



Universidades Lusíada

Soromenho, Carolina de Moura Coutinho, 1996-

Ações de wrongful birth (nascimento indevido) e wrongful life (vida indevida)

<http://hdl.handle.net/11067/7819>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

Neste estudo, exploraremos a temática das wrongful actions, nomeadamente as wrongful life e wrongful birth actions, sob a perspetiva da responsabilidade civil dentro do enquadramento legal português. A complexidade inerente a estas ações decorre da diversidade de questões que abrangem, o que leva a divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Este trabalho terá como ponto de partida a apresentação detalhada dos dois tipos de ações que serão objeto de análise. Em seguida, será feita u...

In this study, we will explore the subject of wrongful actions, namely wrongful life and wrongful birth actions, from the perspective of civil liability within the Portuguese legal framework. The complexity inherent in these actions stems from the diversity of issues they cover, which leads to divergences in both doctrine and case law. The starting point of this paper will be a detailed presentation of the two types of action that will be analyzed. Next, an analysis will be made of the concept o...

Palavras Chave

Nascimento indevido, Danos (Direito), Responsabilidade (Direito), Médicos - Responsabilidade profissional

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-02-23T03:12:09Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Ações de *wrongful birth* (nascimento indevido) e
wrongful life (vida indevida)

Realizado por:

Carolina de Moura Coutinho Soromenho

Orientado por:

Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente: Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito

Orientador: Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González

Arguente: Professora Doutora Ana Sofia da Silva Gomes

Dissertação aprovada em: 30 de janeiro de 2025

Lisboa

2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Ações de *wrongful birth* (nascimento indevido) e
wrongful life (vida indevida)

Carolina de Moura Coutinho Soromenho

Dissertação alterada

Lisboa

Julho 2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

*Ações de wrongful birth (nascimento indevido) e
wrongful life (vida indevida)*

Carolina de Moura Coutinho Soromenho

Dissertação alterada

Lisboa

Julho 2024

Carolina de Moura Coutinho Soromenho

Ações de *wrongful birth* (nascimento indevido) e
wrongful life (vida indevida)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico- Civilísticas

Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez
Lorenzo González

Dissertação alterada

Lisboa

Julho 2024

FICHA TÉCNICA

Autora Carolina de Moura Coutinho Soromenho
Orientador Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Título Ações de *wrongful birth* (nascimento indevido) e *wrongful life* (vida indevida)
Local Lisboa
Ano 2023

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

SOROMENHO, Carolina de Moura Coutinho, 1996-

Ações de *wrongful birth* (nascimento indevido) e *wrongful life* (vida indevida) / Carolina de Moura Coutinho Soromenho ; orientado por José Alberto Rodríguez Lorenzo González. - Lisboa : [s.n.], 2023. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - GONZÁLEZ, José A.R.L., 1965-

LCSH

1. Nascimento indevido
2. Danos (Direito)
3. Responsabilidade (Direito)
4. Médicos - Responsabilidade profissional
5. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
6. Teses - Portugal - Lisboa

1. Wrongful life
2. Damages
3. Liability (Law)
4. Physicians - Malpractice
5. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
6. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ3100.4.S67 2023

*Aos meus pais, avós, irmãos, Xico,
família e amigos,
Que são o meu Norte sempre que perco
a minha bússola.*

*Que a minha coragem seja maior que o meu
medo,
e que a minha força seja tão grande quanto
a minha fé.*

Autor desconhecido

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Vera e Luís, pelos valores de vida que me transmitiram e por sempre me orientarem na melhor direção possível.

Aos meus avós, Tereza, Cândida, Ernesto e Nelson, cujo carinho e exemplos de vida sempre me guiarão e trarão luz ao meu caminho.

Aos meus irmãos, Vasco e Teresinha, cuja amizade, companheirismo e entreatajuda espero levar até ao fim dos meus dias.

Ao meu melhor amigo Xico, amigo de todas as horas, que consegue sempre ver o melhor que há em mim.

Às minhas amigas que o escritório me trouxe, Inês e Lilian, que diariamente me apoiam, alegam e me orientam como *gurus espirituais*, lembrando-me sempre das coisas que realmente importam na vida.

Aos meus queridos amigos, cujos nomes estão implícitos no meu coração, pelo apoio, carinho e preocupação que demonstram que me enche o coração, pela amizade, motivação e força que me dão.

Für meine Tante Isabel, die immer in meinem Herzen ist.

À minha restante família, pelo apoio incondicional, pelas palavras de encorajamento e compreensão que foram fundamentais para que pudesse alcançar este marco na minha vida.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Alberto González, por toda a paciência e disponibilidade ao longo de todo o meu percurso académico.

Muito obrigada a todos!

APRESENTAÇÃO

Ações de Wrongful Birth (Nascimento Indevido) e Wrongful Life (Vida Indevida)

Carolina de Moura Coutinho Soromenho

Neste estudo, exploraremos a temática das wrongful actions, nomeadamente as wrongful life e wrongful birth actions, sob a perspetiva da responsabilidade civil dentro do enquadramento legal português.

A complexidade inerente a estas ações decorre da diversidade de questões que abrangem, o que leva a divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Este trabalho terá como ponto de partida a apresentação detalhada dos dois tipos de ações que serão objeto de análise.

Em seguida, será feita uma análise acerca do conceito da personalidade jurídica no nascituro, seguindo-se de uma análise jurisprudencial aprofundada dos casos mais relevantes, tanto a nível internacional como nacional.

Posteriormente iremos abordar os temas da violação do dever de informação, do alegado “direito à não-existência” e da violação do “direito ao aborto” como um dano.

De referir que estas ações têm por base o pressuposto de que no ordenamento jurídico em causa exista a possibilidade de realização de uma intervenção voluntária da gravidez de forma legalizada.

Em seguida, procederemos a uma análise final destas ações à luz das normas da responsabilidade civil do sistema jurídico português.

Por fim, iremos abordar de forma sumária as temáticas da *leges artis* e da responsabilidade civil associada.

Palavras-chave: Wrongful Birth; Wrongful Life; Responsabilidade Civil Médica; Diagnóstico Pré-Natal; Interrupção Voluntária da Gravidez;

PRESENTATION

Wrongful Birth and Wrongful Life Actions

Carolina de Moura Coutinho Soromenho

In this study, we will explore the subject of wrongful actions, namely wrongful life and wrongful birth actions, from the perspective of civil liability within the Portuguese legal framework.

The complexity inherent in these actions stems from the diversity of issues they cover, which leads to divergences in both doctrine and case law. The starting point of this paper will be a detailed presentation of the two types of action that will be analyzed.

Next, an analysis will be made of the concept of legal personality in the unborn child, followed by an in-depth jurisprudential analysis of the most relevant cases, both internationally and nationally.

Subsequently, we will address the issues of violation of the duty to inform, the alleged “right to non-existence” and the violation of the “right to abortion” as a damage.

It should be noted that these actions are based on the assumption that in the legal system in question there is the possibility of carrying out a voluntary pregnancy intervention in a legalized manner.

We will then proceed to a final analysis of these actions in the light of the civil liability rules of the Portuguese legal system.

Finally, we will briefly address the issues of *leges artis* and the associated civil liability.

Keywords: Wrongful birth; Wrongful life; Medical Civil Liability; Prenatal Diagnosis; Voluntary Interruption of Pregnancy;

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- Ac./Acs. - Acórdão(s)
- art./arts. - artigo(s) BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
- CC - Código Civil
- CDOM - Código Deontológico da Ordem dos Médicos
- CEJ - Centro de Estudos Judiciários
- cf. - confrontar
- CJ - Coletânea de Jurisprudência
- CP - Código Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- disp. - Disponível
- DJ - Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica
- DPN - diagnóstico pré-natal
- DR - Diário da República
- DSB - Direito da Saúde e da Bioética
- ed. - edição
- i.e. - isto é (do latim, *id est*)
- Ld.^a - Limitada
- LM - Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde
- n.o/n.º/n.os - número(s)
- p. ex. - por exemplo
- p./pp. - páginas(s)
- rev. - revista
- RLJ - Revista de Legislação e Jurisprudência
- ROA - Revista da Ordem dos Advogados
- ss. - seguintes
- STJ - Supremo Tribunal do Justiça
- TRL - Tribunal da Relação de Lisboa
- vd. - vide
- vol. - vol. – volume

SUMÁRIO

1. Considerações Introdutórias	13
2. Ações de <i>Wrongful Birth</i> e de <i>Wrongful Life</i>	14
2.1. Notas Introdutórias	14
2.2. As <i>Wrongful Birth Actions</i>	16
2.3. As <i>Wrongful Life Actions</i>	18
2.4. A Personalidade Jurídica do Nascituro	22
2.5. Casos Paradigmáticos na Jurisprudência Nacional e Internacional	39
3. Da Violação do Dever de Informação	75
4. O “Direito à Não-Existência”	80
5. A Violação do “Direito ao Aborto” como um Dano	91
6. Enquadramento das Ações de <i>Wrongful Birth</i> e <i>Wrongful Life</i> no Regime de Responsabilidade Civil Português	94
6.1. O Facto Voluntário	95
6.2. A Illicitude	97
6.3. A Culpa	103
6.4. O Dano	106
6.5. O Nexo de Causalidade	111
7. <i>Leges artis</i> e a Responsabilidade Civil	116
8. Considerações Finais	123
Referencias	127
Jurisprudência	133
Bibliografia	135

1. Considerações Introdutórias

Ser ou não ser? Eis a questão que há muito se debate. Será uma vida repleta de dor e sofrimento preferível à não existência? Até que ponto valerá a vida a pena e deverá ser protegida? Até que ponto não será melhor optar pelo sentimento de compaixão pelo outro, eliminando a dor e sofrimento do mesmo, preferindo assim a não-vida, a não existência?

Eis uma questão que se relaciona com diversos temas da nossa atualidade, desde o aborto, à eutanásia e conseqüentemente à personalidade jurídica dos nascituros.

Como será possível saber se a não existência é preferível à dor, se não temos forma alguma de o comprovar, visto ser impossível saber como será essa não existência?

As múltiplas questões que se põem parecem ser infinitas, e as respostas, apesar de muito estudo e pesquisa científica, parecem não existir de uma forma definitiva, até porque, muitas vezes, não existem respostas absolutas.

O progresso científico e tecnológico tem auxiliado bastantes os seres humanos ao longo das últimas décadas, porém, tem igualmente, aumentado consideravelmente a complexidade de certas questões que antes nos eram completamente alheias, questões estas das quais algumas serão refletidas na presente dissertação.

2. Ações de *Wrongful Birth* e *Wrongful Life*

2.1. Notas Introdutórias

Em virtude da evolução das técnicas médicas de diagnóstico pré-natal¹, é exequível, nos dias de hoje, diagnosticar doenças e malformações antes mesmo do nascimento da criança, e em estados bastante prematuros do desenvolvimento do feto, permitindo assim, tomar decisões mais conscientes acerca do futuro e, em determinadas situações, considerar a interrupção voluntária da gravidez.

Estes avanços na nossa sociedade vieram, inevitavelmente, acompanhados por complexos problemas jurídicos e pela necessidade de debate acerca da criação de medidas de proteção destes novos “direitos” relativos a estas matérias.

Tratam-se de ações de responsabilidade civil, caracterizadas, na sua essência, pelo dano que nelas é invocado, como mais à frente veremos.

Nestas ações os progenitores não foram devidamente informados relativamente à verdadeira condição deficiente de que o feto padecia, resultando assim na violação de um dever de informação por parte do médico, causando desta forma uma perda de chance por parte dos pais, em puderem optar pela IVG (interrupção voluntária da gravidez).

As ações em causa tiveram origem nos Estados Unidos da América nos anos setenta, com diferentes soluções nas várias jurisdições.²

É claro que a existência de tais ações supõem a descriminalização do aborto em determinadas situações, tal como ocorre no nosso ordenamento jurídico, previsto no artigo 142.º do Código Penal.³

¹ De acordo com o Despacho da Ministra da Saúde n.º 5541/97, de 6 de agosto (DR II.ª Série), por diagnóstico pré-natal entende-se “o conjunto de procedimentos com o objetivo de avaliar se um embrião ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita.”

² Vide MOTA PINTO, P., 2007. *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho, pp. 5-26.

³ “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: a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

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

É através do correto diagnóstico que é possível prever certas malformações e, conseqüentemente, conceder aos pais do nascituro, o direito à escolha, de interromper ou não a gravidez, caso se verifique que o nascituro padece de malformações ou doenças incuráveis.

Desta forma, um erro médico no diagnóstico pré-natal pode demonstrar-se bastante grave e fundador de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, incluindo, nomeadamente, o direito de indemnização, tanto para os pais, como em alguns casos, para os próprios nascituros que nascerão padecendo das referidas patologias ou malformações incuráveis, que poderiam e deveriam ter sido diagnosticadas face aos métodos inovadores e precisos que existem no presente, permitindo assim, caso os pais o desejassem, pôr termo à gravidez, segundo os termos da lei.

Esta responsabilização por um errado diagnóstico pré-natal deve-se ao facto de, hoje em dia, o grau de precisão e aferição dos referidos exames ser muitas vezes superior a 90% na deteção de patologias congénitas, o que leva à obrigação de uma correta avaliação, conforme a *leges artis*⁴ e, conseqüentemente, ao dever de informação dos progenitores para efeito de consentimento informado relativamente ao estado do feto.

Desta forma, o médico é responsável pela falta de fornecimento de informações aos pais, que conseqüentemente lhes retirou o direito à escolha de realizar um aborto permitido pela lei em vigor, e impossibilitando-os igualmente de escolher ter um filho saudável.

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; (...)

⁴ Art. 4º da Convenção de Oviedo: “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”; De acordo com o Ac. do TRL de 16-12-2015 (Rui Gonçalves), disp. em www.dgsi.pt, “O conceito de *leges artis* pode ser delineado como sendo um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico.”

2.2. As *Wrongful Birth Actions*

A presente dissertação irá abordar duas categorias de *wrongful actions*, nomeadamente as *wrongful birth actions*⁵ (traduzido para português como “nascimento indevido”) e as *wrongful life actions* (“vida indevida”).

Aas *wrongful birth actions* são intentadas pelos pais que apresentam um pedido de indemnização por danos morais e patrimoniais em seu nome, decorrentes do facto de lhes ter sido retirado o direito à IVG, tendo assim nascido um filho com malformações. A ação é intentada contra um médico e/ou uma clínica/hospital, devido ao facto de a conduta destes profissionais os ter privado de informações corretas acerca do estado do feto, que caso tivessem sido fornecidas poderiam ter possibilitado a interrupção voluntária da gravidez.⁶

Os pais têm a opção de fundamentar o seu pedido de compensação tanto na base da responsabilidade civil contratual (artigos 798º e seguintes do CC) como na responsabilidade civil extracontratual (artigos 483º e seguintes do CC).⁷

8

⁵ Paola Frati, *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of Bioethical and legal controversies*, Human Reproduction Update, Vol. 23, nº 3, p. 343.

⁶ Vera Lúcia Raposo, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, In: *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n.º 21, 2010, pp. 63 e 64; Paula Natércia Rocha, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas *wrongful life actions* ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação”, in *Revista Julgar*, online, novembro de 2018, p. 4 e ss.; Romen Perry, “It’s a wonderful life”, in *Cornell Law Review*, vol. 93, issue 2, 2008, p. 333; José Alberto Gonzalez – *Wrongful Birth, Wrongful Life, O conceito de dano em responsabilidade Civil, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora, Ld.ª*, 2014, pp. 9-21.

⁷ Desde o início, surge a questão da concorrência entre a responsabilidade contratual e extracontratual, pois há um dano decorrente de um ato ilícito que viola simultaneamente uma relação de obrigação e um direito absoluto. Conforme as perspicazes observações de Almeida Costa (Vd. Almeida Costa, “Direito das Obrigações”, Almedina, 12.ª Ed., 2009, p. 546-553), sendo que as abordagens estão divididas em duas categorias distintas. De um lado, temos os sistemas que permitem o cumprimento conjunto, enquanto do outro estão os sistemas que não admitem essa possibilidade. No primeiro grupo, enquadram-se três perspetivas : a primeira concede ao lesado a capacidade de recorrer, numa única ação, às normas de ambas as responsabilidades para escolher aquela que melhor atenda aos seus interesses; a segunda oferece ao lesado a opção de escolher entre os procedimentos baseados unicamente numa das responsabilidades; a terceira propõe admitir, em processos separados, a responsabilidade extracontratual ao lado da responsabilidade contratual, por outro lado, o sistema que exclui o cumprimento conjunto baseia-se na aplicação do princípio de consunção. Neste caso, o regime da responsabilidade contratual “consome” o da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante situações em que ambas modalidades de responsabilidade civil são aplicáveis simultaneamente, em consonância com o princípio da autonomia privada, o facto tem de ser considerado, em primeiro lugar, um ilícito contratual – posição defendida por Almeida Costa.

⁸ A jurisprudência aplica igualmente o princípio da consunção, vd. o Ac. do STJ, de 07-03-2017 (Gabriel Catarino), disp. em www.dgsi.pt “A responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física. (...) Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme

No fundo, existirá responsabilidade civil extracontratual, conforme as disposições estabelecidas no artigo 483º do Código Civil, sempre que ocorra uma violação ilícita de um direito de terceiros ou de qualquer norma legal destinada a proteger interesses de terceiros. Por sua vez, a responsabilidade civil contratual emerge quando o médico não cumpre com uma das obrigações que assumiu pelo contrato celebrado com a mãe da criança.

Desta forma os pais da criança que nasceu com malformações, ao sentirem-se lesados pela violação culposa do dever de informação a que o médico estava adstrito, podem optar por instaurar uma ação de *wrongful birth* contra o médico que prestou os cuidados de saúde à gestante.

Essa violação do dever de informação pode ocorrer no momento em que o médico identificou uma anomalia ou problema, mas não comunicou essa informação aos pais. Alternativamente, pode decorrer de um erro no diagnóstico, no qual a anomalia deveria ter sido identificada, porém, devido a uma negligência culposa não foi detetada (seja pelo facto de o médico não ter recomendado o exame adequado ou por não ter conseguido identificar o problema)⁹.

Em ambos os casos, os pais consideram que a sua expectativa legítima de ter um filho saudável foi frustrada, uma vez que há uma proteção jurídica no sentido de que os exames médicos devem ser realizados corretamente. Os pais podem argumentar que, caso não fosse o comportamento negligente do médico, a criança nunca teria sido concebida¹⁰ ou que se as malformações fossem oriundas de um problema durante a gestação teriam tido a opção de recorrer à interrupção voluntária da gravidez (IVG), conforme permitido pela lei¹¹.

Estes pedidos levantam dúvidas específicas sobre os danos que podem, ou não, ser compensados. Mesmo se ficar provado que ocorreu um ato ilícito e negligente por parte do médico, surgem desafios relacionados com a natureza dos danos causados e com a sua compensação. Estas questões são

ao princípio geral da autonomia privada.”; e igualmente o Ac. do STJ, de 23-03-2017 (Tomé Gomes), disponível em www.dgsi.pt.

⁹ Ricardo de Ángel Yáñez, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1993, p.

¹⁰ Nas situações em que ocorreu a introdução no útero de embriões fertilizados in vitro que possuíam doenças ou deficiências.

¹¹ Cf. Paulo Mota Pinto, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 7, 2007, p. 6.

frequentemente debatidas na doutrina jurídica e na jurisprudência. Portanto, é crucial compreender quais os danos é que merecem de facto uma proteção legal, o que iremos abordar mais à frente.

2.3. As *Wrongful Life* Actions

A distinção entre as *wrongful life*¹² e as *wrongful birth actions* reside principalmente no sujeito ativo envolvido em cada uma delas. Consequentemente, como mencionado anteriormente, no contexto das *wrongful birth actions*, podemos observar que são os pais da criança nascida com malformações que as instauram. No entanto, nas *wrongful life actions* é a própria criança a demandante, embora, na maior parte das situações, seja representada pelos pais (cfr. 1878.º, n.º 1, do código civil (CC) devido à sua incapacidade para agir em nome próprio.

Nas ações de *wrongful life*, é a própria criança que intenta uma ação contra o médico e/ou a clínica, alegando que a conduta negligente dos profissionais fez com que não conseguissem identificar atempadamente as suas malformações, resultando assim, no seu nascimento com vida, porém com uma deficiência ou incapacidade definitiva.

