



## DOS CONTORNOS DAS *WRONGFUL ACTIONS* À SUA APLICAÇÃO NA ATUALIDADE

Rafaela do Vale Noivo<sup>1</sup>

Resumo: Apesar do avanço dos tempos e conseqüente desenvolvimento da medicina, ainda somos confrontados com o nascimento de bebês com deficiências que não foram detetadas durante a gravidez. Esta realidade acarreta danos patrimoniais e não patrimoniais, discutindo-se se os mesmos apenas podem ser repercutidos na esfera dos progenitores ou se, por sua vez, as crianças que nasceram com uma deficiência também poderão ser abrangidas por alguma indemnização. Este tema pretende abordar que tipos de ações podem ser intentadas com o objetivo de agir contra o profissional de saúde e/ou laboratório que não detetou a malformação do feto quando estaria habilitado para o fazer. Como base a toda esta discussão, temos ainda a figura do consentimento informado que assume particular relevância em sede de diagnóstico pré-natal. Como se verá, as *wrongful actions* constituem um tema complexo e que levanta questões de muitas ordens diferentes, não existindo ainda uma resposta satisfatória

---

<sup>1</sup> Advogada. Licenciada e Mestre em Direito na Especialidade de Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduada em Direito Penal da Empresa. Pós-Graduada em Direito e Medicina – Novos e Velhos Problemas. Pós-Graduada em Law Enforcement, Compliance e Direito Penal nas Atividades Bancária, Financeira e Económica. Especializada em Ciências Forenses, Investigação Criminal e Comportamento Desviante.

e unânime para todas elas.

**Palavras-Chave:** wrongful actions; wrongful birth; wrongful life; consentimento informado; responsabilidade civil do médico; direito à não existência; Nicholas Perruche; Kelly Molenaar.

**Abstract:** Despite the advance of time and the consequent development of medicine, we are still confronted with the birth of babies with disabilities that were not detected during pregnancy. This reality leads to patrimonial and non-patrimonial damages and it is debatable whether these damages can only be passed on to the parents legal sphere or whether, in turn, children born with a disability can also be covered by some compensation. This article aims to address what types of actions can be brought up against the health professional and/or laboratory that failed to detect the malformation of the fetus when they were qualified to do so. As a basis for all this discussion we are also considering the figure of informed consent, which is particularly relevant in prenatal diagnosis. As we will see, wrongful actions are a complex issue that raises many different questions, and there is still no satisfactory and unanimous answer to all of them.

**Keywords:** wrongful actions; wrongful birth; wrongful life; informed consent; doctor's liability; right to non-existence; Nicholas Perruche; Kelly Molenaar.

**Sumário:** Introdução. Capítulo I – A relevância do consentimento informado. 1. A manifestação de vontade em momento prévio ao ato. 2. Capacidade. 3. Informação. 4. Extensão da informação. 5. Relação com DPN. Capítulo II – As *Wrongful Actions*. 1. *Wrongful Birth*. 1.1. Conceito. 1.2. As questões em torno dos pressupostos da responsabilidade civil do médico. 1.2.1. A ilicitude e a culpa. 1.2.2. O dano. 1.2.3. O nexo de

causalidade. 1.2.4. O caminho jurisprudencial. 2. *Wrongful Life*. 2.1. Conceito. 2.2. A linha de argumentação. 2.2.1. Os danos e o «direito à não existência». 2.2.2. Nexo de causalidade. 2.3. Jurisprudência central: *Arrêt Perruche*, *Baby Kelly* e o Acórdão do STJ. 2.3.1. Nicolas Perruche. 2.3.2. Kelly Molenaar. 2.3.3. O Acórdão do STJ. Conclusão. Índice Bibliográfico. Índice de Webgrafia.

## INTRODUÇÃO



alar de medicina implica reconhecer uma constante dependência de evolução, seja no que diz respeito às técnicas subjacentes à atividade dos profissionais de saúde, seja quanto ao surgimento de novos aparelhos de intervenção.

No entanto, não poderá ser colocada de parte a complexidade e dificuldade que se encontra presente e que se deve, em parte, à conjugação de todas as características que compõem uma equipa médica, mas também à necessidade de constante atualização em termos de conhecimento pessoal e tecnológico.

Se é certo que o desenvolvimento na área da medicina resulta, sem dúvida, na obtenção de diagnósticos cada vez mais eficazes e fiáveis, também é igualmente verdade que isto implica uma relação de confiança mais sólida criada pelo paciente e que incide sobre o profissional de saúde e o crescimento da responsabilidade que recai sobre este último.

O que dizer dos casos em que é efetuado um diagnóstico que depois se vem a verificar não corresponder, minimamente, à realidade? Em termos mais concretos, o que sucederá nos casos em que uma mulher grávida – depois de o profissional de saúde lhe assegurar que o seu bebé está saudável – se depara com uma criança com malformações? Sendo o aborto fetopático admitido, mas agora temporalmente frustrado, o que deverá ocorrer? Assistirá algum direito aos progenitores? Se sim, que

danos é que podem ser alegados e ressarcidos? E quanto ao médico? Poderá este ser responsabilizado por prestar uma informação que se veio a verificar ser falsa? Será que descobrir qual teria sido a vontade da mãe, caso soubesse que o bebé não era saudável, é relevante para determinar a eventual responsabilidade médica? Já no que diz respeito a esta criança, poderá a mesma ser protegida pelos danos que sofre? Que danos são estes? Poderá intentar alguma ação para obter ressarcimento pelos mesmos? Deverá admitir-se um direito à não existência a esta criança deficiente? Haverá nexos de causalidade entre a conduta do médico e os danos que são alegados?

Estas são apenas algumas das muitas questões que surgem associadas ao tema das *wrongful actions*, o qual será explicado no presente trabalho. Apesar de não se tratar de um assunto recente, continua a inexistir uniformidade doutrinária e jurisprudencial, mantendo-se a discussão acesa e a justificar a atenção que é atribuída. Há perguntas que continuam a precisar de respostas e esclarecimentos que necessitam de ser efetuados. Além disso, trata-se de um tema atual, existindo cada vez mais ações a chegar aos tribunais, imperando por uma decisão justa e que tenha em conta a realidade das coisas, deixando-se de lado considerações que já não se adequam à nossa sociedade.

Não se procurará – nem o poderíamos fazer – tocar detalhadamente em todas as questões pertinentes e que se apresentam como entrelaçadas com o tema base. Mas será feita uma abordagem direta ao que maioritariamente se tem discutido, fornecendo a nossa opinião crítica sobre o assunto. Assim, questões igualmente pertinentes como, por exemplo, a (im)possibilidade de os filhos intentarem uma ação contra os pais na sequência de uma *wrongful life action*, serão deixadas de parte.

Deste modo, iniciar-se-á a análise por meio da consideração da figura do consentimento informado – a qual é de elevada relevância no universo da medicina e que não é exceção no âmbito das *wrongful actions* – relacionando-se com a sua

aplicação concreta no diagnóstico pré-natal. Aqui terá especial relevo o requisito da informação enquanto pressuposto base de toda a atividade médica.

Seguidamente, passaremos para a análise das *wrongful birth* e *wrongful life actions*, mostrando as diferenças existentes entre estas, os elevados problemas que lhes permanecem associados e quais, na nossa opinião, deveriam ser as decisões aplicadas para cada um deles. Será dada importância elevada aos requisitos do dano e nexo de causalidade, os quais assumem uma dimensão muito específica neste contexto.

Não será descurada uma enunciação e exame da jurisprudência relacionada, seja a nível nacional ou internacional, expressando também o nosso entendimento quando assim se justificar.

Acima de tudo, importa salientar que o objetivo não é trazer à colação discussões morais e religiosas. Ainda que esta matéria se encontre intrinsecamente relacionado com outras áreas da vida, procurar-se-á manter o foco na análise jurídica do tema. Assim sendo, nenhuma consideração será feita quanto à discussão em torno do aborto em si mesmo, isto é, não nos interessa aqui saber se o aborto deverá continuar a ser possível nos termos do artigo 142.º do CP ou não. Apenas será relevante ter em mente que nos casos que se irão discutir, o aborto é uma possibilidade, independentemente da nossa opinião – jurídica, moral ou religiosa – sobre o assunto.

## CAPÍTULO I – A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Não se poderão entender verdadeiramente os problemas associados às *wrongful actions* sem se abordar os requisitos para a verificação do consentimento informado – com especial enfoque na informação – e as implicações que o mesmo tem em sede de diagnóstico pré-natal.

A atividade médica é envolta na exigência de consentimento do paciente para a prática de uma eventual intervenção. Este consentimento só é prescindido em raras situações<sup>2</sup>, sendo que a sua desconsideração, quando devido, acarreta a responsabilidade médica, nos termos do artigo 156.º do CP.

No entanto, nem todo o consentimento é tido como válido, resultando tal conclusão do teor do artigo 157.º do CP, segundo o qual “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido *sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*”.<sup>3</sup>

Este artigo, por si só, não resolve muitas das problemáticas associadas ao consentimento informado. Mas comecemos por enunciar quais os pressupostos que têm de estar preenchidos para que o consentimento seja considerado válido, os quais se direcionam à manifestação de vontade prévia (a qual deve ser séria, livre e esclarecida), capacidade e informação.

## 1. A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EM MOMENTO PRÉVIO AO ATO

Como é fácil de compreender, o consentimento do paciente para um determinado ato médico terá de ser prestado em momento anterior à sua realização. Caso contrário, estaríamos perante uma inutilidade de tal manifestação de vontade.

Este requisito não comporta discussões, sendo que a doutrina tem assumido uma posição concordante.

Além da vontade prévia, é necessário que esta seja séria,

---

<sup>2</sup> Como por exemplo, num contexto de privilégio terapêutico, situações de urgência e renúncia do doente à informação.

<sup>3</sup> Sublinhado nosso.

livre e esclarecida. Isto significa que – relativamente à seriedade – é imperativo que a vontade do paciente seja certa, não podendo ser tomada por impulso e sem qualquer ponderação. Ao invés, o paciente tem de estar convicto de que quer tomar determinada decisão. Já no que diz respeito à liberdade, importa mencionar que o paciente deve exprimir a sua vontade sem se encontrar numa situação de erro ou vício que tolde a sua escolha. Em último lugar, não poderá o paciente decidir sem estar devidamente esclarecido quanto ao que poderá resultar da sua resolução, sendo que para isso é imprescindível que lhe seja prestada a informação necessária.

## 2. CAPACIDADE

A par do que se deixou exposto relativamente às características da manifestação de vontade do paciente, é essencial mencionar que o consentimento só é tido como válido se for prestado por quem tenha capacidade para o efeito.

Atendendo ao facto de que a atividade médica colide, diretamente, com a saúde do paciente e, em muitos casos, com a vida, é compreensível que as decisões não possam ser tomadas por todo e qualquer paciente. Além disso, não nos podemos esquecer que muita da informação que é transmitida pelo médico é complexa e extremamente importante, pelo que é necessário que o destinatário tenha capacidade de a compreender.

Assim, em termos de capacidade, é de considerar o explanado no artigo 38.º do CP, segundo o qual “*O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”.

## 3. INFORMAÇÃO

Sem desprimitos aos requisitos anteriormente

mencionados, temos como fundamental o pressuposto da informação. Este é o que está na base de muitas das questões que nascem no âmbito da responsabilidade médica e, com especial incidência, no tema das *wrongful actions*.

Efetivamente, o consentimento do paciente só poderá ser considerado válido se este tiver ao seu dispor a informação necessária para tomar uma decisão. E é precisamente aqui que começam a surgir as interrogações: que tipo de informação é que o profissional de saúde tem de prestar ao paciente? Deverá exigir-se uma transmissão de informação até à exaustão? Deverá este requisito funcionar apenas na direção médico-paciente ou será que o paciente também está sujeito a informar o médico sobre determinados fatores?

Convém deixar claro que a informação deverá ser tida como de dupla direção. É certo que o profissional de saúde está obrigado a informar o paciente sobre os contornos de determinado ato médico, tendo o paciente o direito a obter essa informação. No entanto, não é menos verdade que é exigido que o doente partilhe com o médico certos fatores que podem influenciar não só no diagnóstico, mas também no próprio tratamento ou intervenção de que este poderá necessitar.<sup>4</sup>

Quanto ao tipo de informação que deverá ser transmitida pelo profissional de saúde, é facilmente compreensível que apenas um paciente devidamente informado poderá tomar uma decisão ponderada e consciente sobre determinada atuação médica. Assim, é significativo que este tenha acesso a diversos temas que irão permitir concluir que a sua decisão foi informada, sendo estes, essencialmente: em que consiste o ato médico e quais os riscos e benefícios que lhe estão associados.

---

<sup>4</sup> Como refere VERA LÚCIA RAPOSO, não poderemos falar de responsabilidade do médico se “o exame exigível não foi realizado porque os progenitores não transmitiram ao médico as informações que justificariam a sua realização”, RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)*, in Revista do Ministério Público, Ano 33, n.º 132, (Outubro-Dezembro 2012), p. 86.



Ora, a ausência de prestação de informação por parte do médico ou, pelo menos, a incompletude da mesma, acarreta a sua responsabilidade caso o paciente venha a sofrer um dano e exista nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a conduta do profissional de saúde. Isto é de elevada relevância dado que se existir uma falha no nível de informação transmitida, o paciente nunca poderá tomar uma decisão informada inexistindo, em consequência, consentimento informado para o ato médico, recaiando esta atuação no âmbito do artigo 157.º do CP.

Além do mais, é precisamente com a concretização desta informação e consentimento informado que o médico poderá ver a sua responsabilidade excluída caso ocorra algum dano no ato médico concreto. De facto, como menciona ANDRÉ DIAS PEREIRA “*só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo deverão ser suportados pelo médico*”.<sup>5</sup>

#### 4. EXTENSÃO DA INFORMAÇÃO

Isto leva-nos à consideração da terceira questão que deixámos pendente: qual a medida de informação que o profissional de saúde tem de transmitir ao paciente? A resposta a esta questão é de extrema pertinência. Como vimos anteriormente, o paciente apenas poderá tomar uma decisão ponderada depois de ter disponível toda a informação sobre o ato médico. Só com a passagem de informação é que o médico terá cumprido as obrigações a que está adstrito e verá a sua responsabilidade excluída.

Ainda assim, a doutrina tem discutido qual a extensão da informação que deverá ser prestada ao paciente, sendo possível diferenciar entre a doutrina tradicional e a doutrina mais recente. De acordo com a primeira, deverá ocorrer uma limitação da

---

<sup>5</sup> PEREIRA, André Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, p. 439.

informação a ser comunicada, dirigindo-se “à obrigação de comunicar ao paciente os riscos “normais e previsíveis”, ou “a prever razoavelmente”, excluindo, desse modo o dever de informar dos riscos graves, particulares, hipotéticos ou normais”.<sup>6</sup> Por outro lado, segundo a doutrina mais recente, devem ser objeto de informação “os riscos “significativos”, isto é, aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto”.<sup>7</sup>

Cumpra decidir: somos da opinião de que não será passível de exigência que o profissional de saúde informe o paciente de todos os mínimos detalhes relacionados com o respetivo ato médico. Isto faria incidir sobre o médico um ónus de difícil cumprimento, principalmente porque nenhum paciente compreende e recebe as informações da mesma forma. No entanto, também assumimos que este requisito da informação é imprescindível para um consentimento válido e afastamento da responsabilidade do médico.

