enormes problemas morais e religiosos e não é isso que está de todo em causa nestas situações.

Considerar a vida como um dano poderá levar a juízos de desvalor sobre a vida de uma criança, ou considerações sobre o momento até onde tal vida merece ser vivida. Parece-me lógico e principalmente prudente afastar o direito de juízos de valor sobre a vida de alguém, principalmente juízos sobre até que momento a vida merece ser vivida, ou juízos sobre o momento a partir do qual seria melhor a não existência, sendo a vida uma desvantagem para a criança.

Considerações deste nível violariam, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, sendo esse um dos princípios fundamentais de um estado de direito democrático. A vida enquanto um direito individual de forma alguma poderá ser colocada em causa, nomeadamente através de comparações ou juízos de quando a mesma merecerá, ou não, ser vivida. A não existência é incomparável com a existência, dessa forma o dano vida é absolutamente insuscetível de comprovação⁵².

O que está em causa não é que teria sido melhor não ter nascido, mas sim, que teria sido melhor ter nascido sem a malformação.

Por outro lado, considero que os pais ao serem indemnizados pelos prejuízos que surgiram da vida do seu filho com

⁵¹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “O dano da vida”, In: Cadernos de Direito Privado n.º 2 – Especial, dezembro de 2012, CEJUR, 2012, pp. 3 e ss.

⁵²SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da Sara, “Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência”, In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 3, n.º 2, Lisboa, 2017, p.944.

deficiência não violarão a dignidade da criança, o pedido de indenização buscará compensar os pais de todas as despesas que serão necessárias para dar boas condições de vida do filho, ou mesmo para compensar os pais da surpresa e dor de ter um filho com grandes deficiências, quando para eles contavam com o melhor, ou seja, com uma vida saudável. Não estamos aqui perante uma violação da dignidade da criança, apenas estamos a compensar os pais pelos danos que sofreram.

Nunca iremos pôr em causa o nascimento da criança, nem criar qualquer juízo de valor sobre a vida da mesma, a vida daquela criança em particular merecerá tanta dignidade como a vida de qualquer outra pessoa que não sofra de qualquer problema de saúde. Não se trata de efetuar qualquer juízo acerca do merecimento daquela vida. Trata-se sim, de reconhecer que um facto ilícito e culposo, da responsabilidade de outrem, se traduziu num aumento exponencial de encargos económicos e psicológicas nas vidas dos pais e da própria criança.

PAULO MOTA PINTO defende que de acordo com a dignidade da pessoa humana será mesmo de atribuir uma indenização aos seus pais para que a criança possa subsistir em condições condignas.

CARNEIRO DA FRADA defende que o dano vida não poderá existir uma vez que isso violaria os direitos constitucionais, mas dessa conclusão parte para a resposta de que assim sendo será impossível e injusto indemnizar as crianças que nascerem com malformações e os seus pais. Segundo o mesmo autor: “a alegação de que a vida é, para o sujeito, um dano, ele incorre em contradição ao pretender o ressarcimento dos encargos e despesas derivados da vida deficiente de que é portador. O sujeito não pode escolher arbitrariamente entre as várias consequências de um mesmo evento (supostamente) lesivo de uma posição jurídica sua, de modo a limitar o dano a alguma dessas consequências, abstraindo de outra ou outras, e a evitar em relação a estas o juízo de preferência pela situação hipotética que não existiria

se não fosse o referido evento lesivo. Não é possível uma manipulação arbitrária da sequência causal por parte do lesado. Não é viável dividir assim a realidade, seleccionando e aceitando certas consequências de um facto, mas não outras”⁵³.

Nas ações *wrongful birth*, tal como invoquei supra, o dano prende-se com a deficiência da criança e não com a sua vida, o dano será a vida deficiente do filho que nasceu com deficiência, o dano são as condições particulares daquela vida, sendo que os pais, nomeadamente a mãe não teve liberdade/autodeterminação para fazer a escolha quanto ao seu nascimento, ou não, surgindo assim aquela vida deficiente como dano.

A atribuição de uma indemnização aos pais não irá de forma alguma levar à violação da indisponibilidade da vida humana, porque na realidade não existe qualquer pedido para acabar com a vida da criança, não se requer qualquer auxílio para que a criança morra. Muito pelo contrário a indemnização atribuída aos pais será fundamentalmente para que a criança possa ter a melhor vida possível para as suas condições, os pais não põem em causa a vida daquela criança.