Esta é uma situação altamente controversa e menos amplamente aceite pela jurisprudência, uma vez que, a criança não tem apenas a possibilidade de intentar uma ação contra o médico responsável, como também, contra os seus próprios pais, que optaram por trazê-la ao mundo nas condições mencionadas.

Quando a ação é intentada contra os pais, argumenta-se que os mesmos decidiram prosseguir com a gravidez, mesmo cientes das deficiências ou doenças de que o feto padecia, ou seja, contrariamente ao aconselhamento médico oferecido. Esta alegação tem como base um dever parental, no qual estes deveriam evitar o nascimento de uma criança que padece de uma deficiência grave.

¹² vd. Vera Lúcia Raposo, *op. cit.* pp. 63-65; Paula Natércia Rocha, *op. cit.* pp. 5 e ss.; Paulo Mota Pinto, *op. cit.* pp. 5 e 6.

A criança procura, desta forma, uma reparação pelos danos decorrentes da sua "*vida indevida*". O médico omitiu informações relevantes ou forneceu informações incorretas, impedindo assim que os pais da criança optassem por uma interrupção voluntária da gravidez. Como resultado, a criança nasceu com uma grave doença e procura uma indemnização, pelo facto de ter de existir com estas condições.

É fundamental abordar inicialmente a questão de que, no momento em que os atos em questão foram cometidos, a criança ainda não tinha nascido. Isso suscita a questão de saber se essa circunstância pode ser uma objeção à admissibilidade deste tipo de ações. A complexidade desta questão está ligada à questão de saber se o nascituro tem ou não personalidade jurídica, questão que irá ser abordada mais à frente.

De acordo com o artigo 66º do Código Civil, a personalidade jurídica é adquirida no momento do nascimento completo e com vida. No entanto, o estatuto jurídico do nascituro tem sido objeto de discussão na doutrina.

Enquanto alguns autores afirmam que o nascituro possui personalidade jurídica¹³, outros acreditam que esse não é o caso, argumentando que os direitos reconhecidos pela lei aos nascituros estão condicionados ao nascimento completo e com vida. Estes fundamentam essa posição recorrendo a figuras jurídicas como os "*direitos sem sujeito*", estados de vinculação e condições suspensivas.¹⁴

Os autores que não aceitam a concepção de que o nascituro carece de personalidade jurídica¹⁵ apoiam-se na literalidade da lei, que à primeira vista parece não admitir interpretações alternativas.

¹³ José Oliveira de Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2000, p. 55; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, 2011, p. 364; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 78 e ss.; Diogo Leite Campos, "A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista)", in Leite de Campos/Silmaria Juny de Abreu Chinellato (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 49.; António Carneiro da Frada, "A Protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião", in ROA, 2010.

¹⁴ vd., José Alberto Gonzalez, *Wrongful Birth, Wrongful Life, O conceito de dano em responsabilidade Civil*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora, Ld.ª, 2014, p. 95 e ss.

¹⁵ Inocêncio Galvão Telles, "Introdução ao Estudo do Direito", Vol. II, 10.ª Ed. da Coimbra Editora, 2010, pp. 165-167; Heinrich Horster, "A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil", Reimpressão da Ed. de 1992, Almedina, 2017, pp. 293-296; Antunes Varela, "A Condição Jurídica do Embrião Perante o Direito Civil", in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez, Volume I, Almedina, 2000, pp. 631-633.

Entretanto, é importante reconhecer igualmente a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria, concluindo que “*o nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma “portio viscerum matris”, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica*”.¹⁶

Pedro Pais de Vasconcelos¹⁷ sugere igualmente que não nos devemos restringir apenas à interpretação literal da lei.

Defende que o artigo 66º do Código Civil deve ser lido como referindo-se à capacidade jurídica, cujo início e fim transcendem o âmbito estritamente legal, em contraste ao antecessor, o artigo 6º do Código Civil de 1867 e o artigo 1.º do Código Civil Alemão (BGB).

O acórdão do STJ mencionado anteriormente parece estar alinhado com esse entendimento. Conclui afirmando que “*O nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe. A proteção jurídica que a lei lhe dá não é apenas objetiva. (...) O nascituro não é, pois, objeto de direito. Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. (...) Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica. (...) a personalidade jurídica das pessoas humanas não depende da lei e está fora do alcance do poder legislativo do Estado retirar ou não reconhecer a qualidade de pessoa humana a quem a tem.*”

No entanto é válido observar que o próprio Código Civil também estabelece que alguns dos direitos patrimoniais que a pessoa virá a ter podem remontar a um momento prévio ao seu nascimento (por exemplo, nos artigos 952.º e 2033.º do CC).

Estes direitos só podem emergir com a personalidade jurídica, mas embora não existam no momento do nascimento, retroagem ao passado. O mesmo princípio pode ser aplicado ao direito à indemnização reclamado nas *wrongful life actions*.¹⁸

¹⁶ Cf. Ac. do STJ de 03.04.2014 (Álvaro Rodrigues), disponível em www.dgsi.pt

¹⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 69 e ss

¹⁸ vd. Vera Lúcia Raposo, op. cit., pp. 61-99, e Paula Natércia, op. cit., p.11.

Neste sentido, torna-se absolutamente necessário uma análise aprofundada do referido artigo que vá para além da sua interpretação literal.

Prosseguindo, iremos abordar mais à frente as questões fundamentais e controvérsias inerentes a este tipo de ações. Em particular, examinaremos se há presença ou ausência de dano nas *wrongful life actions*, e, caso existam, investigaremos se os danos patrimoniais e não patrimoniais merecem ou não, nessas circunstâncias, a proteção jurídica.

Os danos patrimoniais requerem uma abordagem que vá além das bases tradicionais da teoria do dano, envolvendo uma comparação entre a condição financeira atual da criança e aquela que teria se o evento ilícito não tivesse ocorrido.

Contudo, voltaremos a explorar esse assunto em detalhe mais adiante, enquanto também nos debruçaremos sobre cada um dos requisitos da responsabilidade civil, bem como os dilemas subjacentes que emergem nesse contexto.

2.4. A Personalidade Jurídica do Nascituro

A personalidade jurídica é caracterizada pela aptidão de um ser humano poder ser titular autónomo de direitos e relações jurídicas.

O estatuto jurídico da pessoa depende, no essencial, da condição de ser pessoa. Dessa forma, os direitos humanos derivam do valor moral inerente à pessoa e da dignidade de ser pessoa.

No âmbito dos direitos inerentes ao ser humano, deparamo-nos com certos direitos inalienáveis ou fundamentais, como o direito à vida e o direito à igualdade.¹⁹

Consequentemente, estes direitos obrigam igualmente a deveres relacionados, nomeadamente obrigações gerais de abstenção e a determinadas proteções jurídicas.

Os direitos humanos fundamentais desempenham assim um papel fundamental como base legitimadora dos sistemas jurídicos, estabelecendo-se assim no mais alto nível da hierarquia normativa.²⁰

Previamente à existência de conhecimento científico, de ecografias, e de legislações relativamente ao início da personalidade jurídica, a conceção tradicional aristotélica mencionava que “*pessoa é todo o ser (humano) nascido vivo e viável*”.

Essa conceção aristotélica da alma compreendia a alma vegetativa ou nutritiva, que englobava a capacidade de crescimento e reprodução; a alma animal ou sensitiva, que abrangia a capacidade de sentir, desejar e se mover; e a alma razoável ou pensante, que representava a faculdade da humanidade adquirida no momento do nascimento.

¹⁹ Diogo Leite de Campos, *A Capacidade Sucessória Do Nascituro (Ou A Crise Do Positivismo Legalista)*, 2016, p. 445

²⁰ António E. Perez – Luño, *Derechos humanos*, Madrid, 1984, 31

Esta concepção está, nos dias de hoje, ultrapassada e desatualizada, sendo que a maior parte das legislações relativas ao início da personalidade jurídica e da vida se encontram igualmente obsoletas relativamente ao conhecimento científico que existe nos dias de hoje nessa área.

Na atualidade, temos conhecimento de que o nascituro é capaz de sentir, ter sensações, sentimentos, respostas a estímulos sensoriais, etc, muito antes do momento do seu nascimento, pelo que, as normas que associam o início da personalidade ao nascimento estão de certa forma antiquadas.

O Professor Diogo Leite de Campos menciona que, afirmar que o nascituro é algo distinto de um ser humano, é retroceder a uma época em que os conhecimentos de biologia eram limitados ou inexistentes, e é voltar a um período anterior ao uso de ultrassonografias, quando a gestação era envolta num mistério, dando margem a “*histórias de lobisomens ou animais monstruosos*”.²¹

Para o Professor Diogo Leite de Campos, o nascimento não significa nada, não altera nada, sendo apenas uma mera substituição de um sistema de apoio à vida (o corpo da mãe), para outro sistema (o nosso meio ambiente).

Porém, a questão que se coloca é, será que não ocorrem fases de transformação ou divisão clara entre o “não-ser humano” e o ser humano antes do nascimento?

Tal como refere o Professor José Alberto González, após o recente referendo sobre o aborto, observa-se uma inclinação crescente para associar o reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano à definição do momento em que a vida se inicia. Para isso, são apresentados critérios baseados em aspetos biológicos, psicológicos e biomédicos, com o objetivo de especificar esse momento com precisão.²²

²¹ Diogo Leite de Campos, *A Capacidade Sucessória Do Nascituro (Ou A Crise Do Positivismo Legalista)*, 2016, p. 448

²² J.A. González, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, 111

Porém, é extremamente improvável que se consiga determinar o momento preciso em que a vida tem início, devido à diversidade e questionabilidade de todos os critérios apresentados.

Conforme reflete o Professor José Alberto González, o desenvolvimento humano passa por múltiplas etapas intermédias desde a concepção até ao nascimento. Desta forma, escolher ou definir um critério específico em detrimento de outro revela uma atitude autoritária, dado que nenhuma dessas fases pode ser considerada mais crucial ou significativa que as demais.²³

Com o intuito de entender melhor as diferentes fases de crescimento do nascituro, considere-se o seguinte quadro:²⁴

Tempo	Características	Critério
0 minutos	Fecundação (fusão de gâmetas)	Celular
12 a 24 horas	Fecundação (fusão dos pró-núcleos)	Genotípico estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genotípico funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo distintas das células dos	Individualização

²³ J.A. González, , 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, 111

²⁴ J.A. González, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris- quadro adaptado e simplificado, original de www.ufrgs.br/inivida

	anexos	
20 dias	Notocorda maciça	Neural
3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas reflexas à dor e à pressão	Senciência
8 semanas	Registo de ondas eletroencefalográficas	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação
20 semanas	Probabilidade de 10% para vida fora do útero	Viabilidade extra uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório

28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto noutro período	Nascimento

Após atenta análise, poderemos então concluir que, todas as fases mencionadas são de extrema importância para o desenvolvimento daquele nascituro, não sendo assim possível afirmar que a personalidade jurídica do nascituro só é justificável a partir da semana X ou da semana Y de desenvolvimento.

Pelo que definir um instante após a concepção, em que se inicia a vida humana, não passa de uma mera arbitrariedade.

Na tese do plano neurológico, conforme menciona Fernanda Garcia Escane, se considerarmos que a vida termina com a ausência de atividade elétrica no cérebro, podemos então inferir que a mesma começa com o surgimento dessa atividade cerebral no feto? ²⁵

Estamos assim, perante uma corrente de pensamento que tem evoluído bastante ao longo dos últimos anos, contudo, não é unânime.

“*Cogito, ergo sum*” (penso, logo existo), frase célebre do filósofo e matemático René Descartes, que sustenta a sua tese de que existe uma única verdade que não pode ser questionada: a nossa existência.

Com essa expressão, o filósofo queria dizer que a única certeza que podemos ter é de que existimos porque somos capazes de pensar. Esta tese foi criada num momento em que o filósofo entendeu que todas as teorias eram

²⁵ Fernanda Garcia Escane, *O direito à vida do embrião*. São Paulo, 2007, p.24

refutáveis e que a única certeza que tinha neste mundo é que existia devido ao facto de ter capacidade de pensar.

Ora, hipoteticamente aplicando esta tese ao caso concreto, poderíamos então afirmar que o nascituro deveria ser considerado um ser humano com personalidade jurídica a partir do momento que tivesse um cérebro desenvolvido com capacidade para pensar conscientemente.

Infelizmente para o caso em concreto, o momento exato em que um feto é capaz de pensar ou ter consciência é um tópico complexo e sujeito igualmente a debates pois é impossível determinar o momento exato em que isso sucede. Existem estudos que afirmam a existência de sinais cerebrais na oitava semana de gestação, outros que afirmam que os mesmos só se observam a partir da vigésima semana.²⁶

Luís Roberto Barroso afirma que: *“O início da vida humana tem início quando o sistema nervoso se forma, ou, pelo menos, quando ele se começa a formar. E isso ocorre por volta do décimo quarto dia após a fecundação, com a formação da chamada placa neural”*.²⁷

Um estudo realizado pela McGill University, no Canadá, descobriu que durante os primeiros 80% da vida embrionária, o cérebro do feto tem uma atividade cerebral comparável ao de uma pessoa em coma ou sob efeito de uma anestesia.²⁸

O estudo afirma ainda que *“Os últimos 30% do desenvolvimento do cérebro fetal compreende o período mais interessante do que pensávamos, porque é quando funções complexas que dependem da coordenação de áreas separadas do cérebro começam a surgir”*²⁹

²⁶ Eliza Muto; Leandro Narloch. *Vida: o primeiro instante*. Revista Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005.

²⁷ Luís Roberto Barroso, *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com célulastronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 691-692

²⁸ Evan Balaban; Manuel Desco; Juan-José Vaquero. *Waking-like brain function in embryos*. *Estados Unidos da América (EUA): Current Biology*, maio de 2012, p. 852-861

²⁹ P. 858 do estudo acima mencionado

O desenvolvimento cerebral e a formação da capacidade de pensar e ter consciência ocorrem gradualmente durante a gestação e após o nascimento.

No início da gravidez, o cérebro do embrião inicia o seu processo de formação, mas as suas estruturas e conexões neurais necessárias para o pensamento consciente ainda estão em fases muito iniciais de desenvolvimento.

Durante a gestação, o cérebro em desenvolvimento continua a crescer e torna-se cada vez mais complexo, mas segundo os estudos científicos, a capacidade de pensamento consciente ainda não está presente nessa fase.

O pensamento consciente ou a capacidade de ter pensamentos, sentimentos e percepções conscientes de si mesmo e do mundo ao redor é uma característica do desenvolvimento cerebral que se desenvolve significativamente após o nascimento e continua a evoluir ao longo da vida.

O debate sobre quando exatamente a consciência e a capacidade de pensar começam em seres humanos é uma questão complexa e ética. As opiniões podem variar dependendo de crenças filosóficas, religiosas e científicas.

No entanto, é amplamente aceite que, embora o desenvolvimento do cérebro fetal ocorra ao longo da gestação, a capacidade de pensamento consciente e de autoconsciência é um processo complexo que emerge mais tarde no desenvolvimento humano, geralmente após o nascimento e durante os primeiros anos de vida.

Logo, mesmo aplicando a tese do célebre filósofo, seria impossível afirmar que o nascituro já pensa (conscientemente), logo que existe, como ser humano provido da respetiva personalidade jurídica inerente a este facto.

Em face da falta de consenso na determinação do momento em que surge atividade neurológica, esta teoria não pode ser válida para o início da vida como o é para determinar o momento da morte de um ser humano.

O reconhecimento da personalidade jurídica é uma característica fundamental para garantir o direito à dignidade da pessoa humana e ao respeito que deve ser reconhecido a todos os seres humanos, não sendo apenas uma questão de organização técnica. A dimensão ética desse reconhecimento incontestável decorre do facto de que todos os indivíduos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Segundo o artigo 66.º, nº1 CC, o mesmo refere que “a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”.

Relativamente a este artigo, o nascimento completo é fixado pela separação da criança do ventre materno³⁰.

Neste caso, se o óbito ocorrer durante o parto, não há nascimento completo, e, conseqüentemente, não chega a haver personalidade jurídica ou capacidade para aquisição de direitos³¹.

A legislação em vigor não estipula a necessidade de nascimento com figura humana, nem impõe qualquer prazo de vida para a obtenção da personalidade jurídica. É suficiente que a criança nasça de forma completa, ou seja, que ocorra a separação física entre o filho e o corpo materno e que o nascimento seja acompanhado de vida para que a personalidade jurídica seja adquirida.³²

A Lei Espanhola, no seu Código Civil atual, nos artigos 29º e 30º, refere que:

“Artículo 29- El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”³³

³⁰ Pereira Coelho, *Sucessões*, 1968, 154

³¹ P.L. e A.V, *Código Civil Anotado*, 1.º- 52

³² Mota Pinto, *Teoria Geral*, 3ª ed., 199

³³ *Código Civil Español*, publicado por el *Real Decreto de 24 de julio de 1889*, com as alterações da Lei 20/2011, de 21 de julho.

Porém, o Código Civil Espanhol, na sua versão original, anterior às alterações constantes na Lei 20/2011, de 21 de julho, mencionava ainda dois requisitos adicionais essenciais para que se pudesse considerar que houve aquisição de personalidade jurídica, nomeadamente *“para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere **figura humana** y **viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.**”*³⁴

Ao contrário da lei Portuguesa em que é necessário haver apenas um nascimento completo e com vida, a lei Espanhola inicialmente exigia adicionalmente que o nascituro sobrevivesse pelo menos durante vinte e quatro horas, de modo a demonstrar a sua viabilidade/ capacidade de viver.

Já o Código Civil Italiano menciona que *“La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.”*³⁵

Ou seja, *“A capacidade jurídica é adquirida a partir do momento do nascimento. Os direitos reconhecidos por lei em favor do concebido estão sujeitos ao evento do nascimento.”*

Relativamente ao momento de aquisição de personalidade jurídica, tanto a nossa CRP no artigo 24.º (*“1- A vida humana é inviolável”*), como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens no seu artigo 3.º (*“todo o indivíduo tem o direito à vida”*), como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 2.º, n.º1 (*“todas as pessoas têm o direito à vida”*) são completamente omissos relativamente à proteção da vida intrauterina e do respetivo momento de aquisição dos referidos direitos. Os mesmos não confirmam, nem infirmam, se o direito à vida existe apenas após o nascimento completo e com vida, e portanto, que não existe proteção jurídica sobre o nascituro, ou se, por outro lado, este direito à vida se adquire logo desde momento da sua conceção.

Regressando ao artigo 66.º do Código Civil, o n.º2 menciona que *“Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”*.

³⁴ Código Civil Español, Texto Original, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889

³⁵ Codice Civile Italiano; Libro I - Delle persone e della famiglia

Desta forma a nossa lei reconhece aos nascituros direitos, porém, sempre pendentes do seu nascimento completo e com vida. Isto significa que, embora ainda não possuam personalidade jurídica e, portanto, não sejam sujeitos de direito (conforme o artigo 66, nº1), a nossa lei reconhece aos nascituros certos “direitos”, embora esses direitos estejam condicionados ao seu nascimento completo e com vida. No entanto, é necessário fornecer proteção jurídica a essa situação.

O artigo 67º do Código Civil português estabelece que, mesmo antes do nascimento, o nascituro goza de proteção legal contra qualquer ato que possa afetar sua integridade física ou psíquica, como aborto ilegal, agressões ou negligências. Nesses casos, os direitos do nascituro são tutelados por meio da responsabilidade civil, onde o autor do ato ilícito pode ser responsabilizado e obrigado a reparar os danos causados.

Além disso, o artigo 67º estabelece que o nascituro pode beneficiar de uma herança, desde que nasça com vida.

No entanto a personalidade jurídica do nascituro não é absoluta e abrange apenas certos direitos e proteções.

Deste modo, até ao momento do nascimento, estamos perante a problemática dos direitos sem sujeito.³⁶

Em síntese, apenas se reconhece a qualidade de pessoa a quem nasce com vida.³⁷

No que concerne a este tema, por um lado, temos o Acórdão da Relação do Porto, de 30.03.2000, no Processo n.º 0030427, que veio pronunciar-se, referindo que:³⁸

“I - Nos direitos que reconhece ao nascituro, a lei reconhece-o como filho dos respectivos progenitores.

II - O art. 496.º n.º 2, do CC, ao atribuir aos filhos direito a indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima, engloba neles os nascituros.