Assim, tendemos a concordar com a doutrina que afirma que o nível de informação irá depender de caso para caso, tendo em consideração o paciente e a sua capacidade de entendimento. Isto significa que o médico terá de ponderar casuisticamente se o paciente consegue entender o que lhe está a ser transmitido. Conforme refere ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, “incumbe ao médico um esclarecimento adequado e proporcionado, tendo em atenção a personalidade e o grau de diferenciação intelectual e cultural do doente – isto sugere uma experiência diferenciada do esclarecimento tanto no que toca ao conteúdo como à forma”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 443.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente*, in Revista do CEJ, n.º 16 (Julho-Dezembro 2011), pp. 29 e ss.

Porém, e em qualquer situação, a informação terá de ser facultada de forma simples e compreensível, possibilitando assim que o seu destinatário a compreenda independentemente do que vier a ser considerado como núcleo de informação a transmitir.

## 5. RELAÇÃO COM DPN

Esgotadas as considerações iniciais sobre a relevância do consentimento informado e os pressupostos que o compõem, impera relacionar o *supra* exposto com a área do diagnóstico pré-natal e as *wrongful actions*.

Seguindo a definição de RUI NUNES, “*O DPN é uma técnica utilizada para detetar, dentro do útero materno, embriões ou fetos portadores de anomalias, seja a reprodução feita mediante técnicas de procriação medicamente assistida ou por meio de relação sexual. São diversos os exames que permitem a deteção de defeitos congénitos ou de doenças genéticas durante a gravidez (...)*”.<sup>9</sup>

Como se poderá facilmente depreender, o diagnóstico pré-natal é de grande pertinência para os progenitores, dado que por meio de diversos exames podem perceber se o embrião ou feto padece de anomalias. Porém, estes exames assumem diversos riscos, motivo pelo qual deverá existir consentimento para a realização dos mesmos, seguindo-se as regras enunciadas nos pontos anteriores.

Desta forma, é imprescindível que o profissional de saúde preste informações quanto a determinados pontos fulcrais. Nas palavras de LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO, “*Importará, outrossim, justificar o alcance diagnóstico do exame em questão, indicando a sua concreta finalidade, a eventualidade*

---

<sup>9</sup> NUNES, Rui, *O diagnóstico pré-natal da doença genética*, in: *Genética e reprodução humana*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 83-99 (Coletânea Bioética Hoje, 1) *Apud* BORGES, Daniella Aloise, *Wrongful birth action e o dever de informar*, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, p. 157.

*de ocorrência de efeitos secundários e limitações na qualidade de vida da grávida. Será, igualmente, fundamental informá-la dos benefícios e riscos do respetivo acto médico. (...) Por outro lado, será crucial informar a grávida dos possíveis resultados do exame de diagnóstico e, neste passo, das opções existentes que, em face dos mesmos, poderão ser remetidas à sua reflexão e decisão”*<sup>10</sup>

Apesar de os exames terem elevada utilidade e importância no diagnóstico pré-natal, não poderemos esquecer que existem riscos associados. A título de exemplo, podemos referir a amniocentese, a qual visa determinar anomalias cromossômáticas. Porém, face ao seu modo de realização, pode dar origem ao aborto, à “*rotura prematura de membranas*” e a uma “*infecção do saco gestacional (corioamniotite)*”.<sup>11,12</sup> Como tal, estará na disponibilidade da grávida recusar a realização de exames de diagnóstico pré-natal.

No entanto, quando a grávida opta pela realização dos exames, tem-se como subjacente uma relação de confiança estabelecida com o médico que a acompanha, bem como na fiabilidade do próprio exame.<sup>13</sup> Esta circunstância deriva do avanço da

---

<sup>10</sup> MANSO, Luís Duarte Baptista, *O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16 (2011), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 144 e 145.

<sup>11</sup> Informação disponível em <https://www.hospitaldaluz.pt/pt/guia-de-saude/dicionario-de-saude/amniocentese-o-que-e> (última vez consultada a 06.10.2021).

<sup>12</sup> Também, de acordo com LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO, com a realização destes exames existe “*a possibilidade de subsequente perda fetal ou parto prematuro*”, MANSO, Luís Duarte Baptista, *O dever de esclarecimento (...)*, p. 145.

<sup>13</sup> Como refere o Ac. do STJ de 12.03.2015 (Processo n.º 1212/08.4TBCL.G2.S1): “*(...) os chamados diagnósticos pré-natais são exames que se destinam a detetar anomalias fetais, durante a gestação, assumindo várias finalidades, nomeadamente, a de tranquilizar ou preparar os progenitores acerca da saúde do feto, permitir, quando possível, o tratamento do feto, indicar o modo mais adequado para a realização do parto, determinar o tratamento a ser dirigido ao recém-nascido e, nos países onde o aborto é permitido, o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita ainda o exercício do direito à interrupção voluntária da gravidez*”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (última vez consultado em 21.10.2021).

medicina e desenvolvimento tecnológico, os quais possibilitam cada vez mais rigor na obtenção de resultados<sup>14</sup>.

O desfecho irá ter um elevado peso na vida da grávida. Efetivamente, caso o médico informe a paciente de que, de acordo com a sua análise do exame, o feto é portador de malformações, terá de existir um período de ponderação para que a grávida tome uma decisão quanto ao eventual prosseguimento da gravidez.

Nestes termos, assume distinto interesse o mencionado no artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do CP, segundo o qual “*1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo*”.

É neste ponto que tudo se relaciona. Todos os requisitos – com especial relevo para a informação – têm de se preencher para que a paciente possa tomar uma decisão ponderada e consciente quanto à realização do procedimento. Só assim se poderá falar em consentimento válido e informado.

O mesmo se aplica quanto à decisão que a paciente tomará depois de ter recebido os resultados do exame. Isto significa que poderá estar na disponibilidade da doente continuar, ou não, com a gravidez.

---

<sup>14</sup> A importância do que é transmitido pelo profissional de saúde e o impacto que isso tem na progenitora fica bem evidente no seguinte excerto do Ac. do STJ de 17.01.2013 (Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1): “*A conduta dos Réus ao fornecerem à Autora uma «falsa» representação da realidade fetal, através dos resultados dos exames ecográficos que lhe foram feitos, contribuíram e foram decisivos para que a mesma, de forma descansada e segura, pensando que tudo corria dentro da normalidade, levasse a sua gravidez até ao termo*”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (última vez consultado em 21.10.2021).

Como tal, podemos dividir esta sequência em vários momentos: 1) garantia de que o profissional de saúde transmite toda a informação necessária à paciente para que esta compreenda o que envolve a realização de um procedimento de diagnóstico pré-natal; 2) ponderação e posterior decisão da paciente quanto à realização do(s) referido(s) exame(s); 3) caso o(s) exame(s) venha(m) a ter lugar, seguir-se-á uma análise, por parte do profissional de saúde, dos respetivos resultados; 4) transmissão à paciente dos resultados obtidos<sup>15</sup>; 5) ponderação e decisão da mesma – face aos resultados que lhe foram comunicados – quanto ao caminho que pretende dar à gravidez.

É assim evidente o destaque que a informação tem no campo da medicina justificando-se, por isso, que exista responsabilidade caso os pacientes não sejam devidamente informados – tanto a nível de completude da informação, como de veracidade da mesma.<sup>16</sup>

Porém, como se deixou exposto, a interrupção voluntária da gravidez com base na suposta ocorrência de uma doença grave ou malformação congénita apenas poderá ocorrer nas primeiras 24 semanas de gravidez.

Sendo assim, o que dizer quando a informação que o profissional de saúde transmite à paciente não é completa? Ou, noutro cenário, quando esta informação nem sequer corresponde à realidade porque foi mal interpretada? O que acontece se o médico afirma que o feto é saudável, mas afinal nasce com deficiências? Será que os profissionais envolvidos poderão ser

---

<sup>15</sup> Nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, o profissional de saúde deverá “*Comunicar na íntegra os resultados dos referidos exames aos pais, acompanhados dos devidos esclarecimentos, para que estes possam tomar uma decisão livre e informada quanto ao prosseguimento ou interrupção da gravidez*”, RAPOSO, Vera Lúcia, Responsabilidade médica (...), *Ob. cit.*, p. 72.

<sup>16</sup> Daí que, como se retira do Ac. do STJ de 12.03.2015 já mencionado: “(...) o erro médico consistente na falta de deteção de uma anomalia embrionária ou fetal ou na ausência de informação acerca de tal quadro de deficiência, pode ocasionar a perda de chance de uma escolha reprodutiva, mais, especificamente, a realização ou não de um aborto (...)”.

responsabilizados? E a criança que tem de viver com a sua deficiência, terá direito a ser indemnizada por essa condição?

## CAPÍTULO II – AS *WRONGFUL ACTIONS*

Como já referido, atualmente é possível identificar com um maior grau de precisão se um feto padece de anomalias ou, até mesmo, se tal pode vir a verificar-se. Este estudo é feito por meio do diagnóstico pré-natal já anteriormente abordado.

O resultado dos procedimentos ocorridos no diagnóstico pré-natal podem justificar a interrupção da gravidez, desde que se respeite o exposto no artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do CP.

Porém, nas *wrongful actions* estamos perante situações em que ocorre um erro médico no âmbito do diagnóstico pré-natal, criando nos progenitores uma ideia que não é verdadeira e que, conseqüentemente, origina um nascimento que não teria sido desejado se os progenitores tivessem acesso à informação correta. Em termos mais concretos, MARISA ALMEIDA ARAÚJO afirma que “*Em causa está, portanto, nesta acções, um erro de diagnóstico do médico dos exames pré-natais, ou a omissão de realização destes quando protocolados ou exigíveis face à gravidez em concreto que, não tendo detectado malformações congénitas no nascituro, teriam permitido, nos termos da lei, pôr termo à gravidez*”.<sup>17</sup>

Podemos assim concluir que o erro de diagnóstico poderá direcionar-se a diversos tipos de ações ou omissões por parte do profissional de saúde que violam as *leges artis*<sup>18</sup> a que o mesmo

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Marisa Almeida, “*Ser ou não ser? As wrongful life claims*”, Lusíada. Revista de Direito, n.º 16, 2016, p. 93.

<sup>18</sup> Consistem em métodos que já estão suficientemente comprovados pelos médicos. É feita referência a estas no artigo 150º/1 do CP, segundo o qual: “*As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.*”

se encontra vinculado. Estas poderão traduzir-se, nomeadamente, no seguinte: ausência de realização de exames que se considerariam justificados; incorreta execução dos exames<sup>19</sup>; errada interpretação dos resultados obtidos; e, ausência de comunicação aos progenitores dos resultados alcançados.<sup>20</sup>

Um fator importante a reter é que nas *wrongful actions* a malformação de que o feto padece não é diretamente causada pelo médico. Na realidade, a malformação existiria independentemente da atuação do profissional de saúde. Porém, o que aqui se discute é o nascimento de uma criança que poderia ter sido abortada – à luz do já indicado artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do CP – se os pais tivessem tido conhecimento da malformação.

Desta forma, é também claro que não poderemos falar de *wrongful actions* se não existir, enquanto requisito prévio, a admissibilidade de realizar uma interrupção voluntária da gravidez no ordenamento jurídico em causa.<sup>21</sup> Esta interrupção voluntária da gravidez tem de ser considerada como lícita. Assim, de acordo com o referido por VERA LÚCIA RAPOSO “(...) *toda esta construção só é pensável no pressuposto de que o ordenamento jurídico em causa admite a interrupção da gravidez naquelas condições, ou seja: (a) com fundamento na malformação ou doença do embrião/feto (em regra exigindo igualmente a gravidade e o caráter incurável); (b) no momento em que o dano deveria (isto é, poderia cientificamente) ter sido detetado.*”<sup>22</sup> No mesmo sentido segue CARLOS E. P. ALMEIDA

---

<sup>19</sup> O que, de per se, poderá causar danos, mas referimo-nos aqui aos casos em que o profissional de saúde realiza o exame de forma incorreta e, conseqüentemente, o resultado obtido não está de acordo com a realidade.

<sup>20</sup> Mais uma vez se verificando a importância do requisito da informação.

<sup>21</sup> Este pré-pressuposto é também mencionado a nível jurisprudencial, podendo atentar-se, por exemplo, no Ac. do TRL de 29.04.2014 (Processo n.º 57/11.9TVLSB.L1-7), que afirma que: “*O que significa que estas acções não serão admissíveis em ordenamentos jurídicos que proibam totalmente o aborto fundado em doença ou malformação embrionária ou fetal*”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (última vez consultado em 21.10.2021).

<sup>22</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, p. 100.



RODRIGUES, “(...) ao (e para) discutirmos a legitimidade da procedência/improcedência das acções de *wrongful life* e *wrongful birth* tomamos como dado adquirido que os pais podem decidir se querem ou não prosseguir com a gravidez, isto é, que é lícita a interrupção da gravidez, nos termos do artigo 142.º do Código Penal”.<sup>23</sup>

Este tema cria inúmeras problemáticas. Efetivamente, não estamos perante uma “mera” discussão jurídica em que existem posições divergentes quanto a determinados pontos. É um tema atual<sup>24</sup> dado que os erros médicos continuam a existir, apesar do avanço da medicina e da tecnologia. Além disso, este é um assunto que contempla questões morais, éticas e religiosas que muitas das vezes são difíceis de ultrapassar e que podem toldar o raciocínio e objetividade de quem se propõe a fornecer a sua análise e respetivas conclusões. Ainda assim, faremos o nosso melhor.

Do que se conhece das *wrongful actions*, é possível direccionar o seu início para a década de 60 nos EUA. Com o avançar do tempo e o desenvolvimento tecnológico que já se expôs, os pais passaram a criar expectativas de ter um bebé perfeito, o que seria permitido graças aos novos exames disponíveis e que conciliam um grau de precisão cada vez mais elevado. O desenvolvimento da ciência passou a acarretar um aumento da responsabilidade do médico, dando assim origem a uma nova corrente de acções contra estes: as *wrongful actions*.

---

<sup>23</sup> RODRIGUES, Carlos Almeida, *A problemática inerente às wrongful life claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, n.º 19 (2013), Centro de Direito Bio-médico, Coimbra Editora, p. 173.

<sup>24</sup> Exemplo disso é o caso do bebé Rodrigo, mais conhecido como «bebé sem rosto», o qual ainda se encontra em discussão nos tribunais portugueses. Em 2019, o bebé Rodrigo nasceu sem nariz, olhos e parte do crânio, sendo que estas malformações nunca foram detetadas – e muito menos comunicadas aos progenitores – durante a gravidez. Apesar de o profissional de saúde ter sido absolvido do crime de ofensa à integridade física, os progenitores irão avançar com uma ação cível. Ainda que se desconheça em que termos esta ação dará entrada, certo é que constitui um caso clássico de *wrongful actions*.

Estas podem abranger diversas formas: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Sem embargo, para efeitos do nosso estudo, apenas iremos abordar as últimas duas, procurando analisar os aspetos mais marcantes em cada uma delas.<sup>25</sup>

## 1. *WRONGFUL BIRTH*

### 1.1 CONCEITO

As *wrongful birth actions* – também designadas por nascimento indevido ou indesejadas – dizem respeito às ações que são intentadas por um, ou ambos, os progenitores, em nome próprio, contra o universo médico<sup>26</sup> que esteve envolvido na informação errada ou defeituosa que lhes foi transmitida e que, consequentemente, deu origem a um bebé com malformações que poderia ter sido abortado caso os pais tivessem conhecimento das anomalias de que este sofria.