Outro argumento utilizado para tentar obstar ao sucesso destas ações prende-se com uma ideia de que os pais irão utilizar a vida da criança como uma fonte do seu próprio enriquecimento, levando assim à degradação da vida da criança passando a ser vista como objeto. Considero que este raciocínio não faz qualquer sentido, até como referi *supra* a indemnização irá proporcionar uma melhor vida à criança, claro que isto poderá não acontecer, mas considero que nos devemos focar na generalidade dos casos, até porque o controlo dos montantes da indemnização poderá ser um passo a seguir posteriormente à definição do regime a aplicar nestes casos.

Observando agora as ações *wrongful life*, tais ações

⁵³FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, vol. I, *op. cit.*.

levantam ainda mais problemas perante o preenchimento de tal requisito da responsabilidade civil, podemos começar por analisar que o principal dano da criança, a sua deficiência é inseparável do seu ser como pessoa, notamos também que caso não tivesse ocorrido um comportamento ilícito do médico, existiria uma grande probabilidade da criança nunca ter existido, caso os pais tivessem optado por uma IVG.

Muita doutrina afirma que, neste tipo de ações, a criança não pode ter qualquer pretensão indemnizatória contra aquele médico, sem cujo comportamento ilícito não teria chegado a existir, dessa forma não se verificaria a existência de qualquer dano.

Na verdade, defender que o nascimento da criança põe em causa o seu pedido de indemnização, é uma argumentação que encerra em si própria uma ofensa à criança que exige ser ressarcida.

O facto de o comportamento ilícito do médico ter originado o nascimento daquela criança, porque com o comportamento lícito os pais poderiam ter optado pela IVG, não leva, na minha opinião, a que a criança não possa ser ressarcida por os danos que tal comportamento do médico lhe causou.

Atribuir uma indemnização à criança pelo seu nascimento com deficiência não viola de forma alguma a sua dignidade humana, a atribuição de tal indemnização será sim o respeitar de tal dignidade, dando condições a esta para que possa ter um mínimo de condições para viver com a melhor qualidade possível⁵⁴. Não está em causa qualquer reconstrução natural, não se pretende eliminar a criança nem se procura auxílio para uma morte, ou autorização para o suicídio⁵⁵.

Um grande problema, sempre levantado, pende-se

⁵⁴SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana”, In: Revista de Estudos Politécnicos, Vol. VIII, n.º 13, 2010, p.200.

⁵⁵ROCHA, Paula Natércia, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação” In: Revista Julgar Online, *op. cit.*, p.17.

também com o cálculo da indenização para compensação do dano, não sendo possível de qualquer forma a reconstituição natural⁵⁶. Importa notar que em qualquer indenização por danos morais existe sempre alguma dificuldade na atribuição do valor.

Segundo o artigo 566.º n.º 2 do CC: “Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indenização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”, teoria da diferença. Devido a tal teoria muitos defendem que existiria uma comparação entre a situação da vida-deficiente com a não existência, levando assim ao paradoxo da não existência.

Esta comparação não faz qualquer sentido, sendo que tenta comparar duas situações incomparáveis, uma vez que para atribuir uma indenização a conclusão seria que a não existência seria preferível à vida com deficiência da criança. O direito à vida é um direito fundamental que tem primazia, sendo completamente ilógico dizer que a não existência seria preferível à vida, levando à conclusão de que a vida daquela criança não merece ser vivida.

Apesar de existirem autores que defendem que existem vidas que não merecem ser vividas, considero que esta conclusão completamente impensável, primeiramente porque este é um juízo que não poderá ser feito e posteriormente porque toda a vida tem o mesmo valor não sendo possível fazer qualquer juízo,

⁵⁶Considero que pensamentos como o que se encontram presentes no livro de José Alberto Goanzalez *Wrongful Birth Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, sobre a reparação *in natura*, são deveras perigosos, nomeadamente o autor escreve na página 83: “Como a reparação da lesão não pode ser feita *in natura*, ao menos enquanto a eutanásia não for legalmente admissível, resta então, como é regra, a compensação em dinheiro”, de forma alguma a criança ou os seus pais pedem a morte da criança, o dano não é a vida e a sua reparação nunca poderia passar pela morte de alguém, isso sim seria uma completa violação da dignidade da pessoa humana, mais ainda quando o pedido surgisse dos progenitores em seu nome ou em nome de uma criança que não possui autodeterminação nem capacidade de racionalização.

ou mesmo gradação, das vidas que merecem mais ser vividas que outras.