³⁶ Mota Pinto, *Teoria Geral*, 3ª ed., 201

³⁷ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, 1983, tomo 1- 209

³⁸ Acórdão RP, 30.3.2000: CJ, 2000, 2.º-209

III - Assim, o nascituro tem direito a danos morais pela morte do pai em acidente de viação, desde que se venha a verificar o condicionalismo do art. 66.º, n.º 2, do CC. ”

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.04.2014, no Processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1 menciona que:

“I - Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respetiva mente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai.

II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.

IV - Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca–merecedores de compensação.

V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com

personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992).

VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124).”

Por outro lado, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.10.2008, no Processo n.º 07B4692 entende que: ³⁹

“I-Ao filho nado-morto da autora, falecido em consequência das lesões sofridas no ventre materno e que tiveram como causa um acidente de viação, não pode ser reconhecido um direito à vida susceptível de ser indemnizado, uma vez que faleceu ainda antes de adquirir a qualidade de pessoa jurídica.

II - O dano da morte do nascituro só é indemnizável em sede de reparação dos danos não patrimoniais sofridos pela própria autora.”

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.02.2009, no Processo n.º 08A2124, referiu igualmente que: ⁴⁰

“V - Não existe contraditoriedade entre o facto biológico do nascimento, enquanto momento da aquisição da personalidade jurídica singular, por força do estipulado pelo artigo 66.º, n.º 1, do CC, e o princípio da inviolabilidade do direito à vida humana, com base no disposto pelo artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da

³⁹ Acórdão STJ, 9.10.2008: CJ/STJ, 2008, 3.º-59

⁴⁰ Acórdão STJ, 17.02.2009: CJ/STJ, 2008

República, que tutela, genericamente, a gestação humana, sem considerar o nascituro como um sujeito de direito.

VI - Baseando-se a responsabilidade civil numa violação ilícita do direito de outrem e, portanto, pressupondo uma personalidade contemporânea da lesão, não havendo ainda terceiro, no momento da prática do facto ilícito, nenhum dever de indemnizar se formou, não sendo o eventual e posterior nascimento da pessoa que pode fazer radicar na mesma um crédito indemnizatório e constituir o infrator no dever de o satisfazer.

VII - O nascituro não é titular originário de um direito de indemnização, por danos não patrimoniais próprios, provenientes da morte de seu pai, em consequência de facto ilícito ocorrido antes do seu nascimento, à margem do fenómeno sucessório da herança da vítima, direito esse que apenas é reconhecido aos filhos, e estes, na acepção legal, são, tão-só, os nascidos com vida e que existam, à data da morte da vítima.

VIII - O facto gerador do alegado direito próprio do autor menor consiste na morte da vítima do acidente de viação, seu pai, ocasião em que aquele, ainda nascituro, não estava em condições de adquirir esse direito, por não dispor de personalidade jurídica, nem o tendo adquirido, aquando do seu nascimento, embora, então, já tivesse personalidade jurídica, por não haver lei que lho reconhecesse, à data do acidente.”

A 17.01.2013 o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1 mencionou igualmente que:

“XII- 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 «(...) 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.

XIII- Nenhum outro direito se afigura concretizável com o nascimento do nascituro, maxime, o decorrente de um pretense contrato com eficácia de protecção de terceiro (terceiro este apenas nascituro, falho da qualidade jurídica de terceiro para efeitos obrigacionais, por ausência de personalidade jurídica), a quem a Lei não concede qualquer protecção por via da celebração daqueloutro contrato de prestação de serviços médicos, a não ser a protecção directa do mesmo, ou seja, a decorrente de uma actuação do médico dirigida especificamente ao feto e por isso causadora das suas eventuais malformações, o que não se mostra ter ocorrido no caso sub judice.”

É possível que, de forma temporária ou transitória, um determinado direito subjetivo não possua um titular, no entanto, ele continua a existir desde que seja esperado e objetivamente previsível que ele venha a surgir no futuro.

Conforme mencionado pelo Professor José alberto González, isso ocorre, por exemplo, *“com os direitos dos nascituros, com os direitos das fundações depois de instituídas, mas antes de serem reconhecidas ou com os direitos do de cuius antes de a herança ter sido aceite pelos sucessíveis.”*⁴¹

Essa explicação técnica está claramente embasada no texto do artigo 952º do Código Civil, que refere que no caso de uma *“doação feita a um nascituro, presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até o nascimento do donatário”* (n.º2 do mencionado artigo), portanto, a propriedade correspondente pertence a quem?

Se os bens estão vinculados a um possível aparecimento de um titular a que estão destinados, até isso suceder, a quem pertencem?

Um entendimento possível é de que não podem pertencer a ninguém durante esse período, uma vez que ainda não há um donatário. Acredita-se que

⁴¹ J.A. González, *Personalidade jurídica pré-natal*, Lisboa, 2023, p.81

se já estão vinculados, não podem, desta forma, pertencer a quem dispôs dos referidos direitos. Porém, como também ainda não existe o sujeito que deve receber esses direitos, estamos novamente perante *direitos sem sujeito*.

Outra explicação possível é considerar que, enquanto o nascimento completo e com vida não ocorre, a titularidade desses direitos continua a pertencer a quem dispõe, e posteriormente, ingressará automaticamente na esfera jurídica do ex-nascituro, agora ser humano com personalidade jurídica.

No que tange à capacidade sucessória do nascituro, o artigo 2033º do Código Civil menciona que os indivíduos que não foram concebidos no momento da abertura da sucessão não são incluídos na sucessão legítima nem na sucessão legitimária. No entanto, a lei possibilita sua inclusão na sucessão testamentária e contratual, desde que sejam cumpridos certos requisitos específicos.⁴²

Isto significa que a sucessão dos concepturos opera nas sucessões testamentária ou contratual, mas não na legal. Apenas podem ser instituídos concepturos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.⁴³

Desta forma, o nascimento do beneficiário é um requisito de eficácia ou “*conditio jùris*” e não um elemento do negócio.⁴⁴

Assim sendo, até ao momento do nascimento, deparamo-nos com a questão dos direitos sem sujeito. É admissível a tutela jurídica do feto concebido quando se trata de danos causados a este. Desta forma, um filho pode ser indemnizado por deformações físicas ou mentais sofridas no útero da mãe, causadas por medicamentos ou acidentes.

A existência desse direito de indemnização não implica necessariamente a atribuição de personalidade jurídica aos fetos, estejam eles concebidos ou não. O direito surge apenas no momento do nascimento, quando o dano é

⁴² R. Capelo de Sousa, *Sucessões*, 1.º-230

⁴³ N. Espinosa Gomes da Silva, *Sucessões*, 1980, 191

⁴⁴ N. Espinosa Gomes da Silva, *Sucessões*, 1980, 197

efetivamente consumado, apesar de a ação que o desencadeou ter ocorrido anteriormente.

A determinação do momento exato em que se adquire a personalidade jurídica afigura-se extremamente relevante para conseguir responder a diversas questões, nomeadamente para aferir a suscetibilidade de titularidade de direitos do nascituro.

Esta questão é relevante, não apenas para aferição do momento em que podem ser interpostas as ações de *wrongful life* e *wrongful birth*, mas igualmente para temáticas como o direito ao aborto.

Se o momento de aquisição da personalidade fosse adiantado, poderia igualmente adiantar-se o momento da propositura das ações de *wrongful birth*, não sendo assim necessário esperar pelo “nascimento completo e com vida” para que o nascituro pudesse “exercer” os seus direitos.

Uma das principais razões pela qual ainda não se reconhece personalidade jurídica ao nascituro é devido ao facto de, com este reconhecimento, se tornar praticamente impossível a conciliação desta personalidade com o direito de abortar, especialmente no que tange ao previsto na al.e) do n.º1 do art.142.º do Código Penal, que prevê que:

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

Isto deve-se ao facto de que, a conjugação do artigo referido, com o reconhecimento de personalidade jurídica do nascituro, resultaria assim numa concessão formal de um “direito de matar”, que vai contra todos os princípios, leis e Direitos Humanos em vigor no nosso ordenamento jurídico.

No que concerne a esta temática da existência ou não de direitos e personalidade jurídica por parte dos nascituros, bastante interessante se afigura a análise do Professor Doutor José Alberto González,⁴⁵ que refere ainda que:

⁴⁵ J.A. GONZÁLEZ, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris

“Não obstante o que antecede, no Código do Registo Civil (artigo 209.º) está prevista a necessidade de se proceder ao depósito do chamado certificado de morte fetal sempre que esta tenha ocorrido "com tempo de gestação de 22 semanas ou superior". Embora se dispense o referido depósito "quando ocorra a interrupção voluntária da gravidez, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Cód.Penal, bem como, até às 24 semanas de gestação, quando a interrupção da gravidez seja espontânea" (artigo 209.º-A, Código do Registo Civil).

"São aplicáveis ao depósito do certificado médico de morte fetal os preceitos relativos ao assento de óbito" (artigo 209.º, n.º 4, Código do Registo Civil). Isto significa, que deve o mesmo ser obrigatoriamente entregue (sob pena da aplicação da coima decorrente do disposto no artigo 295.º do Código do Registo Civil) pelas pessoas identificadas no artigo 193.º e dentro do prazo estabelecido pelo artigo 192º (ambos do referido Código).”

Desta forma, e concordando com o ponto de vista de J.A. González, o Código do Registo Civil estabelece um regime que, no mínimo, nos permite deduzir uma conclusão: o feto não pode ser tratado como uma mera coisa. De outra forma, não haveria razão para a criação de um arquivo público destinado a registrar casos de morte fetal (nem sequer poderíamos falar em morte).⁴⁶

Do ponto de vista jurídico, algo que não é uma coisa / um objeto, só pode ser considerado uma *“pessoa ou, no mínimo, uma entidade equiparada a uma pessoa”*.⁴⁷

⁴⁶ J.A. GONZÁLEZ, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, p.100

⁴⁷ J.A. GONZÁLEZ, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, p.100

2.5. Casos Paradigmáticos na Jurisprudência Nacional e Internacional

Analisaremos, em seguida, a tendência jurisprudencial de diversos países, ao longo dos últimos anos, de forma a aferir qual a propensão e entendimento dos outros ordenamentos jurídicos relativamente a estes temas tão controversos, analisando, desta forma, a fundamentação por estes utilizada, com o objetivo de alcançar uma conclusão acerca da uniformidade das decisões e avaliar a sua compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico.

Jurisprudência Norte-Americana

1) *Zepeda vs. Zepeda*

Ao refletirmos acerca deste tema, afigura-se essencial mencionar o primeiro caso de *wrongful life* de que se tem conhecimento. Trata-se do caso *Zepeda vs. Zepeda*⁴⁸ e é provavelmente um dos mais controversos que iremos analisar.

A ação remonta ao ano de 1963, no Estado de Illinois, nos Estados Unidos da América.

Os detalhes deste caso em pouco se afiguram ao conceito usual de *wrongful life* discutido ao longo deste estudo, pois aqui não se trata de um nascimento de uma criança com malformações que poderiam ter sido evitadas.

No caso em apreço, a ação foi interposta pelo filho contra o seu progenitor, e apesar de não ter nascido com qualquer malformação, pretendia uma indemnização, alegando, no essencial, que o caso se tratava de uma “vida indevida” devido ao facto de ter sido concebido fora do casamento, em virtude de relações sexuais incitadas por falsas promessas de casamento com a

⁴⁸ *Zepeda v. Zepeda*, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849, disponível em www.leagle.com.

progenitora de Zepeda, quando na verdade, sem a mesma ter conhecimento, o réu já era casado.

O autor veio alegar que ser filho ilegítimo lhe tinha causado variadíssimos e graves prejuízos, no que concerne à sua pessoa e reputação, nomeadamente para a sua vida profissional, pela discriminação social de que padecia, pela privação de direitos reconhecidos aos filhos legítimos, dos quais não beneficiou, e ainda, pela privação de ter um ambiente familiar normal, pretendendo assim ser ressarcido por isso.

O referido pedido foi julgado totalmente improcedente pelo tribunal⁴⁹ devido a todas as consequências legais e sociais que a sua admissão acarretaria, nomeadamente por este considerar que “*a legitimate child cannot maintain an action against his own parents for lack of affection, for failure to provide a pleasant home, for disrupting the family life or for being responsible for a divorce which has broken up the home*”.⁵⁰

Apesar dos contornos deste caso não constituírem os típicos de uma ação de wrongful life, de não estar aqui em causa o “*dano de viver*”, e de o autor não preferir a não existência, MARK STRASSER⁵¹, refere que:

“(...) *there is nothing about the nature of the action that requires such a limitation, since the same claim might be made by someone with severe mental or emotional handicaps. Basically, a wrongful life claim alleges that because of one individual's negligence, another individual is forced to live such an unbearable life that it would have been better for the latter individual never to have lived at all and, but for that negligence, that individual would not in fact have lived.*”

⁴⁹ MEDINA, G., 2008. Daños en el derecho de familia. 2.ª ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni, pp. 534

⁵⁰ E igualmente porque tal admissão “*would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation*”.

⁵¹ STRASSER, M., “*Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One, in Missouri Law Review*”, Volume 64, Issue 1, 1999, p. 33:

2) ***Park vs. Chessin***

Em 1976, a primeira decisão nos Estados Unidos a conceder uma indemnização a uma criança com base numa ação de wrongful life surgiu no caso *Park v. Chessin*⁵².

Neste caso, a progenitora intentou uma ação em nome do seu filho, contra o médico que a seguiu durante a gravidez, requerendo uma indemnização, devido ao facto de, durante a gravidez, terem sido transmitidas, erroneamente, informações de que a criança nasceria perfeitamente saudável, quando, na realidade, era evidente que a mesma padecia de uma patologia que se manifestaria desde o momento do seu nascimento.

O tribunal considerou que, no presente caso, a criança não procurava uma compensação pelos danos decorrentes do próprio nascimento, mas sim pela dor e sofrimento manifestado após o nascimento, provenientes de uma conduta médica anterior à sua conceção.^{53 54}

Desta forma, o tribunal de Nova Iorque deu procedência à ação e decidiu indemnizar a criança pelo sofrimento a que está sujeita diariamente como consequência de um erro médico praticado antes do seu nascimento.

Porém, dois anos mais tarde, o mesmo tribunal veio a entender de forma diferente no caso *Becker vs. Schwartz*.⁵⁵

Nos Estados Unidos a jurisprudência é amplamente diversificada relativamente aos casos de wrongful life, com uma clara divisão entre tribunais que os aceitam e os que os rejeitam.

⁵² *Park v. Chessin*, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222, disponível em www.league.com.

⁵³ Com o mesmo entendimento: caso *Turpin vs. Soritini*, em 1982, na Califórnia.

⁵⁴ MORILLO, A. M., 2003. *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales*, Madrid: s.n, pp. 91.

⁵⁵ *Becker v. Schwartz*, 27.12.1978, 46 N.Y.2d, 401, disponível em www.casetext.com.

Os casos mais mediáticos em que as pretensões de *wrongful life actions* foram admitidas foram os casos de *Curlender v. Bio-Science Laboratories*,⁵⁶ e o caso de *Turpin vs. Sortini*,⁵⁷ que iremos abordar mais à frente.

Devido à disparidade de decisões nos Estados Unidos, alguns Estados optaram por aprovar legislações que proíbem a apresentação de ações deste tipo.⁵⁸

3) *Gleitman vs. Cosgrove*

O conhecido caso de *Gleitman vs. Cosgrove*⁵⁹ chegou ao Supremo Tribunal de Nova Jérсия em 1967 e englobava simultaneamente uma ação de *wrongful birth* e *wrongful life*, ações estas intentadas pelos pais em nome próprio e em representação do filho, respetivamente.

No presente caso foi alegado que a criança nasceu com diversas malformações, resultantes da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez, sem que houvesse qualquer informação por parte dos médicos sobre os perigos que essa doença representava para o desenvolvimento intrauterino da criança.

O Tribunal rejeitou qualquer reivindicação de compensação tanto por parte dos pais como por parte da criança, tendo sido a ação considerada totalmente improcedente.

O tribunal argumentou que, conceder uma indemnização colocaria em questão o valor da vida humana, uma vez que não foi o médico quem causou as deficiências em causa, e que é impossível fazer uma comparação justa entre a

⁵⁶ *Curlender vs. Bio-Science Laboratories*, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d, 811, 165 Cal. Rprt. 477, disponível em www.caselaw.findlaw.com.

⁵⁷ *Turpin vs. Sortini*, 03.05.1982, 31 Cal. 3d, 220, disponível em www.caselaw.findlaw.com.

⁵⁸ No que concerne aos diplomas aprovados tendo em vista a inadmissão destas ações: WILLIAM C. DUNCAN, "Statutory Responses to 'Wrongful Birth' and 'Wrongful Life' Actions", *Life and Learning* XIV, 2004, pp. 3-20.

⁵⁹ *Gleitman v. Cosgrove*, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, disponível em www.courtlistener.com.

vida com deficiência e a situação de não existência, tornando assim inviável calcular um valor de indemnização adequado, referindo que:

“This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies”.

4) *Curlender vs. Bio-Science Laboratories*

No referido caso⁶⁰, os progenitores da criança utilizaram os serviços de um laboratório para realizar um teste que indicava se os mesmos eram portadores da doença Tay-Sachs ou não. Apesar de o laboratório ter emitido um resultado negativo, a criança acabou por nascer com a referida doença.

Tanto os pais (num processo de *wrongful birth*) como a criança (representada pelos pais) intentaram uma ação contra o laboratório. O Supremo Tribunal da Califórnia distinguiu este caso dos anteriormente decididos e não rejeitou a ação com base na suposta dificuldade de calcular o dano, não levando em conta algumas concepções morais acerca da vida que continuavam a dominar a apreciação jurídica destas questões.

Conforme o Tribunal, o facto de a criança não ter nascido sem a negligência do laboratório não é relevante. Contudo, considera-se importante o facto de ela ter efetivamente nascido, e é nesse contexto que se deve avaliar se tem direito a ser compensada pelos danos que sofreu.⁶¹

O tribunal reconheceu que essa via de argumentação poderia igualmente sustentar uma ação apresentada pela criança afetada pela deficiência contra os

⁶⁰ *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal. App.3d 811, 165 Cal.Rptr.477 (Raposo, 2010: 68).

⁶¹ RAPOSO, V. L., 2010, “*As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*”, em *Revista portuguesa do dano corporal*, pp. 68.

seus progenitores, acusando-os de lhe causar prejuízos devido à escolha de tê-la deixado nascer mesmo apesar da condição da mesma.

Após esta controversa decisão, o Estado da Califórnia legislou imediatamente no sentido de excluir a possibilidade de os pais serem responsabilizados através de uma ação de *wrongful life action*.⁶²

Este foi um dos primeiros processos a ser julgados procedentes no que concerne à pretensão de *wrongful life*.⁶³

Através desta decisão podemos deduzir que o tribunal considerou três pontos de especial relevância: em primeiro lugar, teve presente a diferença significativa entre a reivindicação de *wrongful life* baseada numa grave deficiência física ou mental e aquela relacionada, por exemplo, com a condição de se tratar de um filho fora do casamento; em segundo lugar, o tribunal referiu que o descuido ou negligência do médico que assistiu à mãe durante a gravidez já é suficiente para constituir um ato ilícito; e, por fim, que a ação de *wrongful life* não sustenta o direito de não ter nascido, mas sim, no facto de a negligência ter resultado em anos de dor e sofrimento.⁶⁴

5) ***Becker vs. Schwartz***

O caso de *Becker vs. Schwartz*⁶⁵ teve lugar em 1978, no mesmo *Court of Appeals* de Nova Iorque, onde anteriormente, tinha sido concedida uma indemnização a uma criança com base numa *wrongful life action*, no caso *Park v. Chessin*⁶⁶, já anteriormente analisado.

⁶² AIDOS WILSON, F. F. d. S. d., 2014, “*Ser ou Não ser - A Responsabilidade Civil nas ações de wrongful birth e wrongful life*” - Dissertação de Mestrado em D. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: s.n.

⁶³ RAPOSO, V. L., 2010, “*As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*”, em *Revista portuguesa do dano corporal*, p. 68.

⁶⁴ J.A. González, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, p. 39.

⁶⁵ *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, 413 n.y.s.2D895, 900,386 n.e.2D 807, 812 (1978) (Facchini Neto, 2015: 448).

⁶⁶ *Park v. Chessin*, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222, disponível em www.league.com.

Neste caso, a progenitora, durante a sua gravidez de risco, devido ao facto de já ter uma idade mais avançada, sempre lhe foi informado que estava tudo bem com o feto, quando na verdade, o mesmo veio a nascer padecendo de síndrome de Down.