Em decorrência, os progenitores peticionam o ressarcimento por danos patrimoniais – gastos que assumem com despesas hospitalares<sup>27</sup>, o próprio sustento da criança deficiente e perda de vencimento – e não patrimoniais – sofrimento,

---

<sup>25</sup> Ainda assim, deixemos apenas uma breve nota relativamente às *wrongful conception* (conceção ou gravidez indesejada). Estas dizem respeito a ações que são intentadas na sequência de um erro médico que leva a uma gravidez indesejada. Isto significa que, neste caso, os progenitores nem sequer pretendiam ter um filho, mas uma atuação errada de um profissional de saúde originou a conceção de um bebé. Imaginemos, a título de exemplo, a seguinte situação: alguém decide submeter-se a uma vasectomia, esperando legitimamente que com esta intervenção não lhe seja possível ter filhos. No entanto, a vasectomia falhou e o paciente não é informado disso. Mais tarde descobre que está à espera de ser pai.

<sup>26</sup> Queremos com isto dizer que a *wrongful birth action* poderá ser intentada contra os médicos, laboratórios, clínicas, entre outros, que no caso concreto contribuam para o cumprimento defeituoso das obrigações a que estão adstritos, especialmente quanto ao dever de informação.

<sup>27</sup> Nas quais se incluem os tratamentos médicos, cirurgias e medicação que se afigure como necessária.

angústia, entre outros.

Conforme se deixou *supra* exposto, as *wrongful actions*, independentemente da sua modalidade, têm sempre por base um erro médico, o qual não é causa direta das malformações de que o feto padece. Porém, se esta falha na informação não tivesse ocorrido, os progenitores teriam tido conhecimento prévio das anomalias e ser-lhes-ia dada a possibilidade de decidirem quanto à continuação da gravidez.

A doutrina tem-se manifestado claramente de acordo quanto a este conceito de *wrongful birth action* referindo-se, a título de exemplo, o mencionado por MARISA ALMEIDA ARAÚJO, segundo a qual estas são “(...) *acções propostas pelos progenitores contra o médico, pelo facto de terem sido privados de um consentimento informado, a que tinham direito decorrente do dever do médico prestar informação sobre a deficiência do filho, seja porque este não efetuou exames que se impunham, por protocolo ou pelas circunstâncias concretas da gravidez, ou porque não os interpretou de acordo com a legis artis medicinae*”.<sup>28</sup>

Como vimos anteriormente e está conforme com a posição da doutrina, a falha de informação que é devida aos progenitores pode manifestar-se sob diversas formas. O que é pertinente é que esta ausência de informação – ou, pelo menos, defeituosa – impeça os progenitores de decidir. Este ponto fica também evidente perante as palavras de LUÍS FILIPE GUIMARÃES PINTO que afirma que “*o que releva aqui não é o sentido em que a mãe tivesse exercido esse poder discricionário, mas a perda dessa própria faculdade*”.<sup>29</sup>

Abordado o conceito das *wrongful birth actions*, o qual não oferece preocupações, releva passar à análise das questões que se situam na base da discussão doutrinária e jurisprudencial.

---

<sup>28</sup> ARAÚJO, Marisa Almeida, *Ob. cit.*, p. 98.

<sup>29</sup> PINTO, Luís Guimarães, *Ações wrongful birth e wrongful life uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil*, Lisboa: Revista Direito Lusíada, nº 12, 2014, p. 373.

Assim, dedicaremos a nossa atenção aos pressupostos da responsabilidade civil – com especial enfoque no dano e nexo de causalidade – e responderemos a várias questões, entre as quais: que tipo de danos devem ser ressarcidos? Haverá nexo de causalidade entre os factos praticados pelo profissional de saúde e os danos que os progenitores alegam? É imperativo ter conhecimento de qual teria sido a decisão da mãe caso soubesse que o feto padecia de anomalias? Poderá a eventual decisão influenciar, de algum modo, a responsabilidade do médico e o montante indemnizatório a atribuir? Qual tem sido a posição da jurisprudência relativamente às *wrongful birth actions*? Vejamos.

## 1.2 AS QUESTÕES EM TORNO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

As *wrongful birth actions* – quando comparadas com as *wrongful life actions* – têm sido as mais facilmente aceites pela doutrina e jurisprudência, tanto a nível nacional, como internacional. No entanto, tal não é sinónimo de inexistência de problemas associados a estas ações. Antes pelo contrário.

### 1.2.1 A ILICITUDE E A CULPA

A ilicitude e a culpa – aqui analisadas em conjunto – são dois dos pressupostos da responsabilidade médica que levantam algumas questões.

No que diz respeito à ilicitude, podemos dividi-la em dois campos diversos: o delitual e o contratual. O campo delitual relaciona-se com a violação do dever de informação a que o profissional de saúde está obrigatoriamente vinculado.<sup>30</sup> Por sua vez, na vertente contratual analisamos o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços

---

<sup>30</sup> Este resulta, de acordo com o já mencionado anteriormente, do teor dos artigos 156.º e 157.º do CP.

estabelecido entre o profissional de saúde e a progenitora quanto ao acompanhamento da sua gravidez. Deste contrato espera-se uma supervisão correta e a transmissão de informações que permitam à progenitora decidir sobre a interrupção voluntária da gravidez.

Em termos de exemplos escola podemos referir os casos mencionados por VERA LÚCIA RAPOSO em que há uma “*deficiente execução de um ato médico (imagine-se que a ecografia não segue os protocolos existentes), ou na circunstância de o médico não avaliar corretamente a situação e assim não prescrever a realização de um exame que se revelaria necessário.*”<sup>31</sup> Também DANIELLA ALOISE BORGES traz à atenção que existirá ilicitude na atuação médica quando este não “*interpretar corretamente o resultado do exame; informar aos pais do resultado dos testes ou exames; informar de maneira esclarecida (de modo que a informação seja entendida pelos pais); informar em tempo hábil (...)*”.<sup>32,33</sup> Este conceito é também perfilhado pela jurisprudência.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, p. 85.

<sup>32</sup> BORGES, Daniella Aloise, *Ob. cit.*, p. 159.

<sup>33</sup> Não poderá ser esquecido que o aborto fetopático apenas poderá ser realizado, à luz do ordenamento jurídico português, até às 24 semanas, de acordo com o artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do CP.

<sup>34</sup> Vejamos, por exemplo, o exposto no já mencionado Ac. do TRL de 29.04.2014: “*A ilicitude da prática médica pode traduzir-se na deficiente execução de um acto médico, por exemplo, uma ecografia que não segue os protocolos existentes, ou na circunstância de o médico não avaliar correctamente a situação e assim não prescrever a realização de um exame que se revelaria necessário*”. No mesmo sentido segue o Ac. do TRL de 30.04.2015 (Processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), (última vez consultado em 21.10.2021)). Também esclarecedor é o Ac. do STJ de 12.03.2015, anteriormente referido, segundo o qual “*(...) a alegada falta médica residiu na omissão de todos os conhecimentos, diligências e cuidados para dar a conhecer aos autores a condição do filho, porque foram mal interpretados os exames e porque não foi comunicado aos pais o seu resultado, incumprindo os réus os deveres de informação, em desrespeito pelas «legis artis medicinae», acabando por causar um dano aos autores, uma vez que a sua adesão ao prosseguimento da gravidez não foi consequente a um consentimento esclarecido, dotado de todas as informações relevantes. Esta conclusão não é sequer abalada pelo facto de a comunicação da informação omitida não conduzir à cura do nascituro, mas, apenas, à*

Continua a ser claro o relevo que o dever de informação assume na atividade médica, sendo um aspeto central da mesma.

A culpa, por sua vez, dirá respeito à diligência e dever de cuidado que estão intrínsecos ao profissional de saúde. Este comportamento será aferido com base no critério do artigo 487.º, n.º 2 do CC, sendo que, em termos de responsabilidade médica, este traduzir-se há no *reasonable doctor* ou «médico médio». Assim, no caso concreto, devemos comparar a conduta que o «médico médio» teria, com a que foi exercida pelo profissional de saúde. Com base no resultado, poderemos concluir se existiu, ou não, culpa na sua atuação.

Como nos refere, e bem, DANIELLA ALOISE BORGES “*para a apreciação concreta da ação médica, deve-se observar, detidamente, o contexto em que se desenvolveu a intervenção, como as condições gerais do hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares, de modo a se estabelecer com razoável grau de certeza a conduta recomendável naquela circunstância, atribuível ao médico*”.<sup>35</sup> Daqui se retira que não basta considerar a conduta do profissional de saúde despida de qualquer vertente de comparação ou análise da sua envolvimento. É necessário perceber o que a rodeia.

Desta feita, estaremos perante uma conduta ilícita e culposa se, com ela, se violarem as *leges artis* e o médico pudesse ter atuado de modo diferente, não dando origem à violação ocorrida.

E o que dizer quanto aos casos em que o profissional de saúde não realiza determinado exame porque nada levaria a crer que o mesmo seria necessário? E no que se relaciona com a inexistência de realização de um exame porque os progenitores não deram a informação completa ao profissional de saúde? E, ainda, quando deveria ter sido efetuado um exame mas tal só não

---

*possibilidade do seu não nascimento (...)*”.

<sup>35</sup> BORGES, Daniella Aloise, *Ob. cit.*, p. 159.

ocorreu porque o hospital não está equipado com os aparelhos necessários? Será que ainda podemos considerar que nestes casos haverá ilicitude e/ou culpa na atuação do médico?

À partida a resposta a todas estas questões será negativa. Efetivamente, e conforme já foi mencionado, o médico também necessita de obter informação por parte dos progenitores, a qual ajudará a formar um diagnóstico. Se os pais não transmitem ao médico tudo o que este necessita saber – nomeadamente casos de doenças na família que podem ser relevantes para a gravidez – o médico não poderá ser responsabilizado se não prescrever certo exame quando nada levaria a crer que tal seria necessário.

O mesmo se diga quando uma gravidez corre de acordo com a normalidade. Se não há nenhum evento que alerte o profissional de saúde para a necessidade de realizar determinado exame, este não poderá ser responsável pela sua não realização, especialmente quando sabemos que os exames em sede de diagnóstico pré-natal comportam diversos riscos, podendo até mesmo levar ao aborto. Apesar de a doutrina espanhola não ser unânime neste ponto, somos da opinião de que efetivamente não haverá lugar à responsabilidade do médico.

Também, entendemos que não haverá responsabilidade do profissional de saúde quando, no caso concreto, deveria ser efetuado um exame específico, mas o hospital não dispõe de equipamentos adequados para o realizar. Aqui, a responsabilidade não poderá ser direcionada ao médico, mas sim ao local onde o mesmo trabalha. De facto, o profissional de saúde não poderá ser responsável pela ausência de equipamento médico quando não é sobre este que recai a escolha e compra do mesmo. No entanto, ainda que se defenda a irresponsabilidade do profissional relativa à (in)existência de aparelhos e impossibilidade de realização do exame médico naquela instituição, já somos a favor da responsabilidade do profissional de saúde se este não informar os progenitores de que aquele exame será importante e da viabilidade de o executarem noutra local.

## 1.2.2 O DANO

O dano é um dos pressupostos que acarreta mais dificuldades ao nível das *wrongful actions*, ainda que a preocupação se prenda, especialmente, com as *wrongful life actions*.

Neste campo levantam-se diversas questões pertinentes: terão os progenitores direito a ser ressarcidos na sequência do nascimento de um filho deficiente? Em caso positivo, qual é o dano efetivamente sofrido? Deverá o pedido direcionar-se tanto aos danos patrimoniais como não patrimoniais? No caso de serem admissíveis ambos os pedidos – danos patrimoniais e não patrimoniais – os progenitores podem ser indemnizados de todos os custos envolvidos com este nascimento?

Em primeiro lugar salientamos que nos casos de *wrongful birth* a progenitora viu a sua liberdade coartada. De facto, a progenitora tem a possibilidade de decidir se quer, ou não, abortar, algo que aqui não acontece. Efetivamente, estamos perante uma situação em que o profissional de saúde não transmitiu a informação necessária – ou pelo menos não o fez de forma correta – e impediu que os pais soubessem que o feto padecia de anomalias. Consequentemente, não lhes foi facultada a oportunidade de exercício do aborto fetopático mencionado no artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do CP.

Assim, o dano direciona-se à violação da autodeterminação da progenitora que tem o direito de decidir quanto à sua constituição familiar e respetiva procriação.<sup>36</sup> A mãe não

---

<sup>36</sup> Segue neste sentido o já abordado Ac. do TRL de 29.04.2014 ao afirmar que “No caso de *wrongful birth*, o dano não reside na impossibilidade de decidir em determinado sentido (efetuar ou não o aborto), mas na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão”. Também, em idêntico caminho, o mencionado Ac. do STJ de 12/03/2015, “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”.



beneficiou da faculdade de optar pelo aborto dado que desconhecia que o feto era deficiente, originando-se assim um dano que terá de ser ressarcido. Mas em que termos?

Depois de identificado o dano das *wrongful birth*, é essencial descortinar qual o pedido que os progenitores podem formular com o objetivo de ser indemnizados. A doutrina tem sido consensual a este respeito, afirmando que o ressarcimento deve visar não só os danos patrimoniais, mas também os danos não patrimoniais.

Em termos gerais, os danos têm sido repartidos da seguinte forma: *“No plano dos danos patrimoniais, referem-se os custos de sustento e educação da criança com deficiência, eventualmente acrescidos dos gastos extraordinários em virtude das suas necessidades especiais, e perda do rendimento familiar; pelo que, já no campo dos danos não patrimoniais, destacam-se a violação do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, projectada na privação de interrupção da gravidez e, noutro passo, a falta de preparação psicológica<sup>37</sup>, a dor, o sofrimento (pain and suffering) ou a angústia emocional (emotional distress) em face do nascimento e acompanhamento de uma criança portadora de anomalia congénita”*.<sup>38•39</sup>

---

<sup>37</sup> A este respeito diga-se que os pais não têm conhecimento de que o feto padece de malformações. Ao invés, o profissional de saúde não lhes transmite a informação correta e necessária para que estes se apercebam dessa situação, tornando-se inviável recorrer ao aborto fetopático. Os progenitores podem ser confrontados com o real estado de saúde da criança apenas quando esta nasce, inexistindo qualquer possibilidade prévia de aqueles se prepararem para essa circunstância. Os pais, até àquele momento, sempre acreditaram que o filho era saudável.

<sup>38</sup> MANSO, Luís Duarte Baptista, *Responsabilidade Civil em Diagnóstico pré-Natal – O caso das acções de “Wrongful Birth”*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 18 (2012), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, p. 176.

<sup>39</sup> Cumpre ter em conta que nos reportamos aqui à doutrina portuguesa, na medida em que na doutrina espanhola a enunciação dos danos é feita de forma algo diferente. De facto, chegam a ser indicados os seguintes danos: “1) el nacimiento del hijo, en sí mismo; 2) la lesión del derecho a abortar; 3) la privación de la toma de decisión sobre la interrupción del embarazo; 4) el impacto psíquico de encontrarse con un hijo discapacitado; 5) la manutención y gastos ordinarios asociados al hijo; e 6) los gastos

Mais especificamente, são indicados como danos patrimoniais, a título de exemplo, “*assistência médica e medicamentos, internamentos, cirurgias, pessoal especializado para acompanhar a criança a todo o momento, adaptações na casa de morada de família e no veículo automóvel, próteses, ensino especial, entre outros*”.<sup>40</sup>

Assim, é possível concluir que os danos que se repercutem nos progenitores não dizem unicamente respeito à violação do dever de informação e autodeterminação, mas sim a todas as circunstâncias que são alvo de mudança na (qualidade de) sua vida na sequência de um nascimento que violou a hipótese de decisão da mulher quanto à interrupção voluntária da gravidez.