Considero que todas as vidas têm o mesmo valor e todas merecem ser vividas sendo completamente discriminatório fazer considerações que não cheguem a tal conclusão. Não concordo assim com VERA LÚCIA RAPOSO quando afirma que a vida não tem que ser necessariamente uma benesse e que tal opinião pode ser confirmada quando existe uma decisão judicial que admita a eutanásia, sendo que nesses casos a vida pode ser um dano⁵⁷.

JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, em relação a este aspeto tenta estabelecer uma separação entre vidas em que apesar das crianças terem problemas merecem ser vividas e vidas de crianças que simplesmente não merecem ser vividas⁵⁸.

Afirmando o autor que: “Na maioria dos casos deste género, no entanto, e *all things considered*, a vida da criança merece inequivocamente ser vivida. O problema somente tem significado, portanto, a partir do instante em que seja possível afirmar a entrada no campo “*not worth living*”. Por isso, nesta conformidade, há quem reserve a terminologia *wrongful life* para a segunda situação, preferindo a locução *wrongful disability* para descrever a hipótese, mais comum, em que a vida, apesar da deficiência, vale a pena ser vivida”⁵⁹. Considero que não podemos tentar fazer tal diferenciação, como expliquei *supra*, tal diferenciação viola a dignidade da pessoa humana.

Tal comparação nunca poderá ser a base de cálculo para atribuição de indemnizações, sendo que concordo com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO quando afirma que não

⁵⁷RAPOSO, Vera Lúcia, “Processos judiciais indevidos? (Há espaço para indemnização nas ações de *wrongul birth* e de *wrong life* contra profissionais de saúde?), In: Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, *op. cit.*, p.78.

⁵⁸GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful Birth Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, *Quid Juris*, *op. cit.*, pp.62-66.

⁵⁹*Ibidem*, p.66.

estariamos perante um sistema jurídico civilizado se tal fosse aceite⁶⁰.

Tal como afirma DIOGO COSTA GONÇALVES, a gradação valorativa entre vidas mais ou menos dignas, mais ou menos indevidas, conduz-nos inevitavelmente, à determinação que há homens mais pessoa uns que outros e à aceitação de que alguns (sempre os mais fracos) podem, afinal, para alguns efeitos, não serem tratados como um fim em si mesmo⁶¹.

Não sendo necessário realizar tal comparação isso não significa que não existe forma de calcular o dano, como afirma alguma doutrina e jurisprudência. A verdade é a que vida da criança merece ser vivida e tutelada, porém existiu um comportamento ilícito, resultante da má-prática médica, sendo que a saúde desta criança merecia proteção⁶².

Acredito que é possível a comparação com algo que não viole a dignidade da pessoa humana, seguindo PAULO MOTA PINTO⁶³, a comparação deverá ser feita com um nascimento saudável, sendo que tal comparação não é de forma alguma discriminatória.

O comportamento ilícito do médico leva a que os pais não tenham conhecimento da condição de saúde da criança, sendo que dessa forma os mesmos não podem decidir sobre o que pretendem fazer, porém se o médico tivesse tido o comportamento correto, não existe a certeza de que os pais teriam escolhido realizar a IVG, sendo que isso é completamente irrelevante, não importa de forma alguma qual teria sido a decisão em

⁶⁰CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, Tomo IV, 5.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Lisboa, 2019, p.330.

⁶¹GONÇALVES, Diogo Costa, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois” In: *Revista de Direito Comercial, Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos*, *op. cit.*, p.386.

⁶²ARAÚJO, Marisa Almeida, “Ser ou Não Ser?” In: *Revista Direito Lusíada*, nº 16, Lisboa, 2016, p.127.

⁶³MOTA, Paulo Pinto, “Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida””, In: *20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 p.934.

concreto dos pais se tivessem todas as informações consigo.