No caso em concreto foi concedida uma indemnização apenas aos progenitores, devido à ausência de informação por parte do profissional de saúde quanto à existência de riscos na gravidez em questão, demonstrando, assim, a importância da informação na correta avaliação médica em questão, sendo este o fundamento fulcral para a responsabilização dos profissionais de saúde.

O tribunal referiu que *“a questão de saber se seria melhor nunca ter nascido do que ter nascido com graves deficiências é um mistério que deve ser deixado aos filósofos e teólogos. O direito não tem competência para resolver essa questão, particularmente levando-se em consideração que há consenso no direito e na sociedade sobre o valor da vida humana, comparada com a sua ausência”*.

Mencionou ainda que, a lei não prevê qualquer disposição que reconheça o nascimento de uma criança com deficiência como um dano para a própria vida. O tribunal questionou qual critério deveria ser utilizado para determinar a perfeição e, destacou que a escolha não reside entre nascer saudável ou nascer com deficiência, mas sim entre ter nascido e não existir.⁶⁷

6) Caso *Turpin vs. Sortini*

O caso *Turpin vs. Sortini*⁶⁸, datado de 1982, teve lugar no *Supreme Court of California* e abordou o caso de uma criança chamada Hope Turpin que, devido a negligência de diagnóstico, acabou por nascer com uma surdez hereditária.

A ação foi intentada pela própria criança (ação de *wrongful life*) contra o hospital, médico assistente e pessoal médico, requerendo uma indemnização pelo facto de não ter sido comunicado aos seus progenitores a forte

⁶⁷ FACCHINI NETO, E., 2015. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira, pp. 445.

⁶⁸ *Turpin v. Sortini* – 643 p.2d954 (1982).

probabilidade que existia de o mesmo vir a nascer padecendo da referida doença.

O tribunal corroborou o entendimento de que a sacralidade da vida não impede o reconhecimento de uma ação por *wrongful life*, argumentando que é difícil conceber como a compensação pelos danos a uma criança gravemente deficiente negaria o valor da vida ou, de alguma forma, indicaria que a criança não tem os mesmos direitos que os demais membros da sociedade.

Indicou ainda que o desafio reside em determinar se a criança, de facto, sofreu um prejuízo ao nascer com a patologia, em comparação com a hipótese de não ter nascido de todo. O tribunal destacou o facto de que avaliar a dor e o sofrimento é sempre complexo, até numa ação de indemnização comum, porém, é possível, por meio de nossa própria experiência, compreender o que a pessoa perdeu - uma vida normal, livre de dor e sofrimento.

O tribunal recusou a concessão de uma indemnização baseada nas regras gerais de responsabilidade civil, levando, porém, em consideração, apenas as despesas extraordinárias de aprendizagem e tratamento impostas pela doença, no caso específico, a surdez.

Apesar de se tratar de uma ação de *wrongful life action*, “o dano de viver não foi reconhecido” ou, pelo menos, entendeu-se que não podia ser quantificado monetariamente.⁶⁹

Concluiu-se que numa ação de *wrongful life*, a criança não pode receber uma indemnização nos termos gerais por ter nascido com uma deficiência, em comparação com não ter nascido.

Apesar disso, o tribunal entendeu que, tanto a criança como os pais, em casos como estes, podem obter uma indemnização especial devido às despesas extraordinárias relacionadas com o tratamento da deficiência.⁷⁰

⁶⁹ J.A. González, 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, p.40, 41

⁷⁰ AIDOS WILSON, F. F. d. S. d., 2014, “*Ser ou Não ser - A Responsabilidade Civil nas ações de wrongful birth e wrongful life*” - Dissertação de Mestrado em D. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: s.n.

Ao contrário de outros casos, aqui o tribunal não optou por conceder à criança uma indemnização pela dor e sofrimento suportado (danos morais).

Jurisprudência Europeia

1) *McKAY vs. Essex Area Health Authority*

A ação⁷¹ teve lugar em Inglaterra, no ano de 1982. Neste caso, a mãe do bebé McKay contraiu rubéola durante o início da gravidez e, devido ao aconselhamento médico inadequado dos réus, deu à luz uma criança com sérias deficiências, como surdez e cegueira.

Como resultado, foi-lhe negada a oportunidade de optar pela interrupção da gravidez. O filho McKay intentou assim uma ação de responsabilidade civil contra o serviço público de saúde.

O tribunal inglês considerou o pedido improcedente, argumentando que seria contrário à ordem pública atribuir menos valor a uma vida com deficiências em comparação com uma vida considerada normal. Além disso, afirmou que seria impossível determinar os danos, pois o tribunal teria que comparar a situação da criança com a situação de não existência⁷², algo que o tribunal não pode fazer.⁷³

O tribunal mencionou ainda que o pedido era descabido por se considerar impossível aferir se a progenitora teria de facto abortado ou não caso soubesse das deficiências de que o feto padecia.

É ainda relevante destacar que, neste país, continua em vigor a lei Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, de 1976⁷⁴, que foi criada com o objetivo

⁷¹ *McKay v Essex Area Health Authority*, 1982, Judgment citation EWCA Civ J0219-3, Docket Number 82/0044, disponível para consulta em www.lawprof.co

⁷² No que concerne a wrongful actions, mas em relação a uma ação de wrongful pregnancy, ver o acórdão *Macfarlane and Another vs. Tayside Health Board* (Scotland), disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

⁷³ MOTA PINTO, P., 2007. “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)", Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho, p. 10.

⁷⁴ Documento disponível em <https://www.healthni.gov.uk/articles/congenital-disabilities-civil-liability-act-1976>

de inibir os pais de reclamarem compensações por *wrongful pregnancy*, excluindo de forma definitiva “*a perda económica que resulta do custo de educar uma criança*”.⁷⁵

2) ***Bundesgerichtshof***⁷⁶

Na Alemanha, os tribunais aparentemente aceitam as pretensões relativas às ações de *wrongful birth*, porém rejeitam as relativas às ações de *wrongful life* (*Schaden des Kindes*).

Um exemplo claro desse cenário é o acórdão de *Bundesgerichtshof* (BGH) de 1983.^{77 78}

Esta ação cumulava um pedido por *wrongful birth* e outro por *wrongful life*. No caso em concreto, os pais e o filho intentaram uma ação contra o ginecologista alegando que, devido a um erro médico do ginecologista, que não identificou que a mãe padecia de rubéola nos primeiros meses de gravidez, resultou o nascimento do seu filho com severas deficiências. Desta forma, a progenitora viu-se impossibilitada de recorrer à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez.

O tribunal de primeira instância rejeitou a pretensão do filho por uma compensação (*wrongful life*), porém concedeu aos pais uma indemnização fundada na pretensão de *wrongful birth*.

Em recurso de apelação, a pretensão do filho foi igualmente negada, e a pretensão dos pais foi negada, tendo sido dada razão ao réu.

Em última instância, o *Bundesgerichtshof* (BGH) acabou por confirmar a rejeição da compensação em relação ao filho por considerar que o médico não

⁷⁵ PAULO MOTA PINTO, conforme supra citado, p. 10.

⁷⁶ Traduzido para português significa “Supremo Tribunal da Alemanha”

⁷⁷ BGH 18.01.1983, Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen 86, 240, tradução inglesa disponível em www.law.utexas.edu.

⁷⁸ Vide FACCHINI NETO, E., 2015. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira, pp. 450.

cometeu nenhum ato ilícito contra a criança, que não existia qualquer laço jurídico entre eles, e ainda, que o médico não estava sujeito a uma "obrigação de realizar o aborto" no caso da criança ser portadora de uma deficiência.

Contudo, o BGH anulou a decisão relativa aos pais, tendo-lhes sido reconhecido o direito a uma indemnização baseada na pretensão de *wrongful birth*.⁷⁹

Este acórdão demonstra a clara divisão que existe na doutrina alemã relativamente a este tema, no entanto, estas pretensões têm sido recusadas, principalmente sob a justificação de que o valor que a própria pessoa atribui à vida, ou que alguém atribui em seu nome, não é considerado relevante. Isso decorre do facto de que a vida é considerada um bem que merece uma proteção absoluta.⁸⁰

Pelo que aparenta, a posição adotada pela jurisprudência e doutrina alemã parece ter-se estabelecido na seguinte ideia:“(i) *Both parents have a contractual claim for wrongful birth and pregnancy cases; (ii) this entitles them to full maintenance costs (whether the child is healthy or not; if it is not the measure of damages may be greater to cover the extraordinary medical expenses); (iii) the mother may additionally claim pain and suffering in cases of wrongful birth that result from a complicated birth. In all these actions, the child, itself, had no claims.*”⁸¹

3) **Arrêt Perruche⁸²– Cour de Cassation**

⁷⁹ Mais tarde, a mencionada decisão serviu de molde para diversos litígios semelhantes, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, “*As wrong actions(...)*”, p. 69.

⁸⁰ FACCHINI NETO, E., 2015. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira, pp. 451.

⁸¹ cf. BASIL MARKESINIS e HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002, pp. 178-181.

⁸² Cour de Cassation, Assemblée plénière, de 17 de novembro de 2000, 99-12.701, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>

Dentro das ações de *wrongful life*, o caso Perruche (bébé prejudice) foi o que teve maior impacto e exerceu uma maior influência nas discussões doutrinárias e nos tribunais Europeus.

Em França, uma jovem grávida comunicou ao seu médico que, caso estivesse infetada com rubéola, desejava interromper a gravidez. Após exames de sangue, o médico concluiu erroneamente que a mesma não se encontrava infetada, quando, na realidade, estava. Como resultado dessa gravidez, nasceu Nicholas Perruche, padecendo de sérias deformações em diversos órgãos causadas pela rubéola que a mãe contraiu.

Em decorrência disso, a mãe intentou uma ação de *wrongful birth*, em seu nome, e uma ação de *wrongful life*, em nome da criança e representada pela sua mãe. Até este ponto, o caso assemelha-se aos outros anteriormente analisados.

No entanto, a reviravolta acontece no momento em que se tem conhecimento da decisão do Cour de Cassation, pois este considerou que a conduta do médico e do laboratório impediu a mãe de tomar uma decisão informada e consciente sobre a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que lhe foi garantido, quando diretamente colocou a questão, que não estava infetada com rubéola.⁸³

Como resultado, Nicholas Perruche nasceu com sérios problemas de saúde, pelo que, o tribunal determinou que tanto os pais como a própria criança deveriam receber uma indemnização, pois os requisitos essenciais legais estavam preenchidos.⁸⁴

Desta forma, o tribunal reconheceu o direito de a criança ser compensada pelos danos decorrentes das deformações de que padece. Esta decisão foi pioneira ao admitir uma indemnização pelo nascimento de uma criança com deficiências.

⁸³ CORREIA, Vanessa Cardoso - *Wrongful Birth, Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, In: Subj, 38, Direito da Saúde e Biomédico, Janeiro-março, Editora Almedina, Coimbra, 2007, pp. 101-108.

⁸⁴ PINTO MONTEIRO, A., 2001/2002. Direito a Não Nascer? - Anotação ao Acórdão do STJ de 19/06/2001. Revista de Legislação e Jurisprudência, cit. ano 134, p. 377 e ss.

No entanto, os tribunais franceses já haviam enfrentado situações semelhantes, tal como observado por Paulo Mota Pinto, que nos apresenta os seguintes exemplos: Cour de Cassation, 2 de Julho de 1982 -relativamente a um nascimento no seguimento de um aborto falhado; Cour de Cassation, 16 de julho de 1991 –no que concerne a um nascimento de uma criança deficiente porque a mãe não foi vacinada contra a rubéola; Cour de Cassation, 26 de março de 1996 -com o erro de diagnóstico de uma doença.⁸⁵

Perante a decisão referida, surgiram diversas reações, tanto por parte de familiares, como de organizações de pessoas com deficiências, médicos e laboratórios. Foi igualmente prevista uma possível subida nos custos dos seguros de saúde, e a sociedade manifestou-se inquieta e inconformada diante as questões eugênicas acerca do tema, como da complexidade em estabelecer limites entre o que poderia ser considerado uma vida sem dignidade, que não justificasse ser vivida, e o que seria uma vida tolerável.⁸⁶

A decisão foi igualmente bastante criticada pelos juristas, principalmente no que concerne ao nexo causal, argumentando que não havia uma conexão causal entre a conduta do médico e as anomalias da criança. A única consequência da conduta negligente do médico foi o nascimento da criança, devido ao facto de a negligência médica ter impedido a mãe de escolher a interrupção da gravidez.

No entanto, o mesmo Tribunal voltou a analisar o tema em 28 de novembro de 2001 e concluiu que o dano sofrido pela criança não se referia à perda da oportunidade de não ter nascido, mas sim às suas próprias malformações que sofria.⁸⁷

⁸⁵ MOTA PINTO, P., 2007, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho, pp. 5-26.

⁸⁶ DIAS PEREIRA, A. G., 2015, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 270.

⁸⁷ FACCHINI NETO, E., 2015. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. *Análise de Direito Comparado*. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira, pp. 449.

Contudo, o teor da decisão anterior não foi bem aceite, o que levou a uma alteração na legislação.⁸⁸

A referida nova legislação está relacionada com os direitos dos pacientes e com a qualidade do sistema de saúde, denominada de *Loi Anti-Peruche*. A legislação restringe a responsabilidade médica, estipulando em seu artigo 1º que "*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*" que pode ser traduzido como "*Ninguém pode tirar partido de um prejuízo pelo facto de ter nascido*".

Esta legislação, no que concerne ao nexo causal, restringe a possibilidade de indemnização de danos apenas para os danos causados diretamente de ações médicas, ou seja, quando o próprio ato médico causou ou agravou a lesão, ou não permitiu a adoção das medidas adequadas para evitá-la.

São tomados em consideração apenas os prejuízos sofridos pelos pais, transferindo completamente a análise da questão para o âmbito da responsabilidade civil tradicional.

Esta legislação permite que os pais solicitem uma compensação por danos decorrentes do nascimento de uma criança com deficiências que não foram detetadas durante a gravidez, no entanto, exclui do cálculo os custos específicos acrescidos que uma criança deficiente possa necessitar, ou seja, segunda esta legislação, esses danos /custos financeiros ficariam sobre a responsabilidade da Solidariedade Nacional.^{89 90}

Ou seja, teve como objetivo exaurir as ações de *wrongful life* e direcionar o apoio a cidadãos deficientes para o âmbito do direito social e da solidariedade nacional, esta lei destaca que não é possível indemnizar o prejuízo de estar vivo. Esta legislação estabelece que a criança somente pode ser compensada se a

⁸⁸ Cf. Lei 2002-303, de 4 de Março de 2002.

⁸⁹ A referida norma foi revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005, que introduziu no código de ação social francês um artigo com um teor bastante similar.

⁹⁰ RAPOSO, V. L., 2010. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, Revista portuguesa do dano corporal, pp. 71.

responsabilidade do médico for intrinsecamente a causa direta do dano, se agravou a situação ou se impediu a adoção de medidas para mitigá-lo.⁹¹

Desta forma, o legislador francês afastou a noção de responsabilidade civil das questões relacionadas com as ações de *wrongful life*, direcionando essas situações para a esfera do direito social.⁹²

No que concerne ao caso em questão, relativamente às ações de *wrongful birth*, os pais mantiveram o direito de serem compensados por danos morais quando o médico, ao violar a *leges artis* a que está sujeito, impedir o diagnóstico correto e oportuno da criança.

4) *Baby Kelly*⁹³

No presente caso, sucedido na Holanda, os pais de Kelly Molenaar comunicaram à médica que os acompanhava na gravidez que um sobrinho do progenitor tinha nascido com malformações devido a uma anomalia cromossômica. No entanto, as medidas necessárias para detetar a mesma malformação no nascituro não foram tomadas nem consideradas, resultando assim no nascimento de Kelly com diversas deficiências físicas e psicológicas, tais como cegueira, surdez, mudez, autismo, asma e dores físicas constantes.

A situação foi levada até ao Supremo Tribunal da Holanda, conhecido por *Hoge Raad Nederlanden*, que concluiu que a decisão do médico, ao recusar a realização do teste, resultou em graves danos, afetando, desta forma, não apenas os pais, mas igualmente a própria criança, admitindo assim, não só a pretensão da *wrongful birth* como igualmente a pretensão da *wrongful life claim*.

O tribunal entendeu que a omissão por parte do médico impediu os pais de interromper voluntariamente a gravidez, concedendo assim uma

⁹¹ DIAS PEREIRA, A. G., 2015. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 270.

⁹² Paley-Vincent, Catherine, *La Responsabilité du Médecin*, Paris: Masson, 2002, pp. 108.

⁹³ HR, 18.03.2005, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606, disponível em www.uitspraken.rechtspraak.nl

compensação pela violação do seu direito à autodeterminação reprodutiva, bem como pelos gastos adicionais referentes aos cuidados médicos e à educação de Kelly, até que esta atingisse os 21 anos de idade.

Relativamente a Kelly, esta foi considerada uma parte integrante do contrato que vinculava e estabelecia obrigações entre os pais e os serviços médicos⁹⁴, portanto, o médico tinha responsabilidades relativamente ao feto, que foram violadas no momento em que este não realizou o exame pré-natal necessário e sugerido pelos pais. Dessa maneira, Kelly Molenaar foi compensada pelos danos morais⁹⁵ decorrentes do seu próprio nascimento.

Esta decisão apoiou-se em três argumentos centrais:

Em primeiro lugar, o tribunal recusou-se a estabelecer uma ligação entre a aceitação da compensação e a potencial visão futura da vida da criança como um prejuízo com efeitos no seu crescimento.⁹⁶

Em segundo lugar, o tribunal mencionou que recusar uma compensação resultaria num agravamento da situação da criança que nasceu com malformações devido a um erro médico.

Portanto, aceitar uma compensação não violaria a dignidade da vida de Kelly⁹⁷, pelo contrário, uma indemnização desse tipo contribuiria sim para que a criança pudesse viver com mais nível de dignidade possível.

⁹⁴ Desta forma pode afirmar-se que o tribunal defendeu aqui a “terceira via” da responsabilidade civil, de forma a enquadrar a situação no regime do contrato com eficácia de proteção para terceiros. Contudo, Cf. ANA PAULA BOULAROT, Acórdão STJ, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1. de 17.01.2013, pp. 17- 18, onde a autora aborda a dificuldade em considerar o feto como “terceiro”.

⁹⁵ MANSO, L. D. B., 2012. Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-natal - o caso das ações de “wrongful Birth”, n.º 18. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, julho/dezembro, pp. 161-182.

⁹⁶ HONDIUS, Ewoud, “The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Netherlands, 2005, p. 114. Este argumento já havia sido invocado pelo Hoge Raad na decisão de 21 de Fevereiro de 1997 (Caso do DIU ausente), estudada no capítulo referente a wrongful birth actions, pp. 19-20.

⁹⁷ Foi ainda alegado que a vida deficiente nunca, em circunstancia alguma é menos valiosa comparativamente a uma vida saudável - HR (Hoge Raad), 18 de Março de 2005, *Rechtpraak van de Week*, in: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213> [18.11.19].

Em terceiro lugar, a tese de comparar a existência com a inexistência não foi aceite⁹⁸, tendo o tribunal recorrido ao artº 6:97 do Código Civil Holandês, que estipula que a compensação deve ser calculada de acordo com o grau mais apropriado em relação à natureza do dano, e não sendo possível uma aferição exata, o cálculo deveria ser feito por estimativa.⁹⁹

Tanto o Tribunal de Apelação de Haia, o Supremo Tribunal Holandês e o próprio governo Holandês requereram a intervenção legislativa como a única forma de impedir o acolhimento de um pedido de compensação decorrente de uma ação de *wrongful life*.

Porém, até o momento, esse apelo não recebeu qualquer resposta por parte do legislador holandês¹⁰⁰, indicando assim que a decisão no caso Kelly Molenaar está em consonância com o Direito Civil do sistema jurídico, não havendo por isso motivo evidente para uma legislação nesta área.¹⁰¹

A progenitora, e apenas ela, recebeu ainda uma compensação pelos gastos relacionados com o seu tratamento psiquiátrico, necessário devido ao nascimento de uma criança com deficiência.