Sendo assim, questionamos: em sede de danos patrimoniais, deverão ser ressarcidos todos os danos que os progenitores têm com o sustento da criança ou esta indemnização apenas deve abarcar os custos adicionais resultantes da deficiência? No entender de VERA LÚCIA RAPOSO esta indemnização deverá versar única e exclusivamente sobre os custos acrescidos, explicando que não podem ser “*todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas tão-só os relacionados com a deficiência da criança, pois os pais aceitaram voluntariamente aquela gravidez, logo, “conformara-se” com as despesas do primeiro tipo, que derivam da lei (art. 1878.º/1 CC) por força do poder paternal*”.<sup>41</sup> Significa isto que uma criança, por si só, já acarreta despesas, independentemente do seu estado de saúde. Como tal, seguindo o entendimento da Autora com o qual concordamos, não pode haver lugar a ressarcimento “por completo” das despesas que os progenitores têm com o nascimento da

---

extraordinarios derivados de la enfermedad”, LÓPEZ DE LETONA, Víctor, *Responsabilidad por nacimiento evitable (wrongful birth) y discapacidad*, in Revista de Administración Pública, n.º 203 (Maio-Agosto 2017), p. 101. Ainda assim, são perceptíveis as semelhanças existentes com o ordenamento português.

<sup>40</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, p. 96.

<sup>41</sup> 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 Danos Corporal, n.º 21, 2010, p. 88.

criança, visto que parte delas já iriam ocorrer. A indenização apenas pode visar – além dos danos não patrimoniais – os custos acrescidos dos progenitores decorrentes da deficiência da criança.<sup>42</sup>

Uma última questão que sobressai é: a decisão que a mãe tomaria quanto à eventual continuação da gravidez irá influenciar, de alguma forma, a consideração da violação da autodeterminação como um dano? Admitindo-se que há dano independentemente da decisão, a indenização a conceder poderá variar com base nesta?

A resposta à primeira questão, na nossa opinião, só poderá ser negativa e por vários motivos. Em primeiro lugar, é manifestamente difícil – para não dizer impossível – fazer prova de qual teria sido a vontade da progenitora no momento em que se visse confrontada com a necessidade de decidir. É indiscutível que certos fatores podem indiciar qual teria sido a escolha da mãe.<sup>43</sup> No entanto, indícios não são sinónimo de certeza e a verdade é que a progenitora poderia ter determinado entendimento e, no momento da decisão, acabar por optar por outra ação. Apenas quando colocada na situação é que se tem perfeita noção dos sentimentos, vontades, crenças e tudo o que envolve uma decisão desta envergadura. Em segundo lugar, não nos podemos esquecer que o dano não é o nascimento de um filho deficiente, mas sim o reprimir da liberdade de escolha da progenitora em realizar um aborto. Esta limitação existe independentemente de qual tivesse sido a escolha da mãe, até porque, na realidade, esta

---

<sup>42</sup> Assim se retira, também, do *supra* mencionado Ac. do STJ de 12.03.2015: “*Nas wrongful birth actions, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência, 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 art. 1878.º, n.º1, do CC*”.

<sup>43</sup> Pense-se, por exemplo, na preferência em realizar exames de diagnóstico pré-natal ou na transmissão de uma crença religiosa.

não chegou a ter possibilidade de a manifestar uma vez que nunca lhe foram transmitidas informações que levassem à necessidade de uma tomada de decisão. Não pode ser colocado de parte que continua a existir uma violação por parte do profissional de saúde que impera de ser sancionada. De qualquer modo, informamos que nem toda a doutrina parece concordar com esta posição.<sup>44,45</sup>

Em relação à segunda questão, acompanhamos o entendimento da doutrina de que o montante de indemnização a atribuir aos progenitores variará consoante qual tivesse sido a eventual vontade da mãe, ainda que esta posição seja tomada com algumas reservas.<sup>46</sup> De facto, conseguindo provar-se que os progenitores teriam optado pela interrupção voluntária da gravidez, torna-se evidente que os danos sofridos assumem maior expressão. É certo que a violação decorrente da má conduta médica continuaria a existir. Porém, caso a decisão tivesse passado pelo aborto, os progenitores estariam agora a ser confrontados com uma criança que teriam optado por abortar se lhes tivesse sido dada essa possibilidade. Nesse caso não existiriam despesas com um bebé – danos patrimoniais – nem muito do sofrimento já descrito – danos não patrimoniais. Ao passo que se os progenitores optassem por manter a gravidez, a diferença resultaria

---

<sup>44</sup> Tal resulta das palavras de Silvia Vilar González: “*Para demostrar este último extremo, a efectos de prueba bastará con que la mujer manifieste a posteriori que, de haber podido, habría optado por interrumpir voluntariamente el embarazo, sin que dicha declaración pueda ser rebatida mediante argumentos relativos a su trayectoria personal que parezcan revelar unas convicciones morales que conviertan en inverosímil que, de haber conocido el estado del nasciturus, se habría decantado por el recurso al aborto*”, VILAR GONZÁLEZ, Silvia, *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, n.º 4, Vol. 2, 2019, p. 460.

<sup>45</sup> Apesar disso, o aludido Ac. do TRL de 29.04.2014 parece admitir a desnecessidade da prova, afirmando que “*Daí que não seja de exigir a prova de que a mãe teria efectivamente abortado naquela situação*”.

<sup>46</sup> Conforme deixámos exposto na questão anterior, é questionável que se consiga aferir qual teria sido a opção da mãe, levantando por isso problemas quanto à posterior fixação do *quantum* indemnizatório.

essencialmente nos custos acrescidos no sustento de uma criança deficiente.

Parece ser este o raciocínio de PAULO MOTA PINTO ao afirmar que “(...) *se se provar que, sem a falta médica, teriam licitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas as despesas acrescidas pela deficiência, mas todas as despesas com o seu sustento e educação*”.<sup>47</sup> As despesas derivadas do sustento de uma criança não existiriam na sua totalidade.

O certo é que a indemnização será devida independentemente do que se defenda quanto à variação, ou não, da quantia a ser entregue.

Ainda assim, reforçamos que a nossa posição se prende com a inexistência de necessidade de prova quanto à posição que a progenitora teria tomado se tivesse obtido conhecimento prévio da verificação de anomalia no feto, dado que a indemnização sempre seria devida independentemente dessa. Todavia, caso a prova fosse possível – o que temos como de difícil ocorrência – o *quantum* indemnizatório deveria ser superior se esta seguisse no sentido de que os progenitores teriam optado pela interrupção voluntária da gravidez.

### 1.2.3 O NEXO DE CAUSALIDADE

Se é verdade o que se disse *supra* quanto à dificuldade que se encontra associada ao dano enquanto requisito da responsabilidade civil médica, não é menos verdade que ao nexo de causalidade também seja atribuído um elevado grau de complexidade.

É consabido que a imputação de responsabilidade

---

<sup>47</sup> PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Volume III, Vária, Coimbra Editora, 2007, p. 940.

pressupõe que a ocorrência de um facto seja causa da produção do dano. Esta circunstância não se altera perante os atos médicos.

Deste modo, existem duas questões que habitualmente são analisadas para se dar como verificado, ou não, o requisito do nexo de causalidade: saber se a conduta do médico é apta a produzir o dano e, em segundo lugar, se a mãe teria decidido abortar mesmo que o médico tivesse cumprido com os seus deveres de informação.

Começando pela primeira questão, é relevante perceber que há doutrina que considera que não poderemos falar num verdadeiro nexo causal nas *wrongful birth actions* visto que não é a atuação do profissional de saúde que causa a malformação na criança, ou seja, esta nasceria deficiente independentemente da conduta do profissional de saúde. Assim sendo, defendem que não poderá existir responsabilidade do médico na medida em que mesmo que este informasse os progenitores sobre a deficiência, esta não deixaria de se verificar.

No entanto, como vimos anteriormente, o dano nas *wrongful birth actions* consiste na privação da possibilidade de a progenitora decidir sobre o rumo da sua gravidez e não no próprio nascimento de uma criança deficiente. Deste modo, não poderemos considerar que o nexo causal se direciona a uma atuação por parte do médico que leve à deficiência – desde logo, porque como se deixou claro no início da nossa exposição, não é o profissional de saúde que causa a malformação; e, também, porque não é esse o dano, mas sim a limitação da liberdade de decisão.

Desta feita, INMACULADA VIVAS TESÓN traz à colação que “(...) *la relación de causalidad deberá existir entre el error en el diagnóstico prenatal y la privación o pérdida del derecho de la madre a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto eugenésico, acción amparada legalmente, lo cual sí*

*puede ser imputable al médico*”.<sup>48</sup> Também é neste sentido que segue SILVIA VILAR GONZÁLEZ ao afirmar que “(...) *deberá concurrir “una conducta culposa del médico, contraria a la lex artis, de acuerdo com los conocimientos médicos actuales”, en alguna de las fases de la prestación sanitaria, que hubiera privado a la gestante de recurrir a la posibilidad de abortar*”.<sup>49</sup>

Assim, não poderemos concordar com o afastamento do preenchimento do nexos de causalidade enquanto requisito da responsabilidade civil médica visto que, de facto, é a atuação – ou até mesmo a omissão – do profissional de saúde que impossibilita o exercício do direito que é legalmente conferido à progenitora, isto é, optar pela interrupção voluntária da gravidez se assim o entender. É este o dano e é a conduta do médico que o origina. Se a informação tivesse sido transmitida aos progenitores, o direito de autodeterminação poderia ter sido efetivado.

Como tal, podemos admitir que a conduta do médico – mormente, ao não prover a informação necessária para a tomada de decisão da mãe – é causa do impedimento desta decidir sobre o decurso da gravidez, dando-se como preenchida a primeira questão formulada quanto ao nexos de causalidade.

No que diz respeito ao segundo ponto, lembramos que já o abordámos anteriormente, tendo explanado que a nossa opinião vai no sentido de não ser exigível que haja prova quanto à eventual decisão da progenitora. Ainda assim, há doutrina que defende o afastamento do nexos de causalidade se se provar<sup>50</sup> que a mãe teria optado por continuar a gravidez mesmo quando tivesse conhecimento prévio da malformação do feto.

Conforme menciona LUÍS GUIMARÃES PINTO “*Para um setor doutrinário é essencial que a mãe declare que, havendo*

---

<sup>48</sup> VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial*, in RdP, n.º 11, p. 410.

<sup>49</sup> VILAR GONZÁLEZ, Silvia, *Ob. cit.*, p. 460.

<sup>50</sup> Ainda que na nossa opinião esta prova seja de muito difícil, para não dizer impossível, realização.

*podido, teria optado por interromper a gravidez; é suficiente, portanto, a simples afirmação a posteriori, mas sem que possa ser ilidida, mediante o argumento que sua trajetória pessoal revela convicções morais que tornam inverosímil que interrompesse a gravidez”.*<sup>51</sup>

Contudo, não podemos concordar com este setor. Efetivamente – além de todos os problemas associados à dificuldade de prova – parece que se priva de ressarcimento alguém que, por exemplo por convicção religiosa, não iria realizar o aborto. Mas será que alguém religioso pode perder a consideração da existência de um dano? Ou seja, só porque uma pessoa tem determinada crença, não terá direito a ser indenizada quando existem violações a deveres médicos – especialmente o dever de informação – e a progenitora se depara com um bebê deficiente sem se ter preparado previamente para essa realidade e todas as despesas que lhe estão associadas? A resposta terá de ser negativa.

Além do mais, se o dano é a privação de liberdade de escolha e não a escolha de abortar, existirá dano independentemente de qual tivesse sido a vontade da progenitora, vontade esta que nunca foi manifestada porque não tinha conhecimento das deficiências verificadas no feto. O dano ocorre à margem da eventual escolha, motivo pelo qual o conhecimento da mesma é totalmente irrelevante.

Porém, é trazida para a equação a figura do comportamento lícito alternativo, dado que o médico afirma que mesmo que tivesse atuado em conformidade com as *leges artis*, a progenitora teria optado por não interromper a gravidez. Além da aplicação desta figura ser discutível, sempre seria de afirmar que o médico nunca poderia ter certeza de qual teria sido a vontade da progenitora. E isto ocorre porque mesmo que existissem indícios de uma eventual interrupção da gravidez, a progenitora só estaria em condições de decidir quando se visse confrontada com o problema em concreto. Acresce que também não se poderá

---

<sup>51</sup> PINTO, Luís Guimarães, *Ob. cit.*, pp. 376 e 377.



falar num consentimento antecipado para a realização do aborto porque, como refere LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO, “(...) o mesmo, não contemplando toda a informação necessária, seria juridicamente inválido”.<sup>52</sup>

Neste ponto, concordamos com a posição de CUNHA RODRIGUES, de acordo com o qual “esta doutrina [a do comportamento lícito alternativo] apresenta reparos, i.e., se o dever do médico em proporcionar as informações necessárias encontra a sua justificação na necessidade de o paciente, de forma consciente e livre, decidir sobre seus direitos mais fundamentais (como a integridade física, a dignidade e o livre desenvolvimento da sua personalidade, ou, em geral, o direito à autodeterminação), e que o dito dever se configura em benefício do paciente, seria chocante que da sua infração pudesse beneficiar-se o médico mediante o recurso à referida doutrina”.<sup>53</sup>

É precisamente disto que se trata. Não poderemos deixar de responsabilizar o profissional de saúde porque não existe prova concreta de qual teria sido a vontade da progenitora. Esta, efetivamente, até poderia ter querido continuar a gravidez, mas não há certezas quanto a essa decisão. Não pode o médico afirmar qual teria sido a vontade da mãe – ainda que forme a sua convicção com base em diversos indícios – porque não é possível fazê-lo. A responsabilidade existe independentemente desta vontade porque o que é violado é a possibilidade de a exercer, e não o impedimento de abortar. O médico, ao não transmitir aos progenitores a informação necessária, causa sempre um dano a nível da autodeterminação, o qual obrigatoriamente tem de ser ressarcido e que ocorre fosse qual fosse a vontade dos pais.

Como tal, a decisão da progenitora deve ser irrelevante. E, tanto muito, a insistir-se no apuramento dessa eventual posição, deverá recair sobre o profissional de saúde o ónus da prova

---

<sup>52</sup> MANSO, Luís Baptista, *Responsabilidade Civil (...)*, Ob.cit., p. 179.

<sup>53</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspetiva Jurídico-Penal: Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Editora Almedina, Coimbra, 2013, *Apud* PINTO, Luís Guimarães, *Ob. cit.*, p. 377.

de que a progenitora efetivamente teria optado pela continuação da gravidez, dado que é este que o alega como tentativa de ser desresponsabilizado.

#### 1.2.4 O CAMINHO JURISPRUDENCIAL

É prazeroso compreender que as *wrongful birth actions* têm evoluído no sentido da aceitação por parte da jurisprudência de muitos países, ainda que não haja unanimidade quanto ao que deve ser inserido em sede de danos patrimoniais, como vimos.