O que devemos ter em conta é que os pais não estavam preparados para lidar com o nascimento de uma criança com tais problemas, dessa forma o dano que devemos comparar é o do nascimento de uma criança saudável com o nascimento daquela criança com deficiência, sendo esta a perspectiva também da criança. O que está em causa é o facto de a criança ter que viver uma vida com tal deficiência, onde os pais não tiveram uma escolha informada e consciente, os pais não tiveram oportunidade para analisar se possuíam todos os meios necessários para proporcionar a melhor vida possível àquela criança. Sendo que a melhor maneira de comparar, a preparação dos pais para aquele nascimento será comparar a vida deficiente da criança com uma vida normal.

JOÃO PIRES ROSA afirma que quando se olha para o dano sofrido o farol só pode ser a vida e não a não-vida, o contraponto terá que ser a existência com qualidade (saudável)⁶⁴.

A criança que nasce com tal deficiência vai passar por dores e sofrimento para toda a vida, a criança em princípio nunca terá autodeterminação, sendo assim evidente que temos bastantes condições para fazer a comparação com a vida de uma criança saudável, o que está em causa é o seu viver com deficiência.

A criança ao ser indemnizada por tal não vê a sua dignidade enquanto pessoa nem a intangibilidade da vida humana violadas, tal como uma pessoa que é devidamente ressarcida pelo motivo de outrem lhe causar alguma deficiência não se depara com a violação da sua dignidade, muito pelo contrário é esse direito fundamental que legitima e chega mesmo e exigir a existência de tal indemnização.

Um dos argumentos que se costuma utilizar para justificar a não atribuição de indemnização aos casos de *wrongful life* é o facto de assim existir a possibilidade de os filhos proporem ações contra os próprios pais por terem nascido. Sendo que

⁶⁴ ROSA, João Pires, “Não existência- um direito!” In: Revista Julgar, op. cit., p.49.

considero que esta consideração não faz qualquer sentido, uma vez que como já defendi *supra*, não existe qualquer direito à não existência, os pais podem decidir continuar com a gravidez de uma criança que nascerá com deficiência. O facto ilícito nunca foi compaginável com o nascimento, mas sim com o comportamento do médico que violou as *leges artis* não atuando conforme os deveres a que estava vinculado.

Considero, ao contrário de alguns autores, que não existe um dever parental de evitar o nascimento de uma criança que sofra de malformações. Tal como afirma CARNEIRO DA FRADA: “Na realidade, não existe no direito vigente qualquer dever de proceder ao aborto em benefício da criança deficiente. É certo que o aborto terapêutico não é punido. Mas não há nenhuma norma que o imponha ou prescreva”⁶⁵.

Existem alguns Tribunais que tendem a reconhecer a existência de um dever, a cargo dos pais, de abortarem fetos malformados sob pena de atuarem mediante negligência⁶⁶. Concordo com EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO quando afirma que não existe um dever de a mãe abortar uma criança com deficiência, uma vez que não faz sentido que o Estado coloque, num primeiro momento, a decisão de abortar na esfera livre de decisão da mulher para, mais tarde, a sancionar por ter decidido não abortar⁶⁷.

Compreendo assim que o dano em ambos os tipos de ação *wrongful birth* e *wrongful life* é o mesmo, sendo que a diferença se prende nos prejuízos concretos que devem ser indemnizáveis, sendo que em ambas as ações existirão danos

⁶⁵FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, vol. I, *op. cit.*

⁶⁶RAPOSO, 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, Imprensa da Universidade de Coimbra, n.º 21, Coimbra, 2010, p.63.

⁶⁷FIGUEIRO, Eduardo António da Silva, “Believe me, we have enough imperfection built-in already” In: Revista Julgar Online, maio de 2020, p.40.

patrimoniais e danos não patrimoniais.

Nas ações *wrongful birth* podemos verificar a existência de danos patrimoniais, como custos relacionados com a saúde (despesa de consultas, de medicamento, de tratamento etc.), despesas da educação, que serão acrescidas, e ainda todas as despesas extra que serão necessárias devido à criança padecer de deficiência. Já a nível moral temos os danos relacionados com a violação do direito de liberdade reprodutiva, violação do planeamento familiar e poderemos ainda falar dos danos psíquicos que os pais poderão sofrer ao perceberem que a sua criança nasceu com uma deficiência tão grave, quando estavam convictos, e com fundamento, que iriam ter uma criança completamente saudável.