A decisão do Hoge Raad atribuiu uma indemnização a Kelly Molenaar exatamente por avaliar e considerar determinante o pagamento de uma quantia pecuniária para que a criança possa ter uma vida o mais digna possível.¹⁰² A decisão tomada pelo tribunal holandês leva-nos necessariamente a recapitular as palavras de João Pires da Rosa: “Atribuir uma indemnização à própria criança - que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito - é, isso sim, justamente promover a dignidade humana dessa criança”¹⁰³

⁹⁸ HONDIUS, Ewoud, “The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, cit., p. 114.

⁹⁹ Artigo 6:97 do Código Civil Holandês, in: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>

¹⁰⁰ NYS, HFL; DUTE, JCJ, “A wrongful existence in the Netherlands”, *Journal of Medical Ethics*, cit., p. 394.

¹⁰¹ GIESEN, Ivo; “The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases”, *Utrecht Law Review*, cit., p. 39 e FRATI, Paola [Et al.], “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update*, cit., pp. 346.

¹⁰² HR (Hoge Raad), 18 de Março de 2005, *Rechtpraak van de Week*, in <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213>, decisão analisada nas páginas 28 e 29.

¹⁰³ ROSA, João Pires da, “*Não existência – Um Direito!*”, *Julgar*, cit., p. 53.

Jurisprudência Portuguesa

1) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.06.2001

Iniciamos agora a análise de jurisprudência relativamente às ações de *wrongful birth* e *wrongful life*.

O primeiro Acórdão proferido pelos nossos tribunais foi o do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.06.2001 (Pinto Monteiro), Processo n.º 01A1008 ¹⁰⁴, acórdão este sobre o qual se pronunciaram diversos autores de renome. ¹⁰⁵

Neste processo, o autor era o menor (representado pelos seus pais) e os réus eram o médico e o respetivo Gabinete de Radiologia.

Neste caso, o autor intentou a ação tendo como objetivo o apuramento de responsabilidade civil contratual, onde pedia a condenação dos réus no pagamento de uma quantia indemnizatória em virtude dos atos praticados.

No caso em apreço, a mãe do Autor, que se encontrava grávida, dirigiu-se ao estabelecimento médico de Radiologia, onde foi assistida pelo médico.

Este, sabendo que a mesma tinha o útero septado pois já a tinha assistido em anterior gravidez, realizou-lhe as supostas ecografias necessárias, considerando que se tratava de uma gravidez de risco.

O primeiro réu tinha conhecimento de que a gravidez da mãe do autor era de alto risco, pois expressamente afirmou que ela tinha histórico de cesariana anterior e uma malformação uterina. Além disso, mencionou que o volume uterino parecia estar um pouco abaixo do esperado para a idade gestacional determinada por ecografia.

¹⁰⁴ Disponível para consulta em www.dgsi.pt

¹⁰⁵ Nomeadamente: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “*Direito a não nascer*”, RLJ 134 (2002), 377-384 ; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Tratado de Direito Civil*”, IV, 5.ª ed., 2019, 362-362 ; PAULO MOTA PINTO, “*Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...*” cit. ; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “*Direito à não existência, direito a não nascer*”, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, II, 131-138 ; ANDRÉ DIAS PEREIRA, “*O consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de Direito Civil*”, 2004, 387 e ss. ; VANESSA CARDOSO OLIVEIRA, “*Wrongful life action – Comentário ao acórdão do STJ de 19-jun.-2001*”, Lex Medicae 1/2 (2004), 128 e ss. e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “*A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*”, Forjar O Direito, 2015, 253-288.

Apesar dessas informações e conhecimentos, o primeiro réu não agiu com a devida diligência, negligenciando a prática clínica adequada ao deixar de solicitar exames mais específicos para avaliar as medidas embrionárias, como a medição do comprimento do fêmur, que revelariam imediatamente as malformações do autor

Tanto às 11 semanas como às 19 semanas, foram efetuadas ecografias, onde a mãe do autor foi informada que tudo corria bem sem qualquer problema. O autor acabou por nascer com graves malformações nas duas pernas e na mão direita.

O autor alegou que os réus, que acompanharam a sua progenitora durante a gravidez, não agiram com a diligência necessária, deixando de informá-la sobre as malformações do feto e, conseqüentemente, privando-a da oportunidade de decidir pela interrupção da gestação.

Devido a esse facto, o autor nasceu com graves malformações e por isso requereu uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela conduta dos réus.

Estava em causa uma suposta indemnização fundada em *wrongful birth*, onde, na primeira instância os réus foram absolvidos, decisão esta que a Relação confirmou.

O autor alega ter sofrido danos, porém, fundamenta o possível direito à indemnização com base na supressão de uma faculdade que seria concedida à sua mãe e/ou pais.

Nesse sentido, argumenta-se que “*o pedido de indemnização deveria ser formulado pelos pais e não pelo próprio autor*”, pois o direito ou a faculdade que possivelmente foi violada não está na esfera jurídica do autor, mas sim na esfera jurídica dos seus pais.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>

Mesmo que os réus tivessem informado os pais do autor sobre as deficiências físicas existentes, duas possibilidades existiriam: ou a gravidez seria mantida e o autor nasceria com as malformações das quais é portador, ou a gravidez seria interrompida e o autor não nasceria. O direito à indemnização, portanto, estaria sempre vinculado à titularidade dos pais e não do autor.

A questão principal discutida neste processo, em que o tribunal se focou, acabou por ser a questão da legitimidade processual, e não propriamente a questão da compensação pelos danos sofridos.

Caso a reclamação em apreço se fundasse em *wrongful life*, a mesma deveria ter sido intentada pelo próprio filho, como sucedeu. Porém os argumentos e direitos utilizados eram fundados em *wrongful birth*, logo deveriam ter sido os pais a intentar a referida ação, e tal não sucedeu, discutindo-se desta forma a legitimidade processual ativa.

Desta forma, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que os réus eram culpados de não terem seguido as práticas médicas padrão e a prática clínica adequada, resultando no desconhecimento dos pais sobre a malformação do autor até o momento do nascimento.

Referiram que a culpa atribuída aos réus não está relacionada à incapacidade de cura, mas sim ao facto de não terem aplicado todos os conhecimentos, diligências e cuidados exigidos pela profissão, o que teria possibilitado informar os pais sobre as malformações de seu filho antes do seu nascimento.

Em relação ao nexo de causalidade, argumenta-se que a conduta do médico afetou a capacidade dos pais de decidirem sobre a interrupção da gravidez. Deste modo, considera-se que a prática clínica foi violada quanto à informação fornecida aos pais, pois o acompanhamento médico não foi o adequado ao caso em apreço.

Quanto ao autor que faz o pedido, ou seja, o próprio filho, conclui-se que o direito à não existência é a questão em foco, e afirma-se que tal direito não

pode ser exercido pelos pais em nome do filho e somente pelo próprio, quando adulto, poderá eventualmente decidir se deveria ou não existir.

Somente nesse momento, poderá ser avaliado se esse direito é passível de tutela jurídica e de possível indemnização. Adicionalmente, ressalta-se que o poder paternal não é suficiente para os pais decidirem, em nome dos filhos, sobre o direito à não existência.

O Supremo Tribunal de Justiça negou, desta forma, o recurso.

A questão central refere-se à possibilidade de o nascimento do autor com deficiência constituir um dano passível de reparação jurídica. O Supremo Tribunal de Justiça analisou a situação e considerou que um suposto "direito à não existência" colocaria em conflito princípios constitucionais fundamentais expressos nos artigos 1.º, 24.º e 25.º da Constituição da República Portuguesa, que protegem a dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, tanto na sua existência quanto na sua não existência.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu igualmente que não se pode considerar o feto como parte de um contrato, uma vez que, no momento do contrato, o feto era apenas um nascituro e, portanto, não possuía personalidade jurídica.

Relativamente ao entendimento do STJ sobre o poder paternal, Dias Pereira não concorda com a referida perspectiva, pois entende que, dentro dos poderes e deveres do representante legal, cabe requerer uma compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo representado.¹⁰⁷

Além disso, menciona que, em casos de deficiência muito grave, como são os casos de anomalias psíquicas profundas, é provável que o filho esteja sujeito ao regime de interdição ou que não seja capaz de formar ou expressar um juízo de valor sobre sua existência, impossibilitando-o de reivindicar esse direito, seja por si próprio ou por meio de seu representante legal.

¹⁰⁷ DIAS PEREIRA, A. G., 2015. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora.

Já de acordo com o professor José González, conceder legitimidade ativa aos pais para intentar uma ação de *wrongful life* não parece ser uma abordagem segura.¹⁰⁸

Isto ocorre, pois, caso isso suceda, os pais estão a agir sobre um direito pessoal do filho. Normalmente, os direitos de natureza pessoal não podem ser exercidos por meio de representação.

Ao exercerem os direitos do filho incapaz no âmbito civil, os pais defrontam-se com a regra que proíbe a concessão de poderes representativos relacionados a direitos pessoais. Esse princípio também se aplica constitucionalmente, onde é inadmissível o exercício de direitos, liberdades e garantias por meio de representação. Contudo considera que esses são apenas princípios, o que significa que outros princípios podem ocasionalmente derrogá-los.

No presente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, este não rejeita completamente as ações de vida indevida (*wrongful life*), referindo que essas reivindicações podem ser apresentadas pelo próprio filho quando ele atingir a maioridade.¹⁰⁹

Relativamente a este tema, Lúcia Raposo¹¹⁰ menciona que António Menezes Cordeiro reconhece apenas a possibilidade de indemnização dos pais pela violação do contrato de prestação de serviços e do dever de informação por parte do médico.

No entanto, não aceita a ideia de indemnização do filho, por considerar desproporcional a responsabilização do médico pela existência do filho.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ, J. A., 2014. *Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris.

¹⁰⁹ O STJ menciona: "*certo é, porém, que tais ações, afigura-se-nos, só poderão ser intentadas pelos filhos quando a lei vigente lhes conceder o poder de pleitearem por si próprios, o que não é o caso.*"

¹¹⁰ RAPOSO, V. L., 2010. As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do dano corporal*, pp. 61-99.

Comentando o acórdão em apreço, Paulo Mota Pinto expressa um apoio à existência das *wrongful life actions*.^{111 112}

2) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.01.2013

No acórdão de 17.01.2013¹¹³, o Supremo Tribunal de Justiça veio pronunciar-se relativamente a uma ação interposta pelos autores, filho e mãe, esta em nome próprio e em representação do filho, para apuramento de responsabilidade civil contratual, contra o centro de radiologia, o seu diretor clínico e a sua médica obstetra.

Nesta ação os autores alegaram que, apesar de todas as ecografias médicas previstas terem sido realizadas e de sempre ter sido assegurado que o bebé estava a crescer sem qualquer, o mesmo acabou por nascer com síndrome polimalformativo, com diversas malformações, incluindo a ausência de mãos e braços, deformações nos pés, língua, nariz, orelhas, mandíbula e céu da boca.

A autora afirma, em súmula, que lhe foi negado o direito à autodeterminação em relação à decisão acerca do destino da gravidez, fazendo assim com que, tanto a mãe como o filho tenham de enfrentar, para o resto das suas vidas, as malformações congénitas de que o filho padece. Desta forma, a criança, mesmo depois de adulto, irá sempre depender de terceiros para a sua sobrevivência e precisará de cuidados constantes da autora para a realização das tarefas mais simples do cotidiano.

¹¹¹ "(...) deve também aceitar-se o ressarcimento da própria criança, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais."- MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho, pp. 5-26

¹¹² Dias Pereira menciona que "(...) há condições para responsabilizar civilmente os médicos que, na área da medicina pré-concepcional e pré-natal, negligentemente violem as *leges artis* ou que não cumpram o seu dever de prestar informações e conselhos. Essa responsabilidade deverá abranger os danos patrimoniais – especialmente, os custos adicionais resultantes da deficiência – causados aos pais e à criança nascida, bem como os danos não patrimoniais, resultantes da privação da possibilidade de praticar a interrupção da gravidez não punível, auto determinando-se na sua paternidade e maternidade, e também pelo desgosto e sacrifício que pode representar o nascimento de uma criança deficiente. Já o dano moral da própria criança afigura-se de mais difícil apreciação jurídica."- DIAS PEREIRA, A. G., 2015. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora.

¹¹³ Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt

Foi ainda alegado que, a autora passou a sofrer de um profundo desequilíbrio emocional e que a interrupção da gravidez teria sido o único meio adequado para evitar a vida de angústia e sofrimento que ambos sentem.

O autor sofre igualmente de danos não patrimoniais, considerando que tem plena consciência da sua situação, dado o seu desenvolvimento mental normal, e enfrenta uma profunda revolta, nervosismo e incompreensão no seu difícil dia a dia.

Relativamente ao filho nascido com deficiência foi peticionada: (i) a quantia nunca inferior a € 100.000,00 (cem mil euros), pela gravidade dos danos não patrimoniais correspondentes à sua condição deficiente; e (ii) a quantia nunca inferior a € 300.000,00 (trezentos mil euros), pelos danos patrimoniais correspondentes ao sustento da vida e cuidados especiais (montante equitativo atendendo a que o autor poderia ter cerca de 50 anos de vida útil).

Em relação à mãe, foi peticionada uma igual quantia nunca inferior a € 100.000,00 (cem mil euros), pela gravidade dos danos não patrimoniais por ela sofridos, bem como o ressarcimento de danos patrimoniais associados ao sustento e, sobretudo, aos cuidados clínicos com o filho.

No tribunal de primeira instância, o mesmo julgou parcialmente procedeu a ação, acolhendo os pedidos a favor da autora e condenando os réus ao pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. No entanto, o tribunal julgou absolutamente improcedentes os pedidos realizados a favor do menor. Diante dessa decisão, tanto os autores como os réus manifestaram um profundo desacordo e apelaram.

Já no tribunal de segunda instância, apenas foi reconhecida razão à autora, condenando os réus no pagamento das despesas clínicas e de educação futuras, relacionadas com a condição clínica da criança (custos estes não reconhecidos na primeira instância). Quanto aos demais aspetos, o tribunal manteve a decisão do tribunal a quo.

No segundo recurso para o STJ, foco desta análise, foram analisados essencialmente os argumentos a favor do peticionado pelo autor.

O tribunal veio a entender que: *“II- Há um erro médico, quando ocorra uma falha profissional, não intencional, consistente numa deformada representação da realidade, in casu, imagiológica, decorrente das ecografias que foram efectuadas à Autora.*

*III- Por parte dos Réus houve uma conduta ilícita e culposa, pois poderiam e deveriam ter agido de outro modo face à constatação inequívoca de malformações do feto, traduzindo-se a violação do dever cuidado na preterição da *leges artis* na matéria de execução do diagnóstico porque este deveria ter conduzido à aferição das aludidas malformações, atentos os meios empregues em termos de equipamento e tendo em atenção a preparação privilegiada do Réu.*

IV- 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.

V- Estamos em sede de causalidade adequada, pois a conduta dos Réus foi decisiva para o resultado produzido, qual foi o de possibilitarem o nascimento do Autor com as malformações de que o mesmo era portador, o que não teria acontecido se aqueles mesmos Réus tivessem agido de forma diligente, com a elaboração dos relatórios concordantes com as imagens que os mesmos forneciam, isto é, com a representação das malformações de que padecia o Autor ainda em gestação.

VI- Como deflui inequivocamente do preceituado na alínea c) do artigo 142º do CPenal, a Lei não pune a interrupção da gravidez nos casos em que há «seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congénita e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez», constituindo aquela solução o único meio de tutela de

interesses juridicamente protegidos, isto é, um meio sem alternativa, exigindo-se que sobre o caso haja um juízo de previsão fundada em motivos seguros, integrada por conseguinte pela certeza de que o nascituro sofre já da doença e/ou malformação, conduzindo desta sorte ao aborto por indicação embriopática ou feto pática.

VII- A circunstância de a Lei permitir à grávidas a interrupção da gravidez nesta situação, além do mais, não tem de per si a virtualidade de «interromper» o apontado nexos, fazendo antes parte do mesmo, porque sendo aquela solução uma opção das interessadas, desde que devidamente informadas com o rigor que se impõe neste tipo de ocorrências, impenderia sobre os Réus os mais elementares deveres de cuidado no que tange à elaboração do diagnóstico, o que de forma culposa omitiram, impedindo assim a Autora de utilizar o meio legal que lhe era oferecido, atento o tempo de gestação em curso (inferior às vinte quatro semanas), de não levar a termo a sua gravidez caso o entendesse, o que esta teria feito atentas as circunstâncias, daqui decorrendo o dever de indemnizar a Autora por banda dos Réus

VIII- De uma maneira geral a doutrina e jurisprudência europeia e norte americana admite as acções de wrongful birth, no caso sujeito a que se mostra intentada pela Autora, mãe do Autor, com vista a ser ressarcida pelos danos decorrentes da gravidez, bem como aqueles que decorrem das necessidades especiais da criança (onde se inclui a doutrina portuguesa maioritária, já que a nível jurisprudencial apenas existe uma única decisão deste STJ a propósito desta temática, de 19 de Junho de 2001 (Relator Pinto Monteiro)).

IX- Todavia, aquelas mesmas correntes, nos casos em que a par da wrongful birth action se cumula uma wrongful life action, esta é rejeitada in limine por se considerar inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc - caso tal indemnização fosse possível), sendo que

esta questão nos coloca perplexidades várias, passando pelas filosóficas, morais, religiosas, políticas, acrescidas, obviamente, das jurídicas.

X- 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».

XI- 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.

XII- 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 «(...) 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.

XIII- Nenhum outro direito se afigura concretizável com o nascimento do nascituro, maxime, o decorrente de um pretense contrato com eficácia de

protecção de terceiro (terceiro este apenas nascituro, falho da qualidade jurídica de terceiro para efeitos obrigacionais, por ausência de personalidade jurídica), a quem a Lei não concede qualquer protecção por via da celebração daqueloutro contrato de prestação de serviços médicos, a não ser a protecção directa do mesmo, ou seja, a decorrente de uma actuação do médico dirigida especificamente ao feto e por isso causadora das suas eventuais malformações, o que não se mostra ter ocorrido no caso sub judice.

XV- 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.”

Desta forma, o Supremo Tribunal de Justiça, classifica a realização de ecografias como uma obrigação de meios.¹¹⁴

Apesar de reconhecer que a conduta dos réus foi negligente e censurável relativamente à *legis artis*, acolheu somente o pedido da autora (*wrongful birth*), rejeitando, desta forma, a pretensão do autor (*wrongful life*). O tribunal fundamentou a sua decisão em dois pontos principais: em primeiro lugar, não considerou a existência de qualquer ilicitude, culpa ounexo causal entre a conduta dos réus e as malformações do autor, não se verificando, assim, os pressupostos da responsabilidade civil.

Em segundo lugar, o autor não foi considerado parte contratual, sendo negado, inclusive, o enquadramento do caso no instituto do contrato com eficácia de protecção para terceiros¹¹⁵ pois “*não se pode aceitar, de todo em todo que a criança, inexistente enquanto ser humano (...), possa ser tida como parte interessada num contrato havido entre aqueles que a conceberam e outrem,*

¹¹⁴ Posição esta que, posteriormente, o STJ veio a afastar-se no Ac. do STJ de 12.03.2015 (Hélder Roque), disponível em www.dgsi.pt, concluindo que “Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais e radiológicos”.

¹¹⁵ Contudo, apesar da referida posição assumida, o Acórdão contou com um voto divergente do Conselheiro Pires de Rosa.

sendo na mesma altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica”.

Para justificar a sua posição, o STJ recorreu à redação do art. 66º do CC¹¹⁶, argumentando que o nascituro, sem personalidade jurídica, apesar da lei lhe conceder alguns direitos¹¹⁷, não pode ser considerado um 'terceiro', uma vez que, na ocasião da celebração do contrato, ele ainda não existia enquanto ser humano, posição esta com a qual o Juiz conselheiro Pires de Rosa não concordou.

O STJ entendeu que a atuação dos réus não foi a causa das malformações da criança e conclui que o contrato de prestação de serviços médicos celebrados entre a autora e os réus não oferece proteção à criança deficiente.

Neste caso, penso que a opinião do Conselheiro Pires de Rosa, eticamente, seja mais correta, pois refere que é evidente que a criança é o principal sujeito prejudicado pela conduta ilícita e culposa do médico e/ou clínica, e é essa mesma conduta que justifica a atribuição de indemnização aos pais pelos danos sofridos.

Portanto, alegar a dignidade humana como razão para negar à criança uma compensação pelos seus próprios danos é "uma contradição em si mesma".¹¹⁸ Pelo que, esta questão não pode ser negligenciada pelo direito, sob pena de resultar em prejuízos irreparáveis para uma vida que já é, naturalmente, bastante difícil.