Pensamos que o primeiro caso jurisprudencial em torno das *wrongful birth actions* será o *Gleitman v. Cosgrove*, ocorrido em Nova Jérсия na década de 60. Aqui a descoberta deste caminho ainda permanecia numa fase inicial, o que acreditamos que terá levado aos entraves relatados pelo tribunal. Efetivamente, estávamos perante um caso em que uma mãe padecia da doença de rubéola<sup>54</sup> e não obteve a informação necessária por parte do profissional de saúde quanto aos riscos que essa doença poderia ter na gravidez. Estes riscos efetivaram-se e o bebê nasceu com malformações. Ainda assim, o tribunal decidiu-se pela não atribuição de uma indemnização à progenitora essencialmente porque o aborto era proibido em Nova Jérсия – apesar de não o ser num estado vizinho onde poderia ter sido praticado – e, também, pela aparente dificuldade em determinar o valor do dano.<sup>55</sup>

No caso *Becker v. Schwartz* o resultado já foi favorável aos progenitores, tendo sido concedida uma indemnização perante – mais uma vez – a ausência de informação por parte do profissional de saúde quanto à existência de riscos na gravidez. Nesta situação tratava-se de uma senhora grávida com idade

---

<sup>54</sup> Segundo o SNS, trata-se de “uma doença transmissível, causada pelo vírus da rubéola, sendo caracterizada por erupções vermelhas na pele. É uma infeção viral contagiosa.”. Informação disponível em: <https://www.sns24.gov.pt/tema/doencas-infecciosas/rubeola/>, última vez consultado em 26.10.2021.

<sup>55</sup> Para mais informações: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>, última vez consultado em 21.10.2021.

mais avançada, sendo que nada lhe foi transmitido quanto à possibilidade de o feto vir a padecer de síndrome de Down.<sup>56</sup>

Novamente, denota-se que a informação é fulcral na correta realização da atividade médica, sendo muitas vezes o fundamento para a concretização da responsabilidade do profissional de saúde.

E o que dizer do entendimento que a jurisprudência tem tido na Europa?

Desde cedo, a jurisprudência alemã<sup>57</sup> reconheceu o direito a uma indemnização atribuída aos progenitores perante o incumprimento contratual a que o médico está adstrito. A título de exemplo, o tribunal de apelação de Munique, em 1982, determinou a responsabilidade do profissional de saúde ao não diagnosticar que a progenitora, durante a gravidez, contraiu rubéola. Esta veio a causar malformações no feto.

Já em França, é de referir o caso *Perruche*<sup>58</sup>, o qual é sobejamente conhecido por conter diversas controvérsias. Neste caso, o bebé nasceu com graves deficiências por não ter sido detetado que a progenitora contraiu rubéola durante a gravidez. Várias instâncias concordaram com a concessão de uma indemnização aos pais, ainda que esta devesse ser limitada aos danos não patrimoniais. De facto, como menciona PAULO MOTA PINTO, o tribunal seguiu a seguinte linha de argumentação: “(...) a indemnização que os pais podem pedir por uma faute que levou a que uma deficiência não fosse detectada durante a gravidez “não pode incluir os encargos especiais decorrentes,

---

<sup>56</sup> Esta informação poderá ser encontrada em: [https://casetext.com/case/becker-v-schwartz?\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=pmd\\_NIGQFjNRX1wBy42cr0wF4pjfYDxr-dolWu3YkCb09rTk-1635259879-0-gqNtZGzNAnujcnBszQi9](https://casetext.com/case/becker-v-schwartz?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_NIGQFjNRX1wBy42cr0wF4pjfYDxr-dolWu3YkCb09rTk-1635259879-0-gqNtZGzNAnujcnBszQi9), última vez consultado em 21.10.2021.

<sup>57</sup> Informação disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D6CFED12B64272F53523BCED22A0812C?text=&docid=183348&pageIn-dex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4924400>, última vez consultada em 26.10.2021.

<sup>58</sup> O qual será explanado aquando a análise das *wrongful life actions*.

ao longo da vida, dessa deficiência”, relevando antes a compensação deste prejuízo da “solidariedade nacional””.<sup>59</sup>

Tanto no Reino Unido como em Espanha, têm sido proferidas diversas decisões que consideram como indemnizáveis as despesas que resultam da inexistência de transmissão de informações aos progenitores, por parte dos profissionais de saúde e, também, por deficiente realização dos exames de diagnóstico pré-natal, ainda que com resultados diversos.<sup>60</sup> A este respeito, podemos referenciar a decisão do Tribunal Supremo proferida a 6 de Junho de 1997. Aqui, uma progenitora encontrava-se numa situação de gravidez de risco – tanto para si, como para o seu filho – tendo sido realizada uma amniocentese. O problema deu-se quando os resultados do exame apenas foram comunicados à progenitora depois de decorrido o prazo legalmente admitido para a prática do aborto, impedindo-a de livremente optar quanto ao decurso da gravidez. Em consequência, o filho nasceu com síndrome de Down, tendo a progenitora sido indemnizada por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Em Portugal, a primeira discussão sobre o tema foi levada ao STJ em 2001. Apesar de a criança ter nascido com graves deficiências que poderiam ter sido detetadas ao longo da gravidez – as quais não foram comunicadas aos progenitores impedindo-os de decidir sobre a sua continuação de modo informado – o STJ decidiu não atribuir qualquer indemnização aos progenitores. A fundamentação seguiu no sentido de que os pais não poderiam ter intentado a ação em representação do filho, exigindo-se que fosse em nome próprio por inexistência de um direito a não nascer. Esta ação retratava, na realidade, um caso de *wrongful life*, tendo o tribunal deixado em aberto a possibilidade para a *wrongful birth*.

---

<sup>59</sup> PINTO, Paulo Mota, *Ob. cit.*, p. 920.

<sup>60</sup> Já no Reino Unido, Paulo Mota Pinto refere que o “*congenital disabilities (civil liability) act 1976 veio restringir aos pais a indemnização por uma gravidez indesejada, e exclui, mesmo para estes, “a perda económica que resulta do custo de educar uma criança”*”, *Idem*, p. 923.

## 2. *WRONGFUL LIFE*

### 2.1 CONCEITO

Após análise das *wrongful birth actions* e das problemáticas envolventes, cumpre dedicar a nossa atenção às *wrongful life actions*.

Ambas as modalidades têm determinados aspetos em comum: pressupõem a existência de uma gravidez que foi desejada pelos pais; gravidez esta que se esperava normal e saudável visto que nada apontava em sentido contrário; de onde vem a resultar um bebé com graves deficiências e malformações; tendo sido impedida a possibilidade de os pais optarem pela interrupção voluntária da gravidez por desconhecerem as deficiências do bebé; dado que não houve qualquer informação por parte do profissional de saúde.

Ainda assim, podemos traçar uma distinção entre as duas por nos focarmos na legitimidade ativa, ou seja, em quem intenta a ação. Enquanto que nas *wrongful birth actions* são os progenitores – ou, maioritariamente, a progenitora – quem dá origem à ação, nas *wrongful life actions* este papel é desempenhado pelo filho que nasceu deficiente ou pelos progenitores em representação deste.

A doutrina portuguesa tem procurado enquadrar a ação por *wrongful life* nos seguintes termos: “(...) a acção é interposta pela própria criança em causa (...)”<sup>61</sup>; “(...) surge quando uma criança nasce mal-formada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado directamente a malformação. As acções de *wrongful life* são sempre interpostas pela criança (ou por outrem em seu nome, dado que muitas vezes falamos de um menor e/ou incapaz) nascida nestas condições, e podem dirigir-se contra os

---

<sup>61</sup> *Idem*, p. 916.

*médicos e instituição hospitalar (...)*”<sup>62,63</sup>

Também, a nível internacional, destacamos a conformidade com os conceitos apresentados pela doutrina portuguesa. Efetivamente, a *wrongful life action* tem sido definida como “*A diferencia de los supuestos de wrongful birth, la acción de wrongful life la ejercita el hijo – sus padres en nombre y representación suya – nacido com deficiencias o anomalias diagnosticables durante el embarazo (...)*”<sup>64</sup> e “*In those cases described above under 1., in which a child is born with severe deformities or congenital diseases, it is already possible that also the child brings forward a claim of its own for compensation (usually this is done by the parents in their capacity as legal representatives of their child)*”<sup>65</sup>

Assim, e em suma, estamos perante uma ação intentada

---

<sup>62</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions (...)*, *Ob. cit.*, pp. 61 e 62.

<sup>63</sup> No mesmo sentido seguem: VICENTE, Marta, *Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, n.º 11 (Janeiro-Junho 2009), p. 119; CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful Birth e Wrongful Life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, Coimbra: Edições Almedina, n.º 38, (Janeiro-Março 2007), p. 101; ARAÚJO, Marisa Almeida, *Ob. cit.*, p. 93; ROCHA, Paula Natércia, *Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação*, in *Julgar*, n.º 21, Novembro de 2018, p. 5; RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, p. 76; MANSO, Luís Duarte Baptista, *Responsabilidade Civil (...)*, *Ob. cit.*, p. 162; PINTO, Luís Guimarães, *Ob. cit.*, p. 378; GONÇALVES, Diogo Costa, *Wrongful life em Portugal, 20 anos depois*, in *Revista de Direito Comercial*, Lisboa. – ed. especial – *Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos* (2020), p. 355; LEITÃO, Luís Menezes, *O dano da vida*, in *Cadernos de Direito Privado – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”*, Número Especial 02, Dezembro 2012, Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, p. 3; RODRIGUES, Carlos Almeida, *Ob. cit.*, pp. 173 e 174; VICENTE, Marta, *Wrongful life actions: the “ethical maze” between slippery slopes and the non-identity problem*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 17 (2012), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 243 e 244.

<sup>64</sup> VIVAS TÊSON, Inmaculada, *Ob. cit.*, p. 411.

<sup>65</sup> MORAITIS, Anastasios, *When childbirth becomes damage: A comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 8 (2007), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, p. 39.

pela criança deficiente – ou pelos seus progenitores em sua representação – na sequência de um erro médico em sede de diagnóstico pré-natal que impediu que os progenitores fossem informados quanto à condição da criança, levando ao seu nascimento com deficiência.

No entanto, não podemos deixar-nos enganar pelo facto de a definição das ações por *wrongful life* não suscitar problemáticas. A verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm apontado, ao longo dos anos, diversos entraves ao reconhecimento destas ações em diversos ordenamentos jurídicos, levando a que este seja um tema vivo, atual e a padecer de solução. Tendencialmente, as *wrongful life actions* não são admitidas.

Conforme afirma ANASTASIOS MORAITIS “*Those claims are the most controversial among all claims treated herewith, because they rely upon an essential contradiction: the child purports that it would have been better off, had it not been born at all*”.<sup>66</sup>

Mas será esta pretensa contradição uma realidade? É de facto isso que é alegado pela criança – ou pelos pais, em sua representação – quando intenta uma ação por *wrongful life*? Será que o que se afirma é, efetivamente, que seria melhor a criança não ter nascido ao invés de viver com graves deficiências? E quanto aos danos peticionados? Dirão respeito ao ressarcimento pela própria vida, significando que se pretende uma indemnização decorrente do facto de existir? Entendemos que a resposta a todas estas questões apenas poderá ser negativa. Consideremos.

## 2.2 A LINHA DE ARGUMENTAÇÃO

São invocados diversos fundamentos que visam impedir que estas ações sejam levadas em conta. De um modo geral, apontam-se problemas quer a nível da responsabilidade civil – à semelhança do que acontece nas *wrongful birth actions* – em

---

<sup>66</sup> *Idem*, p.35.

sede de dano e nexo de causalidade, mas também quanto à determinação do direito que, hipoteticamente, deve ser considerado como tendo sido violado pelo profissional de saúde.

Independentemente da posição doutrinária ou jurisprudencial, é assumido que ocorre um erro médico,<sup>67</sup> em sede de diagnóstico pré-natal, que dá origem a uma criança que poderia ter sido abortada.

Ora, sendo pacífico o reconhecimento do erro médico, deveria ter-se como de fácil resolução as eventuais adversidades que surgem a este respeito. Mas não.

### 2.2.1 OS DANOS E O «DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA»

O nosso ensaio principiará pela consideração do requisito do dano, enquanto conhecido pressuposto da responsabilidade civil. Assim sendo, que tipo de danos poderão estar em causa? Serão danos patrimoniais e não patrimoniais como acontece relativamente às *wrongful birth actions*? E em concreto, que dano poderá ser invocado pela criança, ou pelos pais em representação da mesma?

No que diz respeito aos danos patrimoniais, a resolução passa pelo anteriormente exposto quanto às ações por *wrongful birth*, sendo de indemnizar os gastos decorrentes do sustento do filho que nasceu deficiente. Mas visto que esta ação é intentada pela criança – ou, pelo menos, no seu nome – quem é deverá ser ressarcido pelos danos verificados? Não nos podemos esquecer que está em causa um bebé que terá nascido com graves deficiências, podendo ser incapaz de exercer os seus direitos por si mesma. Nesta situação, impondo-se a representação da criança – a qual deverá ser exercida visando sempre o melhor interesse da mesma – poderá a indemnização ser atribuída diretamente ao

---

<sup>67</sup> O qual, como vimos anteriormente, poderá traduzir-se numa incorreta (ou, até mesmo, ausência) realização de exame médico; numa falha na sua interpretação; ou na deficiente transmissão dos resultados aos progenitores, impedindo-os assim de tomar uma decisão ponderada, consciente e informada sobre o caminho a dar à gravidez.



filho, ou deverá ser efetuada para os progenitores enquanto representantes desta?

Somos da opinião de que a compensação pelos danos patrimoniais deverá ser dirigida diretamente à criança, por diversos motivos. Em primeiro lugar, na ação de *wrongful life*, o centro de interesse é atribuído ao próprio filho, ainda que esta não possa exercer os seus direitos por si só. No entanto, tratamos de danos que a criança sofre enquanto ser. Se a criança é a lesada, é ela que deve ser compensada. Em segundo lugar, não sabemos com toda a certeza qual a utilização que será dada ao valor da indemnização caso esta seja transferida para terceiros – neste caso, progenitores ou qualquer pessoa que seja, naquela situação, a responsável. É certo que, em regra, os pais atuarão no interesse dos filhos, mas também sabemos que isto nem sempre ocorre. Além do mais, e em terceiro lugar, os pais poderão deixar de estar presentes na vida dos filhos – mais que não seja por questões de idade avançada e conseqüente falecimento – o que implica que o bebé – entretanto crescida – venha a necessitar de dispor da quantia para o seu sustento e vivência diária.<sup>68</sup>

É certo que, à partida, o sustento do filho será competência dos progenitores, impondo-se que estes sejam responsáveis pelo pagamento dos gastos que a primeira causa. Porém, sendo a indemnização atribuída diretamente à criança, não se entende que os progenitores sairão lesados, dado que a quantia da indemnização servirá também, e em parte, para colmatar essas despesas.

No que se relaciona com os danos não patrimoniais,

---

<sup>68</sup> Neste aspeto, VERA LÚCIA RAPOSO propõe a existência de um sistema misto onde os pais poderiam dispor de certa quantia para o sustento do filho até este atingir a maioridade e, posteriormente, este já poderia beneficiar de uma atribuição à parte com o intuito de fazer face às suas despesas, RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, pp. 106 e 107. Apesar de entendermos esta posição e merecer a nossa simpatia na sua generalidade, cremos que é um regime que poderia suscitar problemáticas por ser necessário fiscalizar a gestão da indemnização até a criança atingir a maioridade. Afinal de contas, manter-se-ia a questão de “controlar” se os progenitores usariam o dinheiro em prol da criança, ou não.

verificamos cair numa temática dotada de controvérsia. Aqui discutem-se temas como: qual o dano verificável? Como deverá proceder-se à delimitação da indemnização? É com infelicidade que constatamos uma persistente desorientação quanto ao cerne da questão.