Quanto às ações *wrongful life* temos também danos patrimoniais relacionados com os cuidados de saúde, (despesa de consultas, de medicamento, de tratamento etc.). Existindo também danos morais que se prendem com as dores, sofrimento e tristeza de ser diferente das outras crianças (se tiver consciente de tal), que deverão ser ressarcidos⁶⁸.

Analisando os danos que devem ser indemnizáveis em ambas as ações podemos observar que existe uma duplicação de danos, mais precisamente dos danos patrimoniais, uma vez que estarão em causa as mesmas despesas médicas, por exemplo.

Uma vez que estamos perante responsabilidade civil e não perante um mecanismo sancionatório, deveremos ter em causa que tais danos só poderão ser indemnizáveis uma única vez, sob pena de um enriquecimento sem causa dos demandantes.

Não existindo qualquer prevalência de uma ação sobre a outra o que deverá ser tido em conta é que tais danos só podem ser indemnizáveis uma única vez, porém tal análise não levará certamente à descredibilização de ambas as ações por existirem

⁶⁸ARAÚJO, Fernando, A procriação assistida e o problema da santidade da vida, Alameda, Coimbra, 1999, pp.84 e ss.

danos coincidentes.

Concebo que fará todo o sentido a partir do momento em que estas ações estiverem consolidadas na nossa jurisprudência, a criação de mecanismos para impossibilitar duplicações de indemnizações, existindo uma divisão correta da indemnização dos danos. Sendo ainda importante arranjar mecanismo que garantam que tais valores serão consignados para tais danos, possibilitando os pais de utilizar tal montante para outras coisas não relacionadas com o dano que motivou tal indemnização ou que tais valores possam ser reclamados por credores dos pais, por exemplo.

Considero, ao contrário de MARTA NUNES VICENTE⁶⁹, que o montante não deverá variar de acordo com a certeza que exista sobre o comportamento da mãe, caso soubesse anteriormente das deficiências da criança.

Não sendo também, para mim, necessário fazer como os Tribunais alemães, aquando a falta de informação sobre o comportamento da mãe. Os mesmos fazem funcionar a favor do credor da informação a presunção de que se teria comportando de forma adequada tendo em conta o conteúdo da informação, ou seja, os pais teriam optado pelo aborto, caso soubessem da malformação da criança.

Concordo assim com VERA LÚCIA RAPOSO quando afirma que “temos dúvidas de que o sucesso desta reivindicação exija que se faça prova de que os pais teriam abortado caso tivessem sido devidamente informados”⁷⁰, uma vez que o dano se prende com o nascimento de uma criança com deficiência, pela violação da autodeterminação reprodutiva e do direito ao planeamento familiar da mãe.

⁶⁹ VICENTE, Marta de Sousa Nunes, “Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência perruche”, In: *Lex Medicinæ, op. cit.*, pp.122-123.

⁷⁰RAPOSO, 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*, Imprensa da Universidade de Coimbra, *op. cit.*, p.65.

5.5. O NEXO DE CAUSALIDADE

O regime da responsabilidade civil estabelece a obrigação de indemnização como sanção para o comportamento ilícito e culposo do agente, no entanto tal indemnização é resultante de danos que serão o resultado de uma violação, o que implica que esse comportamento terá de ser causa dos danos sofridos, sendo assim necessário existir um nexo de causalidade entre o facto e o dano⁷¹. Ou seja, o autor do facto só estará obrigado a reparar os danos que não se teriam verificado sem o facto em causa.

Caso o comportamento do médico criasse diretamente a deficiência da criança, seria fácil estabelecer o nexo de causalidade, porém nós estamos perante situações em que a criança iria sempre possuir tal deficiência independentemente de qual tenha sido o comportamento do médico, uma vez que estas crianças possuem anomalias genéticas. Dessa forma, será preciso ter alguma prudência na forma de verificar o preenchimento de tal requisito.