¹¹⁶ Art. 66.º, n.º 1, do CC: “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.”

¹¹⁷ Alguns direitos são concedidos aos nascituros, nomeadamente: art. 952.º, do CC, relativamente às doações a nascituros; art. 2033.º, n.º 1, do CC, referente à capacidade sucessória; art. 1878.º, do CC, referente às responsabilidades parentais; artigos 1854.º e 1855.º, ambos do CC, no que concerne à perfilhação do nascituro; art. 2240.º, do CC, relativamente à administração de herança ou legado a favor do nascituro.

¹¹⁸ João Pires de Rosa, op. cit., p. 53.

Para além do mais, não responsabilizar civilmente o médico pelas suas ações é condescender com a impunidade de condutas consideradas ilícitas e prejudiciais.

É importante ressaltar que, no caso em apreço, não estava em causa a vida em si, mas sim a vida com deficiência. A vida com deficiência é o que consubstancia o dano em si, e o que se opõe a isso não é alegada “não existência”, mas sim a vida com plenitude e bem-estar. De referir que o valor da indemnização a ser atribuído à criança deverá ser calculado com base nesse princípio.

Porém, existem bastantes dificuldades na avaliação dos danos e na comparação entre uma vida com deficiências e uma vida sem deficiências.

Relativamente a este tema, o Professor Fernando Araújo¹¹⁹ menciona que *“quando o dano que se invoca só poderia ser evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente posto em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, aquela diferença negativa em que consiste o dano.”*

Menciona ainda que, não se trata de avaliar a qualidade de vida e muito menos de *“sustentar a proposição absurda de que a ordem jurídica assegura a alguém o direito a nascer normal, a ponto de dizer-se que a negação desse direito envolveria ipso facto o mecanismo da indemnização.”*

Com o intuito de igualmente banir tais pretensões, e com uma opinião mais conservadora, Graciela Medina¹²⁰ refere ainda mais algumas justificações para a improcedência das *wrongful life*, nomeadamente: *“o incentivo à procriação e à proteção da vida é contrário à autonomia dos progenitores em optarem pela interrupção da gravidez (políticas públicas); pretender uma*

¹¹⁹ ARAÚJO, F., 1999. A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida. Coimbra: Almedina, pp. 96.

¹²⁰ MEDINA, G., 2008. Daños en el derecho de familia. 2.^a ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni, pp. 560.

descendência perfeita é uma prática eugênica que deve ser evitada para não ocorrerem os abusos do passado (eugenia); toda a vida humana tem um valor extrínseco que lhe determina ser vivida em que situação for (santidade da vida); aumento dos custos dos seguros médicos e maior responsabilidade dos médicos; possibilidade de pretensões contra os pais por causa da decisão de manter a gestação." ¹²¹

Tratando-se de uma ação que contesta a própria vida, existem inúmeras opiniões divergentes, que nunca chegarão a um consenso pois, para além das questões jurídicas, estão igualmente envolvidas concepções morais, filosóficas, religiosas, económicas e políticas.

Logo, a pergunta que surge sem hesitação é: Seria justificável defender um direito à inexistência?

3) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.03.2015

Uma terceira decisão relevante para o assunto em apreço é o Acórdão de 12.03.2015 do Supremo Tribunal de Justiça.¹²²

Neste caso, similarmente aos casos anteriormente mencionados, pai e mãe, por si e na qualidade de legais representantes do seu filho menor, propuseram uma ação de responsabilidade civil contratual, fundada em erro de diagnóstico pré-natal, devido ao facto de o filho ter nascido com malformações e com uma incapacidade permanente e global avaliada em torno de 93%.

Neste caso, o STJ concluiu igualmente que existia um nexo de causalidade entre a omissão da clínica e o nascimento da criança deficiente, referindo que *“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 malformação, devido a*

¹²¹ GONÇALVES DA SILVA, S.E, 2015, Vida indevida (wrongful life) e Direito à não existência, pp. 123-158

¹²² STJ, de 12-mar.-2015 (*HELDER ROQUE*), Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, disponível para consulta em www.dgsi.pt

inobservância das leges artis, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita.”

Referindo ainda que a omissão da clinica frustrou igualmente o exercício do direito ao aborto¹²³ por parte dos progenitores, havendo lugar, desta forma, a uma violação da responsabilidade civil médica: *“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.”*

“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, pelo que este específico direito à autodeterminação é o campo por excelência das ações de «wrongful birth» e de «wrongful live», cada vez mais comuns nos países onde a interrupção voluntária da gravidez é permitida”

“(…) E sendo o dano a vida com deficiência e a ausência da possibilidade de escolha pela interrupção voluntária da gravidez, em virtude da violação do direito à informação, e não a criança, em si mesma, que dela padece, admitindo-se o aborto, em caso de deficiência grave do feto, como decorre do preceituado pelo artigo 142o, no 1, c), do Código Penal, mal se compreenderia que os pais se vissem privados dessa opção.”

No referido Acórdão, o que se debate é essencialmente às pretensões patrimoniais e não patrimoniais dos pais, e não propriamente o tema da vida como um dano próprio.

No que concerne aos cálculos para aferir as compensações, o STJ referiu que:

¹²³ Consagrado pelo preceituado na alínea c) do n.º1 do artigo 142.º do Código Penal

“A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entre o dano da vida, propriamente dito, e a não existência, mas antes entre aquele e o dano da deficiência que essa vida comporta, pelo que o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável.”

“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.º 1, do CC.”

Tanto neste caso como nos acima mencionados, a procedência da causa de pedir supõe a alegação e prova dos seguintes requisitos:

- a) a existência de um acordo contratual entre as partes;
- b) a comprovação de um incumprimento contratual por parte dos RR;
- c) uma relação de causalidade entre esse incumprimento e o direito violado, nestes casos a eventual decisão de Interrupção da gravidez;
- d) que no caso a Autora tivesse a possibilidade de exercer essa faculdade;
- e) existência e dimensão do dano a fim de fixar a indemnização.

4) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.05.2023

Por fim, a decisão mais recente dos nossos tribunais relativamente a esta matéria, do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Maio de 2023, ¹²⁴

¹²⁴ Acórdão do TRC, de 30 de Maio de 2023, Processo n.º 611/21.0T8CTB.C1, disponível para consulta em www.dgsi.pt

desenvolveu-se bastante à volta da questão da existência ou não de nexo de causalidade entre a omissão do médico e os danos invocados, onde é referido que:

“I- Não tendo o médico especialista, que acompanhou a gravidez – âmbito em que realizou as ecografias fetais que considerou adequadas –, detetado as malformações existentes do coração do feto, e não tendo, em consequência, informado a grávida de tal deficiência, quando podia e devia fazê-lo, dando-se o nascimento sem que aquela (mãe) soubesse dessas malformações, pelo que invoca danos não patrimoniais sofridos por causa da morte da filha, ocorrida posteriormente ao nascimento, e por causa dos padecimentos e agonia da criança, é de concluir que o médico cumpriu defeituosamente os seus deveres de vigilância médica da gravidez e que, por aplicação do n.º 1 do art.º 799.º do Código Civil, se presume que esse cumprimento defeituoso procede de culpa sua, presunção que aquele não afastou.

II – Porém, se a omissão ilícita e culposa do médico não foi causa da morte da criança nem dos seus padecimentos e agonia, tal omissão também não poderá ser considerada causa dos danos não patrimoniais que a mãe sofreu com a morte, o sofrimento e a agonia da filha.”

Nesse mesmo acórdão é mencionado que é incontroverso que a imposição ao réu da obrigação de indemnizar a autora pelos danos não patrimoniais alegados exija a prova de um nexo de causalidade entre a ação ilícita e culposa imputada a ele e tais danos.

O respaldo legal para essa exigência encontra-se no artigo 563.º do Código Civil, que estabelece que *“a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”*

Relativamente a este assunto, Mário Júlio de Almeida Costa¹²⁵ refere que a ideia central da causalidade prevista neste artigo é a de que *“considera-se*

¹²⁵ Almeida Costa, M.J., *“Direito das Obrigações”*, 11ª Edição revista e actualizada, Almedina, p. 763

causa de um prejuízo a condição que, em abstrato, se mostra adequada a produzi-lo” ou, em termos mais abrangentes, que “*o facto que actua como condição só deixará de ser causa do dano desde que se mostre por sua natureza de todo inadequado e o haja produzido unicamente em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais”*

Uma abordagem ampla que, segundo o autor mencionado, deve ser aplicada no âmbito da responsabilidade civil por atos ilícitos culposos, contratuais ou extracontratuais.

Abordagem abrangente esta que tem sido acolhida pela jurisprudência do STJ, como confirmam, entre outros, os seguintes acórdãos:

O acórdão do STJ de 2-11-2004¹²⁶ que refere que a teoria da causalidade adequada apresenta duas variedades: uma formulação positiva e uma formulação negativa.

De acordo com a formulação positiva (mais restrita), o facto só será considerado causa adequada do dano quando este for uma consequência normal ou típica daquele, ou seja, quando, ao verificar o facto, for possível prever o dano como uma consequência natural ou provável desse evento.

Já na formulação negativa (mais ampla), o facto que atuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada quando circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que tiveram um papel decisivo no caso concreto, contribuíram para a sua ocorrência. Segundo este acórdão, por mais criteriosa, deve reputar-se adotada pela nossa lei a formulação negativa da teoria da causalidade adequada;

O Acórdão do STJ de 2-11-2010,¹²⁷ afirmou que o artigo 563.º do Código Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa, segundo a qual a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da

¹²⁶ Acórdão do STJ, de 2-11-2004, Processo n.º 04A3457, disponível para consulta em www.dgsi.pt

¹²⁷ Acórdão do STJ, de 2-11-2010, Processo n.º 2290/04.0TBCL, disponível para consulta em www.dgsi.pt

sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias;

O Acórdão do STJ, proferido em 18-12-2013¹²⁸, afirmou que o artigo 563º do Código Civil consagrava a teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa.

Seguindo-se esta interpretação do artigo 563º do Código Civil, quando houver uma variedade de eventos que possam ter causado o dano ou contribuído para a sua ocorrência, o tribunal deverá, em primeiro lugar, considerar todos esses eventos.

Posteriormente, o tribunal deverá averiguar se o facto em questão foi uma condição para a ocorrência do dano, ou seja, se faz parte da sequência de eventos que culminaram na produção do dano.

Se a resposta for positiva, uma vez que, na teoria da causalidade adequada, a aptidão de um facto para causar determinado dano é avaliada de forma abstrata, considerando o que é normal ou usual ocorrer como consequência desse mesmo facto, caberá ao tribunal averiguar se a experiência ou curso normal das coisas indicam que é comum ou normal que o evento em questão cause o dano ou se para a produção do dano concorreram de forma decisiva circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anómalas.

¹²⁸ Acórdão do STJ, de 18-12-2013, Processo n.º1749/06.0TBSRS, disponível para consulta em www.dgsi.pt

3. Da Violação Do Dever De Informação

A prática médica contemporânea baseia-se na autonomia do paciente, o que coloca sobre o médico a responsabilidade de obter um consentimento informado e livre da parte dos seus pacientes.¹²⁹ Este consentimento é a única maneira de justificar qualquer intervenção médica que possa afetar o corpo ou a saúde do paciente, seja ela necessária ou até mesmo opcional (de acordo com o artigo 156º do Código Penal).

Assim, para assegurar que o médico obtem um consentimento genuíno e bem informado, surge a obrigação de fornecer todos os esclarecimentos necessários e corretos ao paciente. A extensão desses esclarecimentos varia conforme as exigências do caso em questão mas está especialmente ligada à individualidade do paciente, ou seja, às suas próprias necessidades de compreensão e também às suas capacidades de avaliação.¹³⁰

O cumprimento desse dever vai mais além do que a simples disponibilização oportuna de informações acerca da intervenção planeada. Isso inclui, particularmente, esclarecimentos acerca da sua finalidade, riscos envolvidos, possíveis resultados e as medidas subsequentes necessárias.¹³¹

¹²⁹ Apenas assim é válido, segundo o artº 157º do CP.

¹³⁰Rosa Cândido Martins, "A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento", *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 801- 802.

¹³¹ Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito e Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 210-214.

Além disso requer que o médico se certifique de que o paciente compreendeu plenamente as informações fornecidas¹³²- “O “*descomunal*” dever de esclarecimento deve possibilitar ao doente a compreensão do tipo, importância, decorrer e consequências de uma intervenção, embora não em todos os pormenores mas nos elementos essenciais, assegurando condições que garantam uma ponderação de risco informada”.¹³³

O dever de informação, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1º e 26º/1 da Constituição da República Portuguesa), é refletido no artigo 156º do Código Penal, quando classifica como crime as “*intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*”. Este preceito legal protege, no âmbito jurídico-penal, o direito à liberdade e autodeterminação do paciente.

No domínio jurídico-civil, a falta de consentimento informado pode constituir a base para um pedido de indemnização por infringir a referida norma destinada a proteger interesses alheios (artigo 156º do Código Penal), através da responsabilidade civil extracontratual, de acordo com o artigo 483º/1 do Código Civil.

No contexto do planeamento familiar (dentro das chamadas *wrongful conceptions*, que não abordamos na presente dissertação) a autodeterminação informacional tem adquirido uma especial importância após a realização dos exames de diagnóstico pré-natal e antes da possível Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG). Essa importância manifesta-se no aconselhamento genético, cujo objetivo é “*elucidar uma pessoa (...) dos eventuais riscos decorrentes de factores genéticos hereditários, por forma a poderem ser adotadas medidas preventivas ou corretivas pelo(s) interessado(s)*”¹³⁴. Esta regulamentação está

¹³² Rosa Cândido Martins, “A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 804. Note-se que o consentimento informado pode ser realizado por escrito ou oralmente, preferindo-se naturalmente a primeira alternativa.

¹³³ Rui Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Lisboa: Almedina, 2015, p. 583.

¹³⁴ João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 93.

definida na Lei nº3/84 de 24 de Março e no Despacho do Ministério da Saúde nº 5411/97, de 6 de Agosto.

Relativamente às *wrongful birth actions*, considerando que as técnicas de diagnóstico pré-natal visam detetar possíveis anomalias congénitas no feto ou embrião, a existência de falhas na sua realização, interpretação inadequada ou na omissão de resultados constituem práticas deficientes por parte de profissionais de saúde.

Estas práticas podem privar a mulher grávida da oportunidade de interromper voluntariamente a gravidez de acordo com o artigo 142º/1, c) do Código Penal, resultando assim no indesejado nascimento de uma criança com uma doença ou malformação congénita grave e incurável.

Quando um médico realiza exames de diagnóstico pré-natal e identifica uma anomalia no feto que se enquadra nos casos em que a Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) não é punível de acordo com o preceito mencionado, a omissão dos resultados à progenitora¹³⁵ configura uma clara violação do dever de informação que recai sobre o médico. Isto estabelece uma base para a responsabilidade civil do profissional.

Nessas situações, o "(...) o objeto principal do contrato é precisamente (...) a comunicação do próprio diagnóstico".¹³⁶ Por consequência, alguns autores argumentam que a existência de qualquer erro no diagnóstico pré-natal deve dar origem à responsabilidade civil do médico, não apenas por perda de oportunidade, mas por se tratar de uma violação de um legítimo interesse jurídico já protegido pelo Direito - o direito à informação e ao esclarecimento.¹³⁷

¹³⁵ Nos casos em apreço, considerando que a mulher grávida é a única detentora da capacidade decisória sobre a IVG (Despacho nº 5411/97, de 6 de Agosto, nº 3, al. d) e g)), o cumprimento do dever de esclarecimento é apenas exigível relativamente a esta. Cfr. Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214; e Luís Baptista Manso, "O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação", *Lex Medicinæ*, Ano 8, Nº16, ISSN: 1646-0359, 2012, pp. 142-144.

¹³⁶ André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 374.

¹³⁷ Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214 e André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, cit., p. 391.

Parece-nos que essa interpretação é aplicável à última "categoria" de erro médico no contexto do diagnóstico pré-natal, em que o médico tem conhecimento da doença ou malformação congénita do feto, mas opta por não comunicar essa informação à progenitora. Nestes casos, o médico tem a informação necessária, pelo que a sua omissão traduz-se numa conduta ilícita e culposa, que gera responsabilidade civil.

Contudo, essa lógica não parece aplicar-se às outras circunstâncias em que o médico comete erros na realização ou interpretação dos exames.

Como André Dias Pereira salienta, *"trata-se de casos em que estamos paredes meias entre os problemas de consentimento informado e o erro médico"*.¹³⁸

Nas situações em apreço, o médico não tem conhecimento das patologias do feto, o que significa que não se trata de uma violação concreta do dever de informação ou esclarecimento, mas sim de uma falha na execução adequada do exame. Quando essa falha resulta de má-prática médica, em violação das normas profissionais (*leges artis*), a conduta do médico deve ser considerada ilícita.

Portanto, o médico deve ser responsabilizado não por violar o dever de informação, mas sim por ter, através da sua ação, eliminado a oportunidade da progenitora tomar uma decisão informada sobre a continuação ou interrupção da gravidez, uma oportunidade que lhe é assegurada por direito.

O Ac do STJ de 7.3.2017¹³⁹ considerou que *"na relação que se estabelece entre o médico e o doente, o dever de informar/esclarecer do primeiro confina-se, no momento da assunção do diagnóstico, em dar a conhecer ao segundo o tipo, a extensão e os efeitos da doença de que é portador e a forma medicamente adequada de a tratar. O dever de informar mostra-se, em concreto, adequada e corretamente cumprido, porquanto os clínicos consultados (réus) informaram a doente (autora) (i) da natureza e tipo de patologia diagnosticada, (ii) do tipo de*

¹³⁸ André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, cit., p. 374

¹³⁹ Acórdão do STJ de 7.3.2017, Processo n.º 6669.11.3

intervenção que deveria ser realizada para que fosse debelada, e (iii) das previsíveis consequências, de acordo com a ciência médico-cirúrgica”.

É de mencionar que o consentimento informado é um direito do paciente cuja violação implica um dever de indemnização.¹⁴⁰

No que concerne ao momento em que o paciente deve ser informado, diversos autores¹⁴¹ afirmam que a informação deve ser prestada ao paciente numa altura em que o mesmo tenha a capacidade e a liberdade de decidir se pretende ser tratado.

Desta forma, é relevante relembrar que o dever de informação representa a materialização do dever geral de informação presente na fase pré-contratual, de acordo com o art. 227º do Código Civil.

Por fim, é importante ressaltar que, de forma abreviada, a nossa doutrina define esse dever como “*o dever de elucidar espontaneamente a outra parte sobre as condições reconhecidas como importantes para a decisão que, de outra forma, permaneceriam ocultas*”.¹⁴²

¹⁴⁰ cfr. Acórdão do STJ de 22.3.2018, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1

¹⁴¹ *Responsabilidade, Informação, Consentimento e Confidencialidade*, Revista Portuguesa Dano Corporal, 1994, nº2, (4), pág. 13;

Guilherme Moreira, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, RLJ, ano 125, pág. 33 e segs;

André Dias Pereira, in *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*; Alexandre Laureano Santos, *Autonomia e Paternalismo na Relação Médico/Doente*, Acção Médica, 2000, nº4, pág. 49;

Mário Raposo, *O consentimento Informado na Relação Médico/Doente*, O Direito, 1992, pág. 407 e segs.

¹⁴² Sónia Moreira, *O dever Pré-contratual de Informação*, Scientia Iuridica, 2003, pág. 514.

4. O “Direito À Não-Existência”

A questão essencial que se coloca em casos como as ações de *wrongful life* é na sua essência: “É possível que a vida seja um dano para o próprio indivíduo?”

Ao analisar o possível direito violado nas ações de *wrongful life*, surgem complexas contradições que envolvem este tema. A primeira questão que se coloca é a de saber se a criança é verdadeiramente detentora de “(...) *uma posição pessoal de vantagem atribuída ou reconhecida (...)*”¹⁴³ pelo Direito.

Neste caso, o facto de o ato culposo do profissional de saúde não estar diretamente ligado às malformações ou doenças que afetam a criança, mas sim a uma ação que conduz ao seu nascimento¹⁴⁴, levanta um pedido feito pela própria criança, com base na preferência de não ter nascido nessas condições.¹⁴⁵

Relativamente a este ponto, Vanessa Cardoso Correia menciona que “(...) *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*”.¹⁴⁶

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,*

¹⁴³ Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Lisboa: Edições Almedina, 2012, p. 45.