Realmente, a cogitação em torno dos danos não patrimoniais permanece intrinsecamente relacionada com a questão do «direito à não existência ou a não nascer», motivo pelo qual serão aqui tratados em conjunto. Efetivamente, tanto a doutrina como a jurisprudência, têm procurado negar a admissibilidade das ações por *wrongful life* por julgarem que o que está presente é uma recondução do dano à própria vida da criança.<sup>69</sup> Ou seja, é tido como certo que o que a criança pretende – ainda que por meio dos seus progenitores – é uma indemnização por ter nascido. Isto fico claro nas palavras de VANESSA CARDOSO CORREIA “(...) não consideram aceitável a invocação de um dano consubstanciado na própria vida: a criança não pode afirmar preferir não ter nascido, a nascer com deficiência, sob pena de a comparação actual ser feita com o da não existência, impossível de quantificar”.<sup>70</sup> Também, em Espanha, INMACULADA VIVAS TESÓN salienta que “*En este tipo de reclamaciones, el hijo demandante solicita la condena del médico para que le indemnice de los daños consistentes en: de un lado, el hecho mismo de nacer, pues se suele alegar que habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones que lo hace, esto es, alega el derecho a no nacer o a nacer con una mente y cuerpos sanos; de otro, los daños económicos que*

---

<sup>69</sup> É precisamente isto que é mencionado no *supra* considerado Ac. do TRL de 30.04.2015: “*Na teoria do “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*”; também no referido Ac. do STJ de 17.01.2013: “*O Autor existe, mas concluir-se que o mesmo não deveria existir assim desta forma deficiente e por isso tem o direito a ser ressarcido, não pode ser, uma vez que a tal se opõe, além do mais, o direito*”.

<sup>70</sup> CORREIA, Vanessa Cardoso, *Ob. cit.*, p. 105.

*acarrea su vida enferma (...)*”<sup>71</sup>

Neste suposto «direito à não existência ou a não nascer» a criança deficiente alegadamente afirmaria que era preferível não ter vivido. Visto que tal não foi possível porque os pais não realizaram uma interrupção voluntária da gravidez – precisamente por desconhecerem a malformação – deverá ser indemnizada por ter de suportar estar viva.

Conforme refere VERA LÚCIA RAPOSO, o «direito a não nascer» diz respeito “*a um hipotético direito do embrião uterino a ver interrompida a sua gestação mediante um aborto (...) uma vez aceite este direito concomitantemente se aceitará uma acção de indemnização em nome da criança nascida com malformações ou doenças, interposta contra o médico que não detectou essas características (...) No fundo, uma indemnização por ter nascido em violação ao seu direito a não nascer, do qual derivaria um direito a ser abortado e um direito a não ser transferido para o útero*”.<sup>72</sup>

Temos assistido a uma tendência de não atribuição da indemnização à criança visto que o «direito à não existência» não é admitido no nosso ordenamento jurídico.<sup>73</sup> Atualmente, ainda é difícil considerar que uma pessoa possa querer não estar viva<sup>74</sup> e que nem todas as vidas são vistas como um benefício pelo seu

---

<sup>71</sup> VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Ob. cit.*, p.411.

<sup>72</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions (...)*, *Ob. cit.*, pp. 73 e 74.

<sup>73</sup> Neste sentido, veja-se o entendimento do abordado Ac. do STJ de 17.01.2013, “*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*”.

<sup>74</sup> Apesar de, progressivamente, este pensamento estar a ser alvo de mutações, especialmente devido à figura da eutanásia.

portador. Mas a realidade é que, por vezes, uma vida pode ser encarada como um dano. Será que quem vive em constante sofrimento e dor física estará realmente feliz e achará que a sua vida é uma bênção? Ser sempre e totalmente dependente de alguém, até para as necessidades mais básicas, fará surgir um sentimento de apreciação por estar vivo? É assim tão inusitado admitir que alguém possa não querer viver nas condições em que nasceu e com as quais terá de se contentar e suportar até falecer? Porque é precisamente disto que falamos: pessoas que têm de se esforçar para suportar estarem vivas, vivendo diariamente com a agonia de determinada deficiência e, ao mesmo tempo, com a imposição de o fazerem. Poderemos estar perante situações em que alguém conceitua a não vida como algo melhor face à vida deficiente. E não se quer com isto significar que uma vida deficiente é inferior a uma vida sem deficiência e que a primeira não merece ser vivida. Não é disso que se trata – ainda que a doutrina e jurisprudência que eliminam a possibilidade de admissão das *wrongful life actions* assim queiram fazer parecer. Uma vida com deficiência merece ser vivida na sua plenitude. Porém, é inegável que existem maiores dificuldades em muitas das áreas da vida, as quais não existiriam se não tivesse a deficiência. E é isto que tem de ser compensado: a deficiência que ocorre.

PAULO VAZ PATTO traz à discussão diversas afirmações, entre as quais: *“Como seria possível, por outro lado, afirmar que uma pessoa deficiente preferia não nascer? Se o nascimento dessa pessoa der origem a uma indemnização, sobre a sociedade passaria a recair uma forte pressão eugenista, que levaria os médicos a aconselhar o aborto, e as mães a aceitá-lo, à mais pequena dúvida sobre uma eventual deficiência”*.<sup>75</sup> Ora, parece-nos que com esta linha de argumentação a única coisa que se pretende é desresponsabilizar os profissionais de saúde das obrigações a que estão sujeitos. A necessidade de o médico

---

<sup>75</sup> PATTO, Pedro Vaz, *A vida, um dano indemnizável?*, in Brotéria (Cristianismo e Cultura), n.º 4, Vol. 156, Abril 2003, p. 329.

informar a paciente é a base da atividade médica. Tentar caracterizar que os médicos iriam aconselhar o aborto porque caso contrário seriam responsabilizados, é puramente chocante.<sup>76</sup> A informação é uma obrigação que tem de ser cumprida independentemente do que pode ocorrer. Os médicos não podem recusar-se a cumprir o dever de informação por ter receio do que acontecerá posteriormente. Isso é um contrassenso. Admitir que os profissionais de saúde possam aconselhar o aborto para não serem considerados responsáveis perante um caso de *wrongful actions* – quando efetivamente cometeram um erro de diagnóstico – é o mesmo que dizer que estes podem recomendar a não existência de vida. Ou seja, colocamos problemas quando alguém deficiente – e que sabe o que é viver com essa deficiência – afirma que preferia não viver, mas já não haverá questões se o profissional de saúde recomendar um aborto porque não quer ser implicado num erro médico? A ser assim, também um arquiteto deixará de projetar uma casa, um dentista deixará de arrancar dentes e um advogado deixará de advogar sob pena de poderem ser responsabilizados no exercício das suas funções.

De qualquer forma, o problema aqui prende-se com a inexistência desse conselho de abortar, precisamente porque os médicos não informaram a paciente, seja sobre os riscos, seja sobre as opções que tem.

---

<sup>76</sup> Mais chocante é o facto de o Autor referir que “*A possibilidade de não serem detectadas deficiências sempre e com certeza e o receio de responsabilização por danos avultados pode levar os médicos a aconselhar o aborto à mais pequena dúvida e contribuiria para um aumento dos prémios de seguro*”, *Idem*, p. 330. Portanto, como os médicos podem ter problemas por proferirem um diagnóstico errado, a solução deve passar por aconselhar a progenitora a abortar? Equacionar esta hipótese e tê-la como aceitável viola todos os princípios básicos da lei e da moral. Mas ao mesmo tempo em que somos confrontados com uma tentativa de tornar esta linha de argumentação justificável, vemos que a mera possibilidade de admitir que algumas pessoas prefiram não viver, a viver com deficiência, é algo atentatório à constituição. Ou seja, alguém que vive com uma deficiência grave e em sofrimento, não é capaz de dizer que preferia não viver, mas admitir que os médicos passem a aconselhar a realização do aborto apenas porque não querem ser responsáveis pelo resultado que pode advir se não o fizerem, já é aceitável. Entendemos que as prioridades estão um pouco trocadas.

Ademais, saliente-se, não é este «direito à não existência ou a não nascer» que a criança invoca. Ao invés, ela pretende uma indemnização por ter nascido com deficiência.<sup>77,78</sup> Ou seja, o dano não se prende com a vida em si, mas com a obrigatoriedade de a viver com deficiência. É aqui que a doutrina e a jurisprudência ainda têm, com o devido respeito, dificuldade em chegar. O facto de partirem do pressuposto que o que se quer é afirmar um direito a não existir, inquina qualquer possibilidade de admitirem que uma vida deficiente traduz um dano para quem a vive.<sup>79</sup> Há uma constante afirmação de que o ordenamento jurídico não admite um «direito a não nascer» por força do exposto nos artigos 1.º, 24.º e 25.º da CRP, o que colidiria, essencialmente, com o princípio da dignidade.<sup>80</sup>

Porém, considerando que não é o direito que a criança invoca, fazemos nossas as palavras de PINTO MONTEIRO “*será que se respeita mais a dignidade humana quando se recusa a indemnização, ou, pelo contrário, não será precisamente o respeito pela pessoa humana a exigir que se lhe reconheça esse direito a fim de suportar a vida com um mínimo de*

---

<sup>77</sup> O TRL afirma, e bem, que “(...) não é a vida que é tida como um dano, em si mesmo, o dano da vida, propriamente dito, mas antes a deficiência da vida, isto é, o dano da deficiência que essa vida comporta”.

<sup>78</sup> MARISA ALMEIDA ARAÚJO, afirma que “Na verdade, do que se trata neste tipo de acções não é da vida como valor ou desvalor, mas antes, realmente, do sofrimento e das necessidades causadas pela deficiência. A indemnização não deve compensar o dano de ter nascido mas sim a dor e o sofrimento que a criança experienciou após o nascimento”, ARAÚJO, Marisa Almeida, *Ob. cit.*, p. 122.

<sup>79</sup> Também como refere FERNANDO ARAÚJO, “Não se trata de saber se há um limite (e onde está) para lá do qual a vida perde de tal modo o sentido que a sua ocorrência é um dano para quem a experimenta – e, subentender-se-ia, é um dano imputável a quem no passado devia ter promovido um aborto, ou mesmo a quem no presente não lhe ponha imediatamente termo -. Se este tipo de acções pretendessem pôr em causa o respeito tradicional pelo valor intrínseco e absoluto da vida, elas deveriam ser pura e simplesmente banidas”, ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, 1999, Coimbra, Almedina, p. 96.

<sup>80</sup> Já no que toca ao direito à vida, não poderá ser colocado de parte que alguns autores e, até mesmo, a jurisprudência, começam a admitir que este não é absoluto.

*condições materiais e de dignidade?”*.<sup>81</sup>

De facto, acreditamos que constitui um atentado à dignidade humana não conceder uma indemnização a quem é diretamente – e, até mesmo o principal – lesado com o erro médico cometido. Afinal de contas é a criança que vai viver todos os dias da sua vida com uma deficiência grave. Não indemnizar o bebé que nasce deficiente, implicaria deixar passar impune um erro que tem uma consequência diária na vida de uma pessoa: viver com uma deficiência. Deficiência esta que obrigatoriamente tem de ser considerada um dano. Como afirma, e bem, MARISA ALMEIDA ARAÚJO “*Mas, com todo o respeito, não sejamos cínicos, mesmo os mais acérrimos defensores da vida e da vida independentemente da deficiência não podem negar que esta acarreta danos que devem ser compensados quando a criança nasce num quadro como o colocamos nas wrongful life*”.<sup>82</sup>

A consideração de uma deficiência como um dano seria unanimemente aceite se esta se tivesse manifestado já no decorrer da vida da pessoa. Sendo assim, apenas podemos concluir que – de acordo com o entendimento da doutrina e da jurisprudência – uma pessoa que nasce deficiente não tem os mesmos direitos que alguém não deficiente que, por erro médico, altera a sua condição ao longo da vida. Mais em pormenor, uma pessoa deficiente poderá nem ter os mesmos direitos que uma outra pessoa deficiente, dado que a doutrina e a jurisprudência fazem distinção consoante o momento em que a deficiência se dá, permitindo mais proteção a quem sofre uma deficiência ao longo da sua vida e não ainda em fase de desenvolvimento, mesmo que ambas se fiquem a dever a um erro médico. Será isto mais correto do que admitir, *ab initio*, a atribuição de uma indemnização com base num nascimento com deficiência?

É lógico que a informação que o profissional de saúde não transmitiu, sempre seria dirigida aos progenitores e não à

---

<sup>81</sup> PINTO MONTEIRO, *Ob. cit.*, p. 938.

<sup>82</sup> ARAÚJO, Marisa Almeida, *Ob. cit.*, p. 115.

criança, mas esta sofre danos com a má-prática médica que o profissional levou a cabo. Os deveres do médico resultantes do contrato de prestação de serviços têm de envolver a criança – por força da figura do contrato a favor de terceiro<sup>83</sup> – e, como tal, não podemos deixar de admitir que a criança merece ser indenizada por violação das *leges artis*.

Mais, ainda que se ultrapassasse a questão do dano e «direito à não existência», somos confrontados com outro obstáculo colocado pela doutrina e jurisprudência: como é que opera o cálculo deste dano?

Como sabemos, o cálculo do dano obedece a uma fórmula que compreende a comparação entre a situação atual do lesado e aquela em que ele estaria caso a lesão não tivesse ocorrido.

Bom, a doutrina tem aproveitado para formular uma nova crítica à possibilidade de indemnização a quem nasce deficiente afirmando, basicamente, que estamos perante uma pergunta sem resposta dado que é impossível comparar a vida de alguém deficiente (situação atual do lesado), com a não vida (situação do lesado caso o dano não tivesse ocorrido). Porém, salvo o devido respeito, este entendimento não é correto, dado que vai recair, novamente, na consideração de que o dano é a vida e não a deficiência. Se partirmos sempre de um ponto errado, é evidente que há uma maior dificuldade em alcançar respostas e soluções para as problemáticas em causa.

Conforme alude – e defendemos que corretamente – alguma jurisprudência, *“A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entra a existência e a não existência, mas antes entre a situação em que a criança acaba por nascer e aquela que aconteceria se não fosse a lesão, ou seja, entre a existência de uma pessoa, dita “normal”, e a existência de uma pessoa com malformações, pelo que o valor negativo é*

---

<sup>83</sup> Como veremos *infra* aquando o estudo do nexo de causalidade, p. 39.



*atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável”*.<sup>84</sup> Também VERA LÚCIA RAPOSO segue este entendimento, expondo que “(...) *o que se deve é cotejar a situação atual da criança com aquela que existiria se porventura tivesse nascido sem a dita condição*”.<sup>85</sup>

A alegada dificuldade em calcular o dano fica assim resolvida. E que não se diga que é impossível fazer este cálculo dado que os tribunais já decidiram inúmeras ações sobre deficiências ao longo dos anos.<sup>86</sup> Em caso de dúvida, sempre deverá recorrer-se ao princípio da equidade, nos termos do artigo 566.º, n.º 3 do CC.