Alguns autores consideram que a sempre que o médico não provocou a anomalia, pois a mesma é derivada dos pais, ou tendo outra causa, o nexo de causalidade não está preenchido e seria injusto responsabilizar o médico por tais deficiências. Segundo CARNEIRO DA FRADA nenhum médico pode ser responsabilizado por uma deficiência se a conduta que teria poupado a criança da deficiência fosse causar-lhe a sua morte⁷².

Porém, importa ter em conta e como já invocámos ao longo do presente trabalho, que o dano neste tipo de ações não é a vida, mas sim o nascimento com deficiência do filho, sendo que o mesmo surgiu de uma opção da mãe não exercer a IVG, uma vez que tal opção lhe foi coartada, violando assim o seu

⁷¹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, *op. cit.*, pp.309-310.

⁷² FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, vol. I, *op. cit.*.

direito de autodeterminação reprodutiva e ao seu direito ao planeamento familiar. Analisando estes elementos conseguimos estabelecer o devidonexo de causalidade. O comportamento do médico desencadeou todos os danos que se verificaram posteriormente.

Existem ainda autores que apesar de considerarem que neste tipo de ações poderemos estabelecer o nexode causalidade, consideram que caso não se prove que a mãe iria realizar a IVG o nexoda causalidade não poderá ser estabelecido (teoria da conduta lícita alternativa). Sendo que tal análise poderá ser feita com base nos comportamentos anteriores da mãe, analisando se a mãe já realizou abortos anteriores, ou caso tenha afirmado que tal seria a sua vontade se existisse alguma malformação da criança no diagnóstico pré-natal, porém como se percebe tal análise será extremamente difícil. Concordo com DANIELLA ALOISE BORGES quando afirma que: “Nada disso comprova que ela efetivamente efetuaria o aborto, são apenas conjecturas de sua posição. Qualquer comportamento prévio tomado não implica que naquele determinado momento tomaria a mesma decisão”⁷³.

SILVIA VILAR GONZÁLEZ afirma que para o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil será necessário que a mãe tivesse abortado, no caso de saber das condições da criança, mas para demonstração de tal bastará que a mulher declare a posteriori que, se tivesse podido, teria optado por interromper voluntariamente a gravidez⁷⁴.

Creio que tal pensamento não poderá ser seguido, o facto de a mãe, caso soubesse da deficiência da criança tivesse

⁷³BORGES, Daniella Aloise, “A ação de wrongful birth em Portugal: panorama geral da responsabilidade civil pela “vida indevida”, In: Revista Escola da Magistratura regional federal 2.ª Região, Vol. 25 n.º 1, Novembro 2016/Abril 2017, p.102.

⁷⁴GONZÁLEZ, Silvia Vilar, “responsabilidade civil médica derivada de las acciones por “wrongful birth” o “wrongful life””, In: Cadernos da Lex Medicinæ - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades nos 30 anos do centro de direito biomédico, Vol. II, n.º 4, Instituto Jurídico- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p.460.

vontade ou não realizar a IVG é completamente indiferente para o preenchimento de tal requisito da responsabilidade civil. Não é a vontade da mãe que irá ou não atribuir uma relação causal entre o facto lesivo e o dano.

A decisão da mãe caso soubesse do estado de saúde da criança não é determinante para atribuição da indemnização, uma vez que o dano não reside no impedimento de abortar, mas sim na anulação da liberdade da mãe tomar uma decisão informada, independentemente de qual a decisão que a mesma iria tomar.

Quanto ao dano a indemnizar, seguimos VERA LÚCIA RAPOSO e consideramos que não poderá ser só o dano da auto-determinação reprodutiva que deve ser indemnizado, mas sim todos os danos sequencias a este, nomeadamente o nascimento com deficiência que acarreta danos patrimoniais e morais, pois qualquer dano dos sequenciais ao nascimento é ainda uma consequência do nascimento. Logo têm a mesma causa, sendo objectivamente imputáveis à conduta do médico⁷⁵.

Considero que devemos verificar que uma determinada ação pode produzir um dano não apenas de forma direta, mas também de forma indirecta.

Sendo assim nas ações *wrongful birth* conseguimos estabelecer o nexo de causalidade, existindo danos directos e danos sequências.