¹⁴⁴ Wendy F. Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Live Actions*, Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review, Vol. 40, 2005, p. 143.

¹⁴⁵ No Ac. do TRL de 30.04.2015 é mencionado que: “*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*”.

¹⁴⁶ Vanessa Cardoso Correia, *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. 105.

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 acarrea su vida enferma (...).¹⁴⁷

Vera Lúcia Raposo menciona o “*direito a não nascer*» diz respeito “*a um hipotético direito do embrião uterino a ver interrompida a sua gestação mediante um abortamento (...) 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*”.¹⁴⁸

A base desta pretensão indemnizatória é, como alguns autores referem, o direito à não existência ou o direito a não nascer, uma noção que parte da doutrina admite, no qual argumentam que o nosso sistema jurídico não atribui “*um valor absoluto à vida*”¹⁴⁹.

Esta perspetiva permite a “*relativização deste bem jurídico em certos casos*”¹⁵⁰ e é ainda mais relevante para o presente estudo, uma vez que a própria lei reconhece, sob determinadas condições, a interrupção voluntária da gravidez (IVG).

Com um voto vencido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2001, por João Pires da Rosa, este admite teoricamente um direito à não existência “*desde que a lei portuguesa reconheceu, nos termos previstos no art.142.º do C. Penal, a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez,*

¹⁴⁷ Inmaculada Vivas Tesón, *La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial*, in RdP, n.º 11, p.411.

¹⁴⁸ Vera Lúcia Raposo, *As wrong actions (...)*, Ob. cit., pp. 73 e 74.

¹⁴⁹ Carlos Almeida Rodrigues, “A problemática inerente às wrongful life claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ– Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, cit., p.181.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

colocando a vida, nesses precisos casos, nas mãos dos homens, mais especificamente da mulher/mãe” ¹⁵¹.

A nosso ver esta perspetiva não deve ser aceite pelo facto de o argumento apresentado ser provido de fragilidades. Existem de facto causas de justificação para violações do direito à vida, porém não diminuem ou relativizam o valor do bem jurídico tutelado, como se pretende argumentar.

Temos o caso da legítima defesa, por exemplo, que não compromete o valor absoluto da vida como é reconhecido pelo artigo 24.º/1 da Constituição da República Portuguesa (CRP). A legítima defesa simplesmente impede que a lei puna ações que violem a integridade física ou o direito à vida de outra pessoa, através da sua subtração “(...) *do mundo do ilícito* (...)”¹⁵² desde que sejam preenchidos os requisitos previstos (presentes no artigo 337.º/1 do Código Civil).

Da mesma forma, a não punição da interrupção voluntária da gravidez (IVG), que também se enquadra numa causa de justificação, tem como base a tutela da autodeterminação da mulher grávida. Não reconhece, de forma alguma, e muito menos implicitamente, um “direito a não nascer”. O que se reconhece é que a violação do direito à vida do feto, nos casos específicos definidos no artigo 142.º/1, c) do Código Penal (cujo principal propósito é a proteção do direito à autodeterminação da mãe), não podendo desta forma ser punida pelo sistema legal.

Assim, o nosso sistema jurídico não consagra, em termos legislativos, um direito à não existência, apesar de proteger o direito à vida (artigo 24.º da CRP)¹⁵³.

Tal como mencionam José Gomes Canotilho e Vital Moreira, sobre este preceito “*A Constituição não reconhece qualquer 'vida sem valor de vida', nem garante decisões sobre a própria vida.*” ¹⁵⁴

¹⁵¹ João Pires da Rosa, “Não existência – Um Direito!”, *Julgar*, Nº 21, 2013, p. 50.

¹⁵² Vide, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08 de Junho de 1995, Processo Nº 045679 (Relator: Sa Nogueira), in: www.dgsi.pt [02.04.20].

¹⁵³ Cfr. Fernando Pinto Monteiro, *Direito à não existência, Direito a não nascer*, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.137 e Vera Lúcia Raposo, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, cit., p. 77.

¹⁵⁴ José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, 1º Vol., 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 450.

Esta interpretação pode parecer desatualizada nos dias de hoje, devido à evolução política, social e legislativa, evidenciada pela aprovação do Projeto de Lei que despenaliza a morte medicamente assistida voluntária para aqueles que sofrem de uma doença incurável e fatal ou de lesão definitiva, causando sofrimento permanente e insuportável.

"Mas mesmo que se admita o direito à não vida, como será o caso do suicídio ou da eutanásia, ainda assim sempre o caso concreto (wrongful life action) ultrapassará esses limites".¹⁵⁵

É crucial destacar, neste caso, a relevância de distinção entre "pedir para morrer e pedir para não ter nascido."

Isto poderia levar a uma situação em que uma ação nesses termos se transformaria num dos efeitos da chamada "rampa deslizante"¹⁵⁶ (um risco associado à despenalização da morte medicamente assistida voluntária, que envolve o uso indevido da prática através do alargamento progressivo das situações que poderiam justificá-la, quando essas situações deveriam ser excepcionais)¹⁵⁷. Isso iria além das situações que a despenalização da eutanásia visa abranger.

Nas ações de *wrongful life*, ocorre um erro médico que contribui para o nascimento da criança, mas não é a causa direta das malformações ou doenças pelas quais se procura compensação.

O dano real reside no facto de a progenitora não ter sido informada da realidade, deixando-a, desta forma, numa situação de total ignorância das malformações do feto, devido à atuação do médico.

Um erro médico, seja por não realizar um exame, interpretá-lo de maneira inadequada ou omitir informações por negligência ou dolo, em violação das normas da profissão (*leges artis*)¹⁵⁸, pode não ter relevância do ponto de vista

¹⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001, Processo N° 01A1008 [Relator: Pinto Monteiro], in: www.dgsi.pt [31.03.20].

¹⁵⁶ O impacto do efeito da "rampa deslizante" (slippery-slope effect) tem sido objeto de estudo com base nos Estados-Membros da União Europeia que foram pioneiros na despenalização da eutanásia. Na Holanda, por exemplo, já é permitido que médicos realizem a eutanásia em recém-nascidos que enfrentam problemas de saúde tão graves que se presume que a melhor opção seja encerrar suas vidas, o que coloca a decisão de continuar ou não a viver nas mãos de terceiros. Vide <https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-and-newborn-infants>

¹⁵⁷ Vide, <https://stopeutanasia.blogspot.com/2017/02/uma-definicao-por-dia-efeito-da-rampa.html>

¹⁵⁸ Álvaro Rodrigues, *Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente*, Data Venia, cit., p. 12, in: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf

jurídico-civil se os outros pressupostos da responsabilidade civil não forem atendidos.¹⁵⁹

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, esta exige, de acordo com o artigo 483º/1 do Código Civil, a violação ilícita e culposa de um direito ou disposição legal destinada a proteger interesses alheios, porém, neste caso, a ausência de um direito a não existir impossibilita afirmar que o erro médico, com violação das *leges artis*, tenha prejudicado um direito da titularidade da criança.

A vida, regra geral, é indisponível para o próprio sujeito.¹⁶⁰ No entanto, mesmo que considerássemos essa possibilidade, isso não equivaleria à possibilidade do mesmo poder dispor do próprio não-nascimento (ou de não ter nascido com uma deficiência).

Mesmo as jurisprudências mais indulgentes sempre ressaltaram que essa não era uma prerrogativa do próprio indivíduo.

Relativamente ao assunto em apreço, o Ac. do STJ de 17.01.2013 refere que *“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*

¹⁵⁹ Isto porque não deve ser considerado relevante, pelo menos no contexto do diagnóstico pré-natal, o erro médico que não envolva a violação das normas profissionais (*leges artis*). Apesar da alta confiabilidade dos exames ecográficos obstétricos, é possível que ocorram situações de falha nos próprios instrumentos ou casos em que a detecção de uma determinada malformação ou doença congênita seria impossível para qualquer profissional de saúde que agisse de acordo com as práticas padrão. Nessas circunstâncias, um erro médico pode ocorrer, mas sem culpa, e portanto não passível de sanção.

¹⁶⁰ Acerca da proteção do próprio contra si mesmo, vide Diogo Leite De Campos, “A relação da pessoa consigo mesma”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, 139-145.

integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser»”.

Ao longo dos últimos anos tem-se observado uma tendência em não conceder indemnizações à criança, uma vez que o "direito à não existência" não é reconhecido no nosso sistema legal.

A vida deve ser sempre considerada uma bênção, porém, será que alguém que enfrenta um constante sofrimento e dor física pode realmente considerar a sua vida uma bênção? A completa dependência de outras pessoas, inclusive para as necessidades mais básicas, pode suscitar um sentimento de gratidão pela própria existência? Não é irrazoável supor que alguém possa não desejar viver nas condições em que nasceu e com as quais se deve conformar até o fim da vida?

Estamos a lidar exatamente com situações assim: pessoas que precisam de fazer um esforço contínuo para suportar a vida, convivendo diariamente com a agonia de uma deficiência e enfrentando a obrigatoriedade de continuar a viver sob essas circunstâncias até o fim.

Temos de admitir que, por vezes, existem pessoas que entendem que não existir seria preferível à vida com a deficiência de que padecem. Isto não significa que a vida com deficiência seja inferior à vida sem deficiência, ou que a primeira não mereça ser vivida. Esse não é o ponto – embora a doutrina e a jurisprudência que negam a possibilidade de *wrongful life actions* queiram transmitir essa ideia.

Uma vida com deficiência merece ser vivida plenamente. No entanto, é inegável que muitas áreas da vida se tornam mais difíceis devido à deficiência, áreas que não seriam um problema se a deficiência não estivesse presente. E é isso que deve ser compensado: a própria deficiência que se manifesta.

No debate, Paulo Vaz Patto¹⁶¹ apresenta várias declarações, incluindo “*Como seria possível, por outro lado, afirmar que uma pessoa deficiente preferia*

¹⁶¹ Pedro Vaz Patto, *A vida, um dano indemnizável?*, in *Brotéria (Cristianismo e Cultura)*, n.º 4, Vol. 156, Abril 2003, p. 329.

não nascer? Se o nascimento dessa pessoa der origem a uma indenização, 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”.

Porém, não será esta uma forma de tentar exonerar os profissionais de saúde das responsabilidades a que estão sujeitos?

A obrigação do médico de informar a paciente é fundamental na prática médica. Tentar argumentar que os médicos aconselhariam o aborto apenas para evitar responsabilização é extremamente perturbador.¹⁶² A obrigação de informar é um dever que deve ser cumprido, independentemente das consequências.

Os médicos não podem recusar-se a cumprir essa obrigação por medo das consequências futuras, pois isso é ilógico. Aceitar que os profissionais de saúde possam recomendar o aborto para evitar ações de *wrongful actions* – mesmo quando cometeram erros de diagnóstico – seria equivalente a permitir que eles recomendem a não existência de vida.

Ou seja, surgem problemas quando alguém com deficiência afirma que preferiria não viver, mas não há problemas se um profissional de saúde recomendar o aborto para evitar a responsabilidade por um erro médico? Se fosse assim, os dentistas deixariam de extrair dentes, os arquitetos deixariam de projetar casas e os advogados deixariam de exercer com medo de serem responsabilizados pelas suas atividades.

No entanto, o cerne da questão aqui é a inexistência deste conselho de aborto, precisamente porque os médicos não informaram a paciente, nem sobre os riscos envolvidos, nem sobre as opções disponíveis.

¹⁶² O autor *idem* refere, de maneira perturbadora 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.

É importante destacar que a criança não está a invocar um "direito à não existência" ou a não ter nascido.

Pelo contrário, o que procura é uma indemnização por ter nascido com uma deficiência.^{163 164}

O foco do dano não está na própria vida em si, mas sim na obrigação de viver com uma deficiência. Este é o ponto onde a doutrina e a jurisprudência encontram dificuldades.

O problema surge quando se parte do pressuposto de que a intenção é afirmar um "direito a não existir", o que compromete qualquer possibilidade de considerar que viver com uma deficiência seja uma forma de dano para quem experimenta essa realidade.¹⁶⁵ A doutrina e a jurisprudência frequentemente afirmam que o ordenamento jurídico não reconhece um "direito a não ter nascido", com base nos artigos 1º, 24º e 25º da Constituição da República Portuguesa, o que iria colidir, principalmente, com o princípio da dignidade.

No entanto, tendo em vista que o direito invocado pela criança não é esse, compartilhamos 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 condições materiais e de dignidade?”*.¹⁶⁶

¹⁶³ 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".

¹⁶⁴ 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”*, Marisa Almeida Araújo, Ob. cit., p. 122.

¹⁶⁵ Fernando Araújo menciona que *“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”*, Fernando Araújo, A procriação assistida e o problema da santidade da vida, 1999, Coimbra, Almedina, p. 96.

¹⁶⁶ Pinto Monteiro, Ob. cit., p. 938.

Efetivamente, consideramos que é contraproducente para a dignidade humana negar uma indemnização àquele que é diretamente e, até mesmo, principal afetado pelo erro médico cometido. Afinal, é a própria criança que terá que enfrentar todos os dias da sua vida as consequências de uma deficiência grave.

Deixar de indemnizar um bebé que nasce com uma deficiência seria ignorar o impacto diário de um erro que afeta profundamente a vida de alguém, obrigando-o a viver com essa deficiência. É inegável que essa deficiência deva ser considerada um dano.

Segundo 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*".¹⁶⁷

É verdade que a informação que o profissional não transmitiu seria dirigida aos progenitores e não à criança, porém é esta última que sofre os danos resultantes dessa negligência médica.

Os deveres do médico, que emergem do contrato de prestação de serviços, devem estender-se à criança através da figura do contrato com proteção de terceiros. Portanto, é plausível admitir que a criança tem o direito a ser indemnizada pela violação das *leges artis*.

Além disso, mesmo se conseguirmos superar a questão do dano e do "direito à não existência", deparamos-nos ainda com outro desafio levantado: como calcular esse dano?

Segundo a nossa lei, o cálculo do dano segue uma fórmula que envolve a comparação entre a situação atual do lesado e aquela em que ele estaria se a lesão não tivesse ocorrido.

¹⁶⁷ Marisa Almeida Araújo, Ob. cit., p. 115.

No entanto, a doutrina tem argumentado contra a possibilidade de indenização para aqueles que nascem com deficiência, alegando, essencialmente, que estamos diante de uma pergunta sem resposta, uma vez que é impossível comparar a vida de alguém com deficiência (a situação atual do lesado) com a "não vida" (a situação do lesado caso a lesão não tivesse ocorrido).

No entanto, discordamos respeitosamente desse entendimento, pois acreditamos que ele parte do pressuposto errado, considerando erroneamente que o dano é a vida em si, em vez de ser a deficiência.

Conforme mencionado pela jurisprudência, e concordando, *“A comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entre 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 atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável”*.¹⁶⁸

Na mesma linha de pensamento, Vera Lúcia Raposo menciona que *“(…) o que se deve é cotejar a situação atual da criança com aquela que existiria se porventura tivesse nascido sem a dita condição”*.¹⁶⁹

Desta forma, a complexa avaliação do dano fica solucionada. Em situações de incerteza, é sempre possível recorrer ao princípio da equidade, conforme estabelecido pelo artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil.

Considerando tudo o que foi exposto em relação ao requisito do dano nas ações por *wrongful life*, concluímos citando 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*

¹⁶⁸ Ac. do TRL de 30.04.2015; no mesmo sentido, igualmente o Ac. do STJ de 12.03.2015, já mencionado

¹⁶⁹ Vera Lúcia Raposo, Responsabilidade médica, Ob. cit., p. 109.

criança a fazer um louvor ao médico uma vez que só está viva por causa deste”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Marisa Almeida Araújo, Ob. cit., p. 127.

5. A Violação do “Direito ao Aborto” como um Dano

É consensual na nossa jurisprudência que o dano ressarcível nas referidas ações seja a impossibilidade de optar livremente pela interrupção voluntária da gravidez.

Porém, é de enfatizar que a redação penal não permite qualificar a interrupção da gravidez como um direito, mas sim como uma conduta não sujeita a punição penal,¹⁷¹ o que se entende.

Ainda assim, persiste o debate jurídico acerca do equilíbrio e confronto entre a liberdade procriativa, os seus limites e a sua compatibilidade com a proteção do embrião, especialmente no que diz respeito aos termos do art.º 36.º, n.º 11 da Constituição da República Portuguesa,¹⁷² tendo ficado compreendido, à data, que a proteção do mesmo não necessitava de ser tratada como uma questão penal, porém isso não significa que a proteção do embrião tenha sido excluída da legislação nacional.¹⁷³

Desta forma, inexistente qualquer dano ressarcível nesta sede, mas apenas e só o dano relativo ao choque da descoberta da situação.¹⁷⁴

¹⁷¹ Daniel Melo, “A proteção do feto e a autonomia materna”, *Julgar*, Abril de 2020, onde se analisa a qualificação dessa faculdade.

No que concerne à vertente penal, Rui Pereira (*A Incriminação do Aborto na Reforma Penal de 1991*, em “Estudos Comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora”, Lisboa, 1995, p. 166), mencionava que: “A adopção de uma nova linguagem terá sido ditada por um anseio de descomprometimento: pretendeu-se, presumivelmente, deixar em aberto a questão de saber se nas hipóteses previstas o aborto não é punível por ser atípico (em nome da ideia de inexigibilidade de que se prevalece a jurisprudência alemã), ou por ser justificado (o que parece sugerir uma afirmação de valor ou, pelo menos, de ausência de desvalor), ou por ser desculpável (não sendo passível de censura penal), ou, finalmente, por faltar uma condição objectiva de punibilidade (ditada por razões de mera oportunidade político-criminal).”

¹⁷² Coelho, Francisco Pereira e Guilherme Oliveira, “Curso de direito da família” – vol. I, 5.ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 137.

¹⁷³ Figueiredo Dias, em “Comentário Conimbricense do Código Penal”, I. pág. 148, refere que no nosso Direito Penal, a proteção dos bens jurídicos “vida humana” e “vida humana intrauterina” é tratada de forma distinta, sugerindo que ambos os conceitos não são idênticos e, conseqüentemente, que a sua salvaguarda é conduzida independentemente, tendo em conta as suas especificidades.

¹⁷⁴ Elsa Raposo, in “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 132, 2012, menciona que: “quando o DPN apenas possa ser realizado após o prazo em que seria legalmente admissível proceder à IVG (sem que tal se deva

Relativamente a este tema, o autor André Pereira refere que: “o dano deve ser aceite quando esteja intimamente ligado com a personalidade dos progenitores, mas já não com a existência de um filho com uma deficiência, na medida em que tais danos não merecem a tutela do Direito”.^{175 176}

É de se enfatizar que o dano em si não está no nascimento da criança, mas sim na perda de chance da decisão reprodutiva tomada pelos pais e no seu direito ao planeamento familiar.¹⁷⁷

Desta forma é fácil concluir que esse dano só se manifesta se a mãe tiver a possibilidade legal de realizar a interrupção voluntária da gravidez naquelas circunstâncias, momento e local.

Observe-se que, esta é uma posição comum em termos de direito comparado, que o dano resultante é a violação do direito de autodeterminação dos pais.

Desta forma, o dever e o nível de diligência do médico dependiam de a paciente ter expresso de forma clara que deseja apenas uma criança saudável, presumindo-se assim que, caso fosse detetada uma anomalia fetal, a grávida teria optado pela interrupção voluntária da gravidez.

a uma qualquer incúria do médico!), estamos em crer que não se poderá alegar um qualquer “dano da anulação da possibilidade de interromper a gestação”, conseqüentemente já nos situamos fora do domínio das ações de wrongful birth.

O Acórdão do TC, no Processo n.º 85/85, de 29 de maio, reiterou a referida posição mencionando que “entende-se que a vida intrauterina compartilha da proteção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, enquanto valor constitucional objetivo), mas que não pode gozar da proteção constitucional do direito à vida propriamente dito, que só cabe a pessoas, podendo, portanto, aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos”; e “qualquer que seja a sua natureza, seja qual for o momento em que a vida principia, a verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser diretamente titular de direitos fundamentais enquanto tal”.

Na mesma linha, o Acórdão do TC, no Processo n.º 101/2009, de 3 de março, referiu que: “o embrião não implantado (...) tão pouco beneficia da proteção correspondente à tutela da vida intrauterina, que, aliás, segundo a jurisprudência constitucional, assenta, ela própria, numa ponderação gradualista que deverá atender às diferentes fases do desenvolvimento do nascituro”.