Com tudo o que se deixou exposto relativamente ao pressuposto do dano enquanto requisito de admissão das ações por *wrongful life*, apenas podemos terminar esta consideração por aderir ao expressado por MARISA ALMEIDA ARAÚJO “*É que, a não ser assim e mantermo-nos numa teia paradoxal sobre “existência” e “não existência”, que nesta altura nem sequer se concebe jamais se colocando qualquer espécie de reconstituição natural, ainda vamos acabar por colocar a criança a fazer um louvor ao médico uma vez que só está viva por causa deste*”.<sup>87</sup>

## 2.2.2 NEXO DE CAUSALIDADE

À semelhança do que ocorre nas ações por *wrongful birth*, também aqui é necessário que se preencha o requisito do

---

<sup>84</sup> Ac. do TRL de 30.04.2015; também, na mesma direção, o já indicado Ac. do STJ de 12.03.2015.

<sup>85</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica*, *Ob. cit.*, p. 109.

<sup>86</sup> A título de exemplo, antes de alguém ficar sem braço na sequência de um acidente de trabalho, nunca se tinha calculado o valor da indemnização numa situação semelhante. Alguma vez teve de ser a primeira e não foi por isso que os tribunais deixaram de decidir. Perante um caso de nascimento deficiente, o tribunal terá de realizar um cálculo com base em muitos indícios semelhantes aos que utilizará para calcular a indemnização a atribuir noutros contextos. A inexistência de uma situação idêntica não poderá servir de justificação para a não implementação destas decisões.

<sup>87</sup> ARAÚJO, Marisa Almeida, *Ob. cit.*, p. 127.

nexo de causalidade para efeitos de responsabilização do profissional de saúde.

Visto que o dano em causa não é a vida da pessoa deficiente, mas sim a própria deficiência, importa saber se o médico poderá responder por tal circunstância dado que não é a sua atuação que causa a deficiência em si. O que se passa é que os progenitores nunca tiveram conhecimento desse facto – por incumprimento das *leges artis*, nomeadamente do dever de informação – e, como tal, não foi sequer ponderada a possibilidade de recorrer ao aborto fetopático.

Dado que a deficiência é independente da conduta do médico, poderíamos excluir a responsabilidade do profissional de saúde por, precisamente, não ser o erro médico a estar na origem da deficiência. Mas será assim? À luz da teoria da causalidade, exposta no artigo 563.º do CC, parece que a resposta só poderá ser positiva. Mas vejamos de perto.

Conforme já mencionado, a falha médica em sede de diagnóstico pré-natal poderá assumir diversas formas. No entanto, estaremos sempre perante um erro de informação. De qualquer modo, o cumprimento dos deveres subjacentes à atividade médica, não resultaria na cura da criança ou no seu nascimento saudável. Ao invés, estaríamos perante um não nascimento – admitindo-se, claro, que os progenitores iriam interromper a gravidez.

Aqui, entramos novamente no âmbito da consideração da vida como um dano, conforme já deixámos exposto *supra*. Porém, de acordo com a posição de VERA LÚCIA RAPOSO, “(...) *a partir do momento em que a lei admite a interrupção da gravidez de um feto com anomalias graves está com isto a admitir que uma vida nestas condições pressupõe, efectivamente, um dano, o qual não reside na vida em si, e muito menos na pessoa que a vive, mas sim nas anomalias com que é forçado a viver (...)*”<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions (...)*, *Ob. cit.*, p. 86.

Ora, é certo que o profissional de saúde não causa a deficiência e que, ao mesmo tempo, a vida da criança não é identificada como um dano. Ainda assim, não podemos discordar que se o profissional de saúde tivesse informado os progenitores da realidade, o nascimento com a malformação não teria ocorrido. Desta feita, o facto de o médico não causar diretamente a deficiência não deverá ser suficiente para impedir que se tenha como assente a presença do nexo de causalidade, funcionando este por via indireta.<sup>89</sup> O nascimento com malformação e/ou deficiência grave não teria ocorrido se o médico atuasse de acordo com os deveres que sobre ele impendem. Como tal, ainda que seja amplamente acolhida a teoria da causalidade adequada, neste âmbito será de apontar noutro sentido, assim como faz GUILHERME DE OLIVEIRA, segundo o qual *“se o médico executa mal um DPN, produz um resultado negativo falso e a grávida leva até ao fim uma gravidez que teria podido interromper – e que teria provavelmente interrompido – pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada”*.<sup>90,91</sup>

---

<sup>89</sup> O mesmo surge no apontado Ac. do TRL de 30.04.2015: *“Existe nexo de causalidade suficiente, ou nexo de causalidade indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento o feto com mal-formação, devido a inobservância das leges artis, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita”*. No mesmo sentido acompanha o Ac. do STJ de 12.03.2015 que acrescenta ainda *“O facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que o mesmo se mostre, por sua natureza, de todo inadequado à sua verificação, e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais, o que não acontece quando o comportamento do lesante foi determinante, ao nível da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso. O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço”*.

<sup>90</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2005, p. 216.

<sup>91</sup> Igualmente, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *“O nexo de causalidade exigido entre o dano e o facto não exclui a ideia de causalidade indirecta, que se dá quando o facto não produz ele mesmo o dano, mas desencadeia ou proporciona um*

Agora, dado que admitimos a existência de um nexo causal entre a conduta do médico e o dano ocorrido, ainda que de forma indireta, a que título é que o imputamos? Não poderá ser colocado de parte que a informação que não foi transmitida era dirigida aos progenitores e não ao próprio nascituro. O contrato de prestação de serviços foi celebrado entre os progenitores e o médico, pelo que a falha de informação apenas funcionaria quanto a este. Todavia, neste contexto, seguimos o entendimento da doutrina que admite a figura do contrato a favor de terceiro. Ao abrigo destes contratos, “(...) a relação obrigacional estende-se para lá da órbita dos dois contraentes, mas esta extensão limita-se, bem entendido, ao direito de exigir uma indemnização por violação dos deveres laterais que o devedor tinha para com estes terceiros, expostos, naturalmente e ab initio, à possibilidade de saírem prejudicados em caso de inadimplemento da obrigação”.<sup>92</sup>

Com o funcionamento do contrato a favor de terceiro, além de protegermos a relação contratual celebrada entre a progenitora e o profissional de saúde, conseguimos também salvarguardar o feto, visto que também são os interesses deste que estão em causa. De facto, a atuação do médico não deve visar, única e exclusivamente, o garante da progenitora, mas sim os melhores resultados para o feto, procurando não causar danos ao mesmo. Assim, e ainda como refere MARTA VICENTE “Trata-se, no fundo, de reconhecer que, para além dos deveres principais, secundários e acessórios do devedor para com o credor, aquele tem ainda, em função do círculo de protecção do contrato, deveres especiais de protecção e cuidado para com terceiros (...)”<sup>93</sup> e isto é facilmente compreensível na medida em que a progenitora, no âmbito da gravidez, não recorre ao

---

outro que leva à verificação deste”, LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 579.

<sup>92</sup> VICENTE, Marta, *Algumas reflexões (...)*, *Ob. cit.*, p. 130.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

profissional de saúde apenas para seu benefício, mas sim para obter os melhores cuidados também para o seu filho. O âmbito de proteção do contrato de prestação de serviços alarga-se, assim, a quem não é parte direta no contrato, estendendo-se a um terceiro, ou seja, à criança.<sup>94</sup>

Uma outra questão que merece ser mencionada – ainda que de modo breve – diz respeito à possibilidade de os nascituros beneficiarem desta proteção decorrente do contrato a favor de terceiros. Podemos apontar que parte da doutrina afasta a concessão de uma indemnização à criança dado que, ainda que se admita a figura do contrato a favor de terceiros, esta, à data, ainda se tratava de um nascituro o qual, conseqüentemente, carecia de personalidade jurídica por força do artigo 66.º do CC. Não obstante, como salienta, e bem, VERA LÚCIA RAPOSO, é o mesmo CC que prevê a atribuição de direitos patrimoniais ao nascituro, como ocorre no caso dos artigos 952.º e 2033.º, n.º 1 do CC. Como tal, afirma a Autora “(...) *parece-nos que, a partir do momento em que o ser humano efectivamente nasce, se torna pessoa, e conseqüentemente adquire direitos, pode reivindicá-los, ainda que o facto que lhes dá origem – ou seja, os pressupostos que accionam o direito – se reportem a um momento anterior à aquisição deste*”.<sup>95,96</sup>

---

<sup>94</sup> Por sua vez, no considerado Ac. do STJ de 17.01.2013, tal possibilidade é negada “*Nem se poderá seguir pela chamada «terceira via» da responsabilidade civil, através do enquadramento neste instituto do contrato com eficácia de protecção para terceiro, um tertium genus, o que possibilitaria abarcar as situações de violação de deveres específicos de protecção e cuidado emergentes daquele acordo havido com os Réus e para com terceiros*”.

<sup>95</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions (...)*, Ob. cit., p. 76.

<sup>96</sup> Contudo, este entendimento não é unânime. O próprio STJ negou a inserção da criança no contrato celebrado entre a progenitora e o profissional de saúde, dado que à data, o filho inexistia enquanto ser humano, não permitindo sequer a ultrapassagem deste obstáculo com recurso à via do contrato a favor de terceiro, conforme exposto no Ac. do STJ 17.01.2013, afirmando-se, em parte, “*A nossa grande dificuldade, nesta possível construção jurídica, consiste na impossibilidade de se considerar como «terceiro» o feto, pois não se pode aceitar, de todo em todo que a criança, inexistente enquanto ser humano – em gestação apenas – face ao preceituado no normativo inserto no artigo 66º, nº1 do CCivil, que prescreve que a personalidade se adquire «(...)*

E, na nossa opinião, assim é. Ainda que se trate de um nascituro, há a criação de um direito que lhe é concedido se este nascer com vida. Aí poderá ser ressarcido, ainda que de forma retroativa. De facto, se assim não fosse, as lesões sofridas pela criança deficiente – decorrentes dos danos já referidos – não tinham qualquer titular que fosse alvo de proteção, principalmente quando também há quem retire a legitimidade dos progenitores para representar os filhos numa ação por *wrongful life*.

### 2.3 JURISPRUDÊNCIA CENTRAL: *ARRÊT PERRUCHE*, *BABY KELLY* E O ACÓRDÃO DO STJ

Como se tem procurado deixar claro, as ações por *wrongful life* não são aceites na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, existindo variadíssimos argumentos contra a sua aceitação. Esta realidade estende-se, também, à vertente jurisprudencial.

Neste domínio, é imperativo considerar os casos que provavelmente assumirão a categoria dos mais conhecidos a nível internacional: falamos aqui de Nicolas Perruche e de Kelly Molenaar, seguindo-se a menção ao primeiro caso de *wrongful life actions* em Portugal.

#### 2.3.1 NICOLAS PERRUCHE

Esta demanda além de extremamente polémica, é o perfeito exemplo de que a pressão social consegue influenciar, em larga escala, o que por vezes é decidido.

Nicolas Perruche é talvez o caso mais importante em termos de *wrongful actions*, especialmente na ordem das *wrongful life actions*. Este jovem nasceu com graves deficiências,

---

*no momento do nascimento completo e com vida.», possa ser tida como parte interessada num contrato havido entre aqueles que a conceberam e outrem, sendo a mesma na altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica, sem prejuízo da Lei lhe atribuir alguns direitos”.*

nomeadamente, problemas cardíacos e ao nível do desenvolvimento, cegueira e surdez.<sup>97</sup> Na origem destes défices estava a rubéola, doença que teria sido contraída pela sua progenitora durante a gravidez.

Apesar de a progenitora ter alertado o médico para a desconfiança de ser portadora desta doença, foi-lhe assegurado de que tal não se verificava, criando uma legítima sensação de segurança. O facto é que com o nascimento da criança, pôde verificar-se que a informação transmitida não correspondia à realidade, existindo uma violação das *leges artis* a que o profissional de saúde estaria adstrito. Este facto assume especial gravidade quando temos conhecimento de que a progenitora informou o médico de que se se concluísse que tinha rubéola, recorreria à interrupção voluntária da gravidez.

Deste modo, além de ter sido comunicada uma informação errada à progenitora, esta viu-se privada da possibilidade de escolher quanto à continuação da gravidez, a qual provavelmente teria sido no sentido de a interromper.

Como resultado, foi intentada uma ação por *wrongful life* contra o médico e o laboratório. Em sede de primeira instância, os demandados foram condenados no pagamento de uma indemnização a Nicolas pelos danos físicos que lhe causaram.

Inconformados com esta decisão, os demandados interpuuseram recurso, tendo o mesmo sido declarado procedente. Em suma, o tribunal considerou que não se podia dar como verificado o requisito do nexo de causalidade, dado que os danos sofridos por Nicolas não tinham sido causados pelos demandados. Ao invés, decorriam de uma doença da progenitora que não foi originada pelo médico ou pelo laboratório.

Mais uma vez, foi interposto recurso, tendo a decisão seguido no sentido de: “*Dès lors que les fautes commises par un*

---

<sup>97</sup> Em termos clínicos, esta situação é usualmente designada por Síndrome de Gregg, o qual decorre de uma rubéola congénita, provocando na criança três tipos de doenças: cegueira, surdez e cardiopatia.

*médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.*"<sup>98</sup>

Como tal, admitiu-se a possibilidade de Nicolas Perruche ser ressarcido pelos danos sofridos com a atuação do profissional de saúde e laboratório, ainda que esta não tenha sido causa direta na sua deficiência. A circunstância de terem incumprido os deveres contratuais estabelecidos com a progenitora – levando a um nascimento deficiente que poderia ter sido interrompido caso a mesma tivesse a informação necessária – serviu como fundamento suficiente à admissão da *wrongful life action*.

Porém, as dificuldades inerentes a este processo não ficaram pelo *supra* exposto. Em vez disso, existiu elevada oposição à decisão tomada pelo tribunal, dando origem ao surgimento da *Lei n.º 2002-303* de 4 de Março de 2002, também conhecida como *Loi Anti-Perruche*. Do teor desta lei resultaram, expressamente, negadas as ações intentadas por quem sofreu um prejuízo se os danos não fossem diretamente causados pela conduta médica. Ou seja, apenas passaria a ser possível ser ressarcido caso se demonstrasse um nexo de causalidade direto entre o facto e o dano, o que à partida negaria os casos de *wrongful life actions* em que o médico não causou a deficiência e onde “apenas” não evitou o nascimento com a deficiência. Além disso, o nascimento com deficiência nunca poderia ser reputado como um dano.

Neste contexto, apenas se têm como admitidas as ações por *wrongful birth*.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> CORREIA, Vanessa Cardoso, *Ob. cit.*, p. 102.

<sup>99</sup> Ainda que, como refere VERA LÚCIA RAPOSO, apenas se admita “(...) que os pais possam pedir uma compensação pelos danos sofridos em virtude do nascimento de uma criança cuja deficiência não foi detectada durante a gravidez, mas exclui do montante os encargos especiais que venham a suportar com o filho, isto é, os danos



### 2.3.2 KELLY MOLENAAR

O caso de Kelly Molenaar – também conhecido como “Baby Kelly” – obteve um resultado mais satisfatório no que toca ao reconhecimento das ações por *wrongful life*.

À semelhança do que sucedeu no *Arrêt Perruche* estamos perante a ocorrência de deficiências graves numa criança onde, mais concretamente: “(...) *não vê nem ouve corretamente, não consegue andar, foi já submetida a várias intervenções cirúrgicas ao coração, é autista, não fala, dificilmente reconhece as pessoas, é asmática, sofre frequentemente de alterações intestinais e sente dores quase ininterruptamente, chorando inconsolavelmente*”.<sup>100</sup> São assim evidentes os danos que esta criança teve de enfrentar.