Nas ações *wrongful life* também é possível estabelecer o nexo de causalidade, defendendo a existência da terceira via da responsabilidade civil, mais propriamente o contrato com eficácia para proteção de terceiros alarga-se assim o escopo do contrato de prestação de serviços, abrangendo este a criança, levando a que o requisito do nexo de causalidade se encontre também preenchido.

⁷⁵RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)”, In: Revista do Ministério Público, nº 132, Outubro-Dezembro, Lisboa, 2012, p.90.

Existe assim nexo de causalidade nas ações *wrongful life*, se o médico tivesse procedido da forma correta existiria a hipótese de um consentimento informado podendo ter evitado tal nascimento com aquele dano (nascimento com deficiência). Apesar de se achar um nexo indireto, uma vez que a malformação sempre existiria, esta deficiência era apenas um dano potencial que se consubstancia com o comportamento médico.

Podemos concluir que em ambas as ações o nexo de causalidade se estabelece da mesma forma, sendo que o mesmo se estabelece entre a conduta médica errata e o nascimento de uma vida com malformações, nesses termos não existe quanto a este requisito qualquer tipo de diferença entre os dois tipos de ações.

Importa ter em conta que em ambas as ações os autores em momento algum podem alegar que foi a conduta do médico que produziu tais deficiências à criança, apenas que o comportamento do médico possibilitou o nascimento, com redução drástica da qualidade de vida e encargos financeiros acrescidos e permanentes.

Importa lembrar que este era o último requisito da responsabilidade civil que nos faltava verificar o seu preenchimento e como acabamos de verificar tal requisito também se encontra preenchido nos dois tipos de ações.

6. REFLEXÃO FINAL

Um outro problema que se levanta nesta matéria é relativamente à legitimidade para a interposição destas ações.

A maioria da doutrina tem entendido que o pai também deverá figurar como autor, acredito que o pai dentro dos prejuízos que sofre terá legitimidade para a interposição da ação, nomeadamente relativamente ao sofrimento e angústia por ter um filho nessas condições e relativamente as despesas relacionadas com a educação e tratamento do filho entre outras despesas.

Segundo VERA LÚCIA RAPOSO apesar de existir uma

legitimidade paterna ativa o montante da respetiva indemnização deverá ser menor, do que o da mãe, uma vez que existe um conjunto de danos que o pai não poderá reclamar, nomeadamente a violação à autodeterminação reprodutiva⁷⁶.

Tenho a convicção que existe fundamento suficiente para que os pais e as crianças que sofram destas condutas sejam devidamente indemnizadas pelo médico ou clínica de onde tenha derivado o facto ilícito.

A nossa Constituição da República no seu artigo 71.º proclama pela integração dos cidadãos com deficiência, o que faz através, nomeadamente, da Segurança Social. Nunca negando a sua grande importância, estes casos não poderão ficar limitados apenas a estes métodos de apoio concedidos pela Segurança Social.

Concordo com ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA quando defende que: “A existência da medicina pré-natal acarreta que o jurista tenha que saber adaptar os institutos jurídicos à realidade e não pode – em nome de um conceptualismo puramente formal – ficar agarrado a ideias fechadas dos pressupostos da responsabilidade civil”⁷⁷.

Dessa forma não poderei de todo concordar com DIOGO COSTA GONÇALVES quando afirma que: “a Ciência do Direito não é uma jurisprudência das emoções, nem o intérprete-aplicador um justiceiro benemérito. Reconhecendo-se a nobreza das intenções, não é possível dar respaldo científico a decisões em que a responsabilidade civil se substitui à previdência do Estado social, ou se procura a «socialização» de um infortúnio, ultrapassando uma decisão da comunidade política”⁷⁸.

⁷⁶RAPOSO, Vera Lúcia, “Processos judiciais indevidos? (Há espaço para indemnização nas ações de *wrongful birth* e de *wrong life* contra profissionais de saúde?), In: Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, *op. cit.*, p.113.

⁷⁷PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Dissertação, *op. cit.*, p.240.

⁷⁸GONÇALVES, Diogo Costa, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois” In: Revista de Direito Comercial, Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit.*, p.382.

Aos poucos a jurisprudência vai começando a atribuir a devida indemnização nos casos de *wrongful birth*, até mesmo em Portugal. Porém, poucos são os casos no mundo em que os Tribunais atribuíram uma indemnização quando o autor da ação é a própria criança com malformações (ações *wrongful life*), em Portugal tal nunca aconteceu.