¹⁷⁵ Pereira, A., *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, p. 259;

¹⁷⁶ Igualmente conforme Paulo Mota em “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)” in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 7, 2007, p. 5.

¹⁷⁷ Rocha, P.N., *Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions*¹ ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, *Julgar Online*, novembro de 2018, p. 1 e segs.

O Acórdão do Tribunal Constitucional de 14.03.2016,¹⁷⁸ explicitou com clareza quando decidiu “*não julgar inconstitucionais os artigos 483.º, 798.º e 799.º do Código Civil, interpretados no sentido de abrangerem, nos termos gerais da responsabilidade civil contratual – no quadro de uma ação designada por nascimento indevido (por referência ao conceito usualmente identificado pela expressão *wrongful birth*) –, uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, não atempadamente detetada ou relatada aos mesmos em função de um erro médico, a serem ressarcidos (os pais) pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções*”.

Convicção esta que é aceite pela nossa doutrina.¹⁷⁹

Desta forma, Paulo Mota Pinto já ressaltava que “*quanto mais restritivo for o regime de licitude da interrupção menor “espaço” haverá para exercitar ações de *wrongful birth* ou de *wrongful life*”*”.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 14.03.2016, Processo n.º 55/2016

¹⁷⁹ Silva Figueiredo, Eduardo António, “*Believe me, we have enough imperfection built-in already*”, Julgar online Maio de 2020, pág 12;

Raposo, Vera Lúcia, “*Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)*”, in Revista do Ministério Público, n.º 132, 2012, p. 73; “*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, p. 66;

Manso, Luís, “*Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das ações de ‘wrongful birth’*”, in Lex Medicinæ, n.º 18, 2012, p. 163;

Rodrigues, Carlos, “*A problemática inerente às *wrongful life* claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*”, in Lex Medicinæ, n.º 19, 2013, p. 175;

Toral Lara, Estrella, “*Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español*”, in Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar (coord. por Eugenio Llamas Pombo), España: La Ley, 2014, p. 254

¹⁸⁰ Pinto, Paulo Mota, “*Indemnizações em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”)*”, em Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos, Coimbra, 2018, p. 751.

6. Enquadramento Das Ações De *Wrongful Birth* E *Wrongful Life* No Regime De Responsabilidade Civil Português

Posteriormente à análise da evolução das *wrongful actions* na jurisprudência é pertinente avaliar se estas ações podem ser incorporadas no âmbito da responsabilidade civil médica no contexto legal português.

Ora, relativamente à responsabilidade médica, esta pode ser uma responsabilidade civil, penal ou disciplinar.¹⁸¹

Ora, a responsabilidade civil pode ser dividida entre contratual ou extracontratual. Deste modo, a responsabilidade civil contratual surge quando há incumprimento de um contrato, resultando de uma violação das obrigações previamente estabelecidas conforme a autonomia privada (prevista no art. 405.º CC). Por outro lado, a responsabilidade extracontratual tem origem numa infração normativa, ou seja, de uma norma legal que tem como objetivo proteger um princípio geral de direito.

Desta forma, analisando o conteúdo do art. 483º do Código Civil podemos concluir que existem diversos pressupostos que condicionam a responsabilidade civil por factos ilícitos, em particular o facto voluntário do agente (conduta lesiva), a ilicitude, a culpa (imputação subjetiva), o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (imputação objetiva).

Nos casos de *wrongful birth*, ocorre um erro no diagnóstico pré-natal que impede a mulher de tomar uma decisão informada sobre a continuação da gravidez, resultando, desta forma, no nascimento de uma criança que não foi planeada, devido à presença de certas patologias na criança.

Logo, existe um facto voluntário que foi a atuação do médico (artº 483º do CC), um ato ilícito (segundo o instituto da responsabilidade civil extracontratual por violação de uma norma legal que defende a possibilidade de interromper

¹⁸¹André Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015, p. 36.

voluntariamente a gravidez – artºs 483º do CC e 142º, c) do Código Penal – na responsabilidade civil contratual por violação das *leges artis* ou do próprio contrato).

É ainda um ato culposo, devido à ausência do cuidado exigível a um médico, que, é muitas vezes consubstanciado em negligência, que é a razão adequada para a produção do dano (normalmente consubstanciado na perda de oportunidade de se decidir pelo seguimento ou interrupção da gravidez, i.e., a perda de chance).

Caso os requisitos da responsabilidade civil estejam preenchidos, o médico assume a obrigação de indemnizar os pais pela perda da oportunidade, de acordo com o artigo 562º do Código Civil.

Considerando estes requisitos da responsabilidade civil iremos em seguida analisar se as reivindicações de indemnizações conseguem encontrar uma base legal no âmbito do conceito de responsabilidade civil.

6.1. O Facto Voluntário

Para que o ato possa integrar o instituto da responsabilidade civil é essencial que o mesmo seja praticado voluntariamente, excluindo-se imediatamente os danos causados por circunstâncias inevitáveis ou pela intervenção definitiva de eventos imprevisíveis.¹⁸²

Desta forma, um evento intencional integra apenas situações objetivamente controláveis e influenciáveis pela vontade humana, revelando-se como uma ação ou omissão.^{183 184}

¹⁸² Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.a ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 527-529 e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações*, 15.ª edição, Almedina, 2018, pp. 257-259.

¹⁸³ João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – Volume I*, 10ª ed. revista atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 527-529

¹⁸⁴ Manuel Teles De Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, vol.1*, Almedina, 13.º ed., 2016, pp. 257-259.

No que concerne ao caso concreto, nas *wrongful actions*, o que é relevante como facto voluntário é uma ação ou omissão por parte de um médico que, ao desrespeitar as normas profissionais (*legis artis*), comete um erro de diagnóstico.

Relativamente à *legis artis*, tal como referido no art.º 4º da Convenção de Oviedo, “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

No que concerne ao erro médico, Germano de Sousa¹⁸⁵ refere que as condutas que originam erros médicos podem ser: “a “*imperícia*” – como *inobservância das regras técnicas, insuficiência de conhecimentos, deficiente preparação ou inexperiência; a “imprudência” – mediante assunção, por ação ou omissão, de riscos desnecessários para o doente, sem suporte técnico científico bastante e a “negligência” – inobservância, por ação ou omissão, da conduta legalmente exigível na situação concreta*”¹⁸⁶

No contexto da responsabilidade civil contratual é evidente que nas situações das *wrongful actions*, ocorre uma omissão por parte do devedor da prestação (o médico) que, caso este agisse com pleno conhecimento da sua profissão, tal não sucederia.

Assim, sempre que nos deparamos com um cenário em que informações não foram transmitidas corretamente, foram equivocadamente comunicadas à mãe ou quando exames recomendados pela prática médica não foram realizados ou foram interpretados de maneira inadequada, considera-se um comportamento passível de iniciar uma ação baseada na responsabilidade civil contratual.

No que diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, o artigo 486.º do Código Civil esclarece que deve haver compensação por danos quando a

¹⁸⁵ Antigo bastonário da Ordem dos Médicos

¹⁸⁶ Germano De Sousa, *Erro Médico, Curso complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Série Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, pp. 88-119.

realização de um ato era exigida "*por força da lei ou do negócio jurídico*" e tal não ocorreu.

Desta forma, considerando que o dever de informação e o consentimento informado constitui uma obrigação legal¹⁸⁷, podemos concluir que a sua violação constitui um evento intencional sujeito a responsabilização.

6.2. A Ilícitude

No âmbito da ilicitude contratual, esta manifesta-se no incumprimento contratual, ou seja, na falta de cumprimento de deveres principais ou secundários. Quando um médico se vincula contratualmente assume a responsabilidade e obrigação de obedecer à *leges artis*.¹⁸⁸

Desta forma, a falta do cumprimento contratual pode traduzir-se na violação das práticas profissionais, ou seja, do conjunto de regras e obrigações profissionais às quais os médicos estão obrigados a seguir durante o exercício da sua profissão. Essas obrigações incluem, tal como já mencionado, o dever de informar e obter o consentimento informado dos pacientes.¹⁸⁹

No que concerne às *wrongful birth actions*, o médico não forneceu as informações precisas à mãe acerca das condições médicas de que o feto padecia. esta omissão resultou assim na privação por parte da mãe de poder tomar uma decisão esclarecida e informada relativamente à continuação, ou não, da gravidez, sendo este o ponto central onde se situa a ilicitude.

¹⁸⁷ Segundo os arts. 19º e 20º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 e publicado em Diário da República, 2ª série – n.º. 139 – 21 de Julho de 2016 e ainda, o art. 3º, n.º 2, al. a) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹⁸⁸ No que concerne ao conceito de "*leges artis*" vd. Paula Natércia Rocha, "*Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou "de vida indevida" e tentativas para a sua superação*", in Revista Julgar, online, novembro de 2018, p. 13 ("*a definição do conteúdo das leges artis que integram os deveres profissionais é uma exigência cada vez mais difícil em virtude do progresso da medicina e da tecnologia aplicada às técnicas médicas, mas, cada vez mais, é auxiliada pelas regras que têm vindo a ser fixadas pelos profissionais da medicina, de declarações de princípios emanadas de organizações internacionais e nacionais de médicos, das denominadas guidelines resultantes de protocolos de atuação e de reuniões de consenso e dos pareceres das comissões de ética.*")

¹⁸⁹ Art.º 45 do CDOM, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 e publicado no Diário da República n.º 139 de 21.06.2016, Série II.

Por outro lado, no que diz respeito às *wrongful life actions*, é necessário avaliar se os deveres de informação têm como objetivo proteger não apenas a mãe, mas igualmente o feto em desenvolvimento. Se for esse o caso, então a conduta do médico também será considerada ilícita relativamente à criança, preenchendo assim esse pressuposto.

Relativamente à vertente doutrinária que apoia essa posição, isto é, que argumenta que mesmo que o feto não seja uma parte contratual com o médico, a mãe inclui-o, tal como inclui o pai, dentro do âmbito de proteção legal do contrato celebrado, podendo igualmente recorrer-se à noção de um contrato com eficácia de proteção de terceiros. Neste contexto, autores como Mota Pinto¹⁹⁰ e Paula Natércia¹⁹¹ são destacados.

Com uma opinião diversa destacamos Carneiro da Frada¹⁹², que menciona que não é possível prevermos qual será a vontade do nascituro pelo que não é plausível partirmos do princípio que o mesmo tem interesse na sua não existência.

Desta forma, parece ser totalmente razoável considerar que os deveres de informação aos quais o médico está sujeito têm como objetivo não apenas proteger a mãe mas, igualmente a própria criança, que é de facto e sem dúvida alguma, a parte principal mais afetada neste contexto.

Porém, caso não seja viável a utilização do conceito do contrato com eficácia de proteção para terceiros, a responsabilidade civil do médico relativamente ao pai, que não é parte contratual, e relativamente à própria criança, só poderá ser estabelecida no âmbito da responsabilidade extracontratual.

O disposto no artigo 483º do Código Civil, reflete a ilicitude na responsabilidade extracontratual, estando dividida em duas vertentes. Por um

¹⁹⁰ Paulo Mota Pinto, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth e “wrongful life”)*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 7, 2007, p. 16.

¹⁹¹ Paula Natércia Rocha, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹² Manuel A. Carneiro da Frada, (2020), *A própria vida como dano? - Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, *Revista Do Ministério Público Do Rio Grande Do Sul*, p. 9.

lado temos a violação de direitos de terceiros e por outro, a violação de uma norma que salvaguarda os interesses alheios.

Quando se tratam de ações de *wrongful birth*, o requisito da ilicitude é facilmente discernível, no entanto, no que se refere às ações de *wrongful life*, a situação torna-se mais complexa, sendo conseqüentemente, mais difícil de preencher o pressuposto.

Relativamente a este tema considera-se imprescindível entender os valores jurídicos violados no contexto de uma ação de *wrongful birth*.

De facto, na primeira situação a ilicitude é claramente visível. Por um lado, na transgressão cometida pelo profissional de saúde contra um direito subjetivo dos pais, que normalmente engloba violações de direitos inalienáveis e absolutos. Referimo-nos, portanto, ao direito à autodeterminação pessoal (Artigo 70º do Código Civil e Artigo 26º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa), sem deixar de mencionar a transgressão da liberdade reprodutiva (a primeira forma de ilicitude). Por outro lado, a ilicitude também se manifesta na transgressão das *leges artis* às quais o profissional está vinculado. Estas leis são disposições legais destinadas a resguardar interesses de terceiros, incluindo notavelmente o dever de informar e obter consentimento informado (segunda forma da ilicitude).^{193 194}

Porém, nem todas as disposições legais têm o propósito de salvaguardar interesses de terceiros, sendo necessário que esta modalidade de ilicitude cumpra três requisitos específicos para ser aplicável: primeiramente, é necessário que a transgressão dos interesses de particulares corresponda a uma violação de uma norma legal (interpretando-se este requisito de forma ampla) – no contexto da situação analisada, as *leges artis* atendem a esse requisito, uma vez que estão expressamente definidas no CDOM;

¹⁹³ A falta de informação precisa ou a omissão por parte do médico privou os pais da oportunidade de considerar a possibilidade de recorrer à Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) de acordo com o artigo 142, n.º 1, c) do Código Penal.

¹⁹⁴ cf. art. 45.º do CDOM.

Em segundo lugar, é essencial que os interesses alheios sejam legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma – o que também ocorre no caso em apreço – dado que as disposições presentes no CDOM têm como objetivo preservar os direitos dos pacientes;

Por fim, é crucial que a lesão afete diretamente o próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei visa resguardar – requisito este que também está preenchido – pois a lesão ocorre precisamente no bem jurídico específico que a disposição legal procura tutelar.

Tal como menciona Marta Nunes Vicente¹⁹⁵, *“uma tal conclusão, a nosso ver, esmaga parte do conteúdo do direito de autodeterminação, se pensarmos nele não só como a possibilidade da pessoa “se decidir”, mas como a faculdade da pessoa se decidir numa direção ou em sentido diferente do anterior, poder que, em virtude da violação de deveres de informação, foi inegavelmente cerceado (...)”*.

Nesse sentido, o direito da mãe à autodeterminação pessoal é infringido, já que lhe foi negada a oportunidade de fazer uma escolha bem informada. De facto, a mãe possui o direito de tomar decisões em relação à gravidez quando devidamente informada e esclarecida. A violação desse direito é evidente nas situações analisadas.

No que concerne às ações de *wrongful life* a questão torna-se ainda mais complexa.

Inicialmente, poderíamos considerar dois potenciais direitos que o feto poderia ter: o direito a nascer saudável e o direito a não nascer. Porém, torna-se indispensável avaliar a viabilidade de cada um desses direitos que podem ser bastante controversos tanto no plano jurídico, como no ético e religioso.

No que diz respeito ao direito de nascer saudável, isso só pode ser interpretado como a proteção do feto contra doenças causadas pela ação

¹⁹⁵ Marta Nunes Vicente, “Algumas reflexões sobre as ações de *wrongful life*: a jurisprudência Perruche”, in LM, Ano 6, n.o 11, 2009, p. 122.

humana e não em relação às doenças que persistiram independentemente da intervenção médica.¹⁹⁶

Nesse contexto, a conduta do médico não é a causa da doença, a doença já estava presente e continuaria a existir independentemente das ações do profissional de saúde. Neste quadro é que se inserem as ações de *wrongful life* – o médico não induz a doença mas falha em diagnosticar, de maneira precisa e antecipada, a doença da qual o embrião sofre.

Por essa razão não se afigura viável a utilização deste direito no âmbito das referidas ações visto que a criança nasceria sempre com a malformação.

Já no que toca ao *direito a não nascer*, tomando como base o o Acórdão do STJ de 2013¹⁹⁷ ¹⁹⁸ anteriormente analisado, o tribunal decidiu pela inexistência de um “*direito à não vida*”, mencionando que a sua existência “*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».*”

Neste caso, o referido acórdão contou com o voto de vencido do Conselheiro Pires de Rosa, que expressou na declaração anexada ao acórdão¹⁹⁹, a sua opinião de que a ação de *wrongful life* deveria ter sido parcialmente procedente com a concessão ao autor da compensação solicitada por danos não patrimoniais.

O Conselheiro Pires de Rosa menciona essa perspetiva sem necessariamente recorrer a um direito à não existência. No entanto, na declaração anexa ao acórdão, ele reconhece a existência desse direito, desde que a lei portuguesa tenha reconhecido, nos termos do artigo 142º do Código Penal, a admissibilidade da Interrupção Voluntária da Gravidez. Contudo,

¹⁹⁶ Na mesma linha de pensamento, Vera Lúcia Raposo, “*Wrongful Birth and Wrongful Life Actions (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country)*”, p. 73.

¹⁹⁷ Ac. do STJ, de 17.01.2013 (Ana Paula Boularot), disponível para consulta em www.dgsi.pt

¹⁹⁸ De relevância mencionar que o Ac. do STJ de 2011 seguiu a mesma linha de raciocínio.

¹⁹⁹ Pires de Rosa, no voto de vencido ao Ac. do STJ de 17.01.2013. Contra, Maria Pizarro Beleza, na declaração junta ao mesmo acórdão.

argumenta que tal abordagem é completamente dispensável para satisfazer o requisito de ilicitude.

Para além de ser desnecessária, esta posição também poderá ser altamente debatível visto que reconhecer a existência do direito de "não nascer" poderia implicar que o feto tivesse o direito a ter sua gestação interrompida, porém isso levanta uma relevante questão, se o aborto se tornaria, então, uma obrigação dos pais?²⁰⁰ É de se admitir que esta seria uma situação de bastante controvérsia e de pouca aceitação.

A vida por si só é o fundamento de todos os direitos adquiridos, logo, ao considerar a existência de um direito a "não nascer", estaríamos essencialmente a negar todos os outros direitos existentes. A noção de um direito à não existência parece paradoxal, uma vez que, para exercer o direito de não existir, a própria criança precisaria de existir primeiro.

Porém, Pires de Rosa²⁰¹ argumenta que o direito de existir ou não existir será sempre um direito que pertence à mãe, enquanto o feto ainda não nasceu e não se tornou uma entidade independente enquanto pessoa.

Contrariamente, Carneiro da Frada discorda referindo que *“mesmo que fosse de afirmar um direito da criança à não-existência, esse direito não poderia ser exercido pelos seus pais em sua representação. Apenas a criança poderia eventualmente fazê-lo, após atingir a maioridade”*.²⁰²

Não se afigura necessário que a reivindicação da criança se baseie num direito a não existir porque, se a questão da ilicitude em relação à criança não se baseia na violação de um direito subjetivo da mesma, podemos então recorrer à segunda forma de ilicitude que envolve a violação de uma norma que protege interesses de terceiros.²⁰³

²⁰⁰ Paulo Mota Pinto, op. cit., p. 14.

²⁰¹ Pires de Rosa, “Não existência...”, p. 50.

²⁰² Carneiro da Frada, “A própria vida como um dano?”, p. 6.

²⁰³ Igualmente neste sentido, vide, na doutrina alemã, E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, cit., págs. 220 e segs., n.º 344, págs. 223 e segs., Gottfried Schiemann, in *J. von Staudingers Kommentar zum*

Nesse contexto, é de referir a *leges artis*, ou seja, o conjunto de normas e responsabilidades profissionais aos quais os médicos estão comprometidos no exercício das suas atividades profissionais, destacando, como mencionado anteriormente, os deveres de informação e obtenção de consentimento informado.

Contudo, a fim de que essa lógica seja aplicável no contexto das ações de *wrongful life*, precisamos de considerar a possibilidade de que o dever de informação que recai sobre o médico tem como objetivo proteger não apenas a mãe mas igualmente o feto em desenvolvimento.²⁰⁴ ²⁰⁵Parece plausível interpretar que os deveres médicos têm o propósito de resguardar tanto a gestante como o feto/nascituro.

6.3. A Culpa

Para atribuir ao agente a responsabilidade pelo ato voluntário, é essencial que “o imputável tenha realmente agido com culpa, que haja certo nexo psicológico entre o facto praticado e vontade do lesante”.²⁰⁶

O vínculo de imputação subjetiva age como uma ligação entre a ação realizada e o agente. Para que essa conexão seja estabelecida, é fundamental “que o autor da conduta tenha procedido de forma objetivamente inadmissível. É ainda indispensável que a atitude revelada pela conduta