O que é que lhes esteve na origem? A mãe de Kelly solicitou a realização de um exame de diagnóstico pré-natal com o objetivo de aferir se era portadora de uma alteração genética. Poder-se-ia pensar que este pedido resultava de uma mera fixação da progenitora em garantir que, à partida, tudo correria bem – ou pelo menos dentro da normalidade – com a sua gravidez. Mas não. A alteração genética que a mãe de Kelly queria despistar, já se encontrava verificada em vários casos da família, originando assim uma desconfiança acrescida por parte desta progenitora e no crescimento da necessidade de procurar uma garantia adicional por meio da realização de exames médicos. Apesar de a mãe de Kelly já ter sofrido dois abortos, o exame foi-lhe negado pela obstetra dado que este só era possível com a ocorrência de três abortos espontâneos. O resultado foi o que se deixou exposto.

Apesar de ter sido intentada uma ação por *wrongful birth*

---

patrimoniais, os quais ficam a cargo da Solidariedade Nacional”, RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions*, *Ob. cit.*, p. 71.

<sup>100</sup> CORREIA, Vanessa Cardoso, *Ob. cit.*, p. 104.

e *wrongful life* em simultâneo, apenas a primeira foi considerada admitida pelo tribunal de primeira instância, o qual condenou os demandados – obstetra e hospital – no pagamento de danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do erro médico e na criação da impossibilidade de a progenitora optar pela interrupção voluntária da gravidez.

Tanto o tribunal de segunda instância, como o Supremo Tribunal de Justiça Holandês – na sequência dos recursos interpostos – admitiram a ação de *wrongful life* por considerarem que Kelly também seria parte no contrato celebrado, beneficiando dos deveres que do mesmo decorrem, aceitando-se assim a existência denexo causal entre a conduta dos demandados e os danos sofridos por Kelly.

### 2.3.3 O ACÓRDÃO DO STJ

A primeira decisão portuguesa sobre as *wrongful life actions* consta do Ac. do STJ proferido a 19.06.2001, à qual foi negado provimento.

Neste processo temos uma gravidez de risco, tendo este facto sido reconhecido pelo próprio médico. Apesar de a progenitora ter realizado diversas ecografias – a pedido do médico e em laboratório da confiança deste – nunca foram descobertas as deficiências que o bebé tinha. Consequentemente, a progenitora viu o seu direito de autodeterminação rejeitado, não podendo optar quanto ao rumo da gravidez, onde poderia ter escolhido interromper a mesma.

A criança veio a nascer com diversas deficiências – malformações em ambas as pernas e na mão direita, sendo que a locomoção desta está sempre dependente de terceiros.

Com base nestes factos, o menor – representado pelos seus progenitores – veio intentar uma ação contra o médico e o laboratório onde peticiona o ressarcimento a título de danos patrimoniais e não patrimoniais pelos danos decorrentes da má

atuação dos demandados.

De facto, se os profissionais de saúde, aqui demandados, tivessem atuado com a diligência que lhes é imposta, teriam descoberto as malformações, informando assim os progenitores dessa ocorrência. Daí, depois de devidamente informados, os pais estariam em condições de decidir.

Conforme resulta do Ac., o menor *“fundamenta o pedido na conduta negligente dos réus que não detectaram, durante a gravidez da mãe, as referidas anomalias físicas. Por esse motivo, diz, os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma”*. Acresce que o autor [na ação] invoca – e entendemos que bem – que as malformações de que padece poderiam ter sido detetadas atempadamente, o que possibilitaria a escolha e atuação dos progenitores. No entanto, isto apenas não aconteceu porque *“os réus não só não recorreram aos exames e cuidados que se justificavam, como não informaram os pais do autor (...) não terão assim respeitado [os réus] as *leges artis*, a *praxis clínica* e, por isso, os pais do menor só terão tido conhecimento da malformação aquando do nascimento do mesmo”*.<sup>101</sup>

Apesar dos argumentos invocados pelo autor, o STJ negou provimento ao recurso, com base em diversos motivos: (i) entendimento de que o pedido – indemnização pelos danos sofridos – não se adequa à causa de pedir – impossibilidade de decidir quanto à continuação da gravidez – porque esta sempre estaria adstrita à esfera jurídica da progenitora, nunca sendo o filho a encabeçar uma ação com base neste fundamento; (ii) além disso, entende que a pretensão do menor só poderia avançar se o «direito à não existência» fosse admitido em Portugal, o que não acontece e, mesmo assim, (iii) só a criança poderia pedir a indemnização e não os pais em sua representação, algo que consequentemente apenas poderia ocorrer quando esta atingisse a

---

<sup>101</sup> Excertos retirados do Ac. do STJ em consideração.

maioridade.<sup>102</sup>

Como se deixou evidente na nossa linha de argumentação estabelecida em pontos anteriores, não concordamos com o entendimento do Douto tribunal. No entanto, este parece pelo menos admitir a possibilidade de uma ação por *wrongful birth* ao mencionar que *“Dentro da lógica da argumentação do autor, o pedido de indenização deveria ser formulado pelos pais e não por ele, já que o direito ou a faculdade que poderá ter sido violado [referindo-se à possibilidade de optar quanto ao decurso da gravidez] não se encontra na órbita da sua esfera jurídica, mas sim de seus pais”*.<sup>103</sup>

## CONCLUSÃO

Aqui chegados, cumpre concluir.

Fica claro que o tema que nos propusemos tratar não assume apenas uma vertente teórica, sem qualquer aplicação na nossa atualidade. Muito pelo contrário.

Infelizmente, a ocorrência de erros médicos continua a existir, fazendo parte de qualquer profissão que se exerça. É amplamente aceite que por mais experiência, competência e empenho que um profissional tenha, este não consegue atingir a perfeição. Em consequência, poderão ser cometidos erros que chegam a ser graves.

No entanto, neste trabalho procurámos retratar falhas que poderiam ter sido evitadas e que se direcionam especificamente

---

<sup>102</sup> Esta fundamentação fica explícita na seguinte passagem: *“Relativamente ao autor, que é quem formula o pedido, tem que se concluir que aquilo que está em causa é o direito à não existência. (...) Este, nos termos em que a problemática é colocada, pode dizer: não queria existir, logo tenho direito a uma indemnização por isso acontecer. Tal direito, que não encontra consagração na nossa lei, mesmo que exista, não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho. Só este, quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização”*, de acordo com o mencionado no Ac. do STJ em análise.

<sup>103</sup> Ainda, Ac. do STJ em estudo.

ao diagnóstico pré-natal, nomeadamente por ausência de realização de exames que deveriam ter tido lugar; incorreta interpretação dos resultados; e, até mesmo, inexistência de transmissão de informação aos progenitores. Precisamente por estas ocorrências, os progenitores nunca souberam que o bebé tinha graves deficiências, só sendo confrontados com essa realidade no momento do nascimento. Em virtude disso, a possibilidade de recorrer ao aborto – mais concretamente na modalidade do artigo 142.º, n.º 1, alínea c) do CP – foi-lhes vedada. Ou seja, os progenitores viram coartado o direito a decidir, independentemente do sentido em que o fizessem.

Estes fatores originam as estudadas *wrongful actions* que têm sido cada vez mais utilizadas para fundamentar a responsabilidade dos profissionais de saúde perante os erros por estes cometidos.

Apesar de todas as discussões, quer doutrinárias, quer jurisprudenciais, podemos afirmar que as *wrongful birth actions* são já quase que pacificamente aceites na maioria dos ordenamentos jurídicos. É certo que alguns aspetos ainda são alvo de discordância e, na nossa opinião, precisam de ser limados, mas na sua grande generalidade já se chegou a um entendimento perto da unanimidade.

O mesmo não se pode dizer das *wrongful life actions*. Estas continuam a ser rejeitadas e tratadas com desconfiança pela vasta maioria de críticos sobre este tema. E é com profunda tristeza que chegamos a esta conclusão, principalmente quando analisamos de perto a argumentação para o seu afastamento e nos apercebemos que o problema principal – relacionado com o suposto «direito à não existência» - é uma não questão. De facto, quem rejeita este tipo de ações socorre-se de que a criança afirma que prefere não viver e que o que quer ver reconhecido é um direito a não existir. Porém, como deixámos exposto ao longo deste ensaio, não é disso que se trata. Além do mais, parece resultar da argumentação, uma tentativa forçada de a todo o custo

desresponsabilizar o profissional de saúde, apesar deste ter contribuído – ainda que de modo indireto – para a ocorrência dos danos que são invocados.

Entendemos que este assunto deverá ser estudado com pormenor e direcionado à atualidade. Ainda existe o estigma de que uma pessoa nunca poderá afirmar que não quer viver e que teria preferido não existir se a contrapartida é viver em sofrimento – físico e emocional. Mas não podemos ser redutores e, com o devido respeito, insinceros. Viver com uma grave deficiência, ainda que a pessoa felizmente consiga organizar e constituir a sua vida com a máxima normalidade possível, é diferente de viver sem uma deficiência. E com isto, salientemos, não diremos que uma vida deficiente tem um valor inferior à vida de alguém que não tem deficiências. Apenas quer significar que simplesmente alguém pode não querer viver assim.

Determinado tipo de mentalidades e entendimentos poderiam fazer sentido na antiguidade, ao passo que agora já estão desatualizadas face aos avanços verificados na medicina, na tecnologia e na vivência da sociedade.

Consideramos que este é um tema que não deve cair no esquecimento e que precisa de ser alvo de uma atualização célere, passando a olhar-se para as *wrongful life actions* de um modo adequado, ainda que ponderado.

Muitas perguntas continuam a chamar por resposta e esta é uma área de constante evolução, o que permite que o objeto continue atual e apaixonante.

Apesar de não ter sido possível abordar todos os conteúdos que se encontram relacionados, procurámos considerar os temas que nos pareceram centrais.

Suspeitamos que ainda se escrevam muitas linhas neste domínio, desejando que sejamos observadores de um desenvolvimento favorável.



## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, 1999, Coimbra, Almedina;
- ARAÚJO, Marisa Isabel Almeida, *Ser ou não ser? As wrongful life claims*, Lusíada. Revista de Direito, n.º 16, 2016, pp. 91-133;
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Vida como um dano: breve reflexão*, in Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1, 2019, pp. 1144-1179;
- BORGES, Daniella Aloise, *Wrongful birth actions e o dever de informar*, in Lex Medicinæ – Revista de Direito da Saúde, n.º 4, Vol. 11, 2019, 155-165;
- BOTTIS, M. C., *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, in European Journal of Health Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, Vol. 11, pp. 55-59;
- CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful Birth e Wrongful Life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, in Sub Judice – Justiça e Sociedade, Coimbra: Edições Almedina, n.º 38, (Janeiro-Março 2007), pp. 101-109;
- GONÇALVES, Diogo Costa, *Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois*, in Revista de Direito Comercial, Lisboa. – ed. especial – Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos (2020), pp. 353-400;
- LEITÃO, Luís Menezes, *O dano da vida*, in Cadernos de Direito Privado – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, Número Especial 02, Dezembro 2012, Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, pp. 3-15;
- LÓPEZ DE LETONA, Víctor, *Responsabilidad por nacimiento*

- evitable (wrongful birth) y discapacidad*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 203 (Maio-Agosto 2017), pp. 89-136;
- MANSO, Luís Duarte Baptista, *O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16 (2011), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 135-157;
- Responsabilidade Civil em Diagnóstico pré-Natal – O caso das ações de “Wrongful Birth”*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 18 (2012), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 161-182;
- MORAITIS, Anastasios, *When childbirth becomes damage: A comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 8 (2007), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 37-58;
- PATTO, Pedro Vaz, *A vida, um dano indemnizável?*, in *Brotéria (Cristianismo e Cultura)*, n.º 4, Vol. 156, Abril 2003, pp. 327-338;
- PEREIRA, André Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 435-497;
- PINTO, Luís Guimarães, *Ações wrongful birth e wrongful life uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil*, Lisboa: *Revista Direito Lusíada*, n.º 12, 2014, pp. 357-387;
- PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*, in *Faculdade de Direito da*



Universidade de Coimbra, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Volume III, Vária, Coimbra Editora, 2007, pp. 915-946;

RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, n.º 21, 2010, pp. 61-99;

*Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)*, in Revista do Ministério Público, Ano 33, n.º 132, (Outubro-Dezembro 2012), pp. 71-125;

ROCHA, Paula Natércia, *Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação*, in Julgar, n.º 21, Novembro de 2018, pp. 1-21;

RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente*, in Revista do CEJ, n.º 16 (Julho-Dezembro 2011), pp. 9-36;

RODRIGUES, Carlos E. P. Almeida, *A problemática inerente às wrongful life claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 10, n.º 19 (2013), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 171-188;

VICENTE, Marta, *Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a Jurisprudência Perruche*, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º 11 (Janeiro-Junho 2009), pp. 117-141;

*Wrongful life actions: the “ethical maze” between slippery slopes and the non-identity problem*, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º 17

- (2012), Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 243-255;
- VILAR GONZÁLEZ, Sílvia, *Responsabilidade civil médica derivada de las acciones... por «Wrongful Birth» o «Wrongful Life»*, in *Cadernos da Lex Medicinae – Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades - Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico*, n.º 4, Vol. 2, 2019, pp. 457-463;
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial*, in *RdP*, n.º 11, pp. 403-415;
- SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da, *Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência*, in *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 3 (2017), n.º 2, pp. 907-956;

## ÍNDICE DE WEBGRAFIA

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 29.04.2014, Processo n.º 57/11.9TVLSB.L1-7, última vez consultado em 21.10.2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/985556e5884876b9b80257cf20037f231?OpenDocument>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 30.04.2015, Processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8, última vez consultado em 21.10.2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c50331857b7a933780257e62003216f0?OpenDocument>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 19.06.2001, Processo n.º 01A1008, última vez consultado em 21.10.2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>;

Document;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBM.TS.P1.S1, última vez consultado em 21.10.2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebbd3b80257af7003ca979?OpenDocument>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 12.03.2015, Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, última vez consultado em 21.10.2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88aba1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument>;

*Becker v. Schwartz*, disponível em [https://case-text.com/case/becker-v-schwartz?\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=pmd\\_NIGQFjNRX1wBy42cr0wF4pjfYDXrdolWu3YkCb09rTk-1635259879-0-gqNtZGzNAnujcnBszQi9](https://case-text.com/case/becker-v-schwartz?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_NIGQFjNRX1wBy42cr0wF4pjfYDXrdolWu3YkCb09rTk-1635259879-0-gqNtZGzNAnujcnBszQi9), última vez consultado em 21.10.2021;

Decisão Alemã, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D6CFED12B64272F53523BCED22A0812C?text=&docid=183348&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4924400>, última vez consultado em 26.10.2021;

*Gleitman v. Cosgrove*, disponível em <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>, última vez consultado em 21.10.2021;

Dados sobre amniocentese, disponível em <https://www.hospital-daluz.pt/pt/guia-de-saude/dicionario-de-saude/amniocentese-o-que-e;>, última vez consultado em 06.10.2021;

Definição de Rubéola, disponível em <https://www.sns24.gov.pt/tema/doencas->

infecciosas/rubeola/, última vez consultado em 26.10.2021.