Deixo como reflexão final o facto de que a pessoa que mais irá sofrer nestes casos irá ser a criança, dessa forma esta deverá ser sempre tutelada através do recebimento do montante indemnizatório que lhe é devido.



7. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro”, In: *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Coimbra, 1972
- ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Almedina, Coimbra, 1999
- ARAÚJO, Marisa Almeida, “Ser ou Não Ser?” In: *Revista Direito Lusíada*, n.º 16, Lisboa, 2016
- ANDRADE, Carlos Ferreira de, *Contratos II*, 3.ª edição, Almedina, Lisboa, 2012
- ANDREADE, Joana Sampaio de, *O estatuto da criança e a indemnização das ações de “vida indevida”*, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2019
- BORGES, Daniella Aloise, “A ação de *wrongful birth* em Portugal: panorama geral da responsabilidade civil pela “vida indevida””, In: *Revista Escola da Magistratura regional federal 2.ª Região*, Vol. 25 n.º 1, Novembro

2016/Abril 2017

- CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas, Tomo IV, 5.^a Edição Revista e Atualizada, Almedina, Lisboa, 2019
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 12.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009
- FIGUEIRO, Eduardo António da Silva, “Believe me, we have enough imperfection built-in already” In: Revista Julgar Online, maio de 2020
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, vol. I, 2008, Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/manuel-carneiro-da-frada-a-propria-vida-como-dano/>
- GONÇALVES, Diogo Costa, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois” In: Revista de Direito Comercial, Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, Lisboa, 2020
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful Birth Wrongful Life* – O conceito de dano em responsabilidade civil, Quid Juris, Lisboa, 2014
- GONZÁLEZ, Silvia Vilar, “responsabilidade civil médica derivada de las acciones por “wrongful birth” o “wrongful life””, In: Cadernos da Lex Medicinæ - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades nos 30 anos do centro de direito biomédico, Vol. II, n.º 4, Instituto Jurídico- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, vol. I, 11.^a Edição, Almedina, Lisboa, 2014
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “O dano da vida”, In: Cadernos de Direito Privado n.º 2 – Especial, dezembro de 2012, CEJUR, 2012
- MARQUES, Luís Miguel Borges Monteiro Neiva, A Nascer por

- Engano: As *Wrongful Life Actions* e o Regime da Responsabilidade Civil Português, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Porto, 2019
- MARTINS, Marco Aurélio Gonçalves, Responsabilidade Civil por Atos e Omissões Médicas em Vida Pré-Natal, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade do Minho, Faculdade de Direito, Minho, 2012
- MOTA, Paulo Pinto, “Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida””, In: 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- NETO, Eugênio Facchini, “A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado”, In: Revista Ajuris, n.º 127, vol. 39, Rio Grande do Sul, 2012
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Dissertação submetida para a obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2012
- PINTO, Luís Guimarães, “Ações wrongful birth e wrongful life uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil” In: Revista Direito Lusíada, n.º 12, Lisboa, 2014
- 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, Imprensa da Universidade de Coimbra, n.º 21, Coimbra, 2010
- 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, Lisboa, 2012
- RAPOSO, Vera Lúcia, “Processos judiciais indevidos? (Há

- espaço para indemnização nas ações de wrongful birth e de wrong life contra profissionais de saúde?), In: Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, Edição: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2014
- ROCHA, Paula Natércia, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação” In: Revista Julgar Online, novembro de 2018
- ROSA, João Pires, “Não existência- um direito!” In: Revista Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da Sara, “Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência”, In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 3, n.º 2, Lisboa, 2017
- SILVA, Vesta, “Lost choices and eugenic dreams: wrongful birth lawsuits in popular new narratives”, In: Communication and Critical/Cultural Studies, n.º 8, vol. 1, 2011
- SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana”, In: Revista de Estudos Politécnicos, Vol. VIII, n.º 13, 2010
- SOUSA, Miguel Teixeira de, “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, In: Direito da Saúde e da Bioética, Edição AAFDL, Lisboa, 1996
- VICENTE, Marta de Sousa Nunes, “Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência perruche”, In: Lex Medicinæ, ano 6, n.º 11, 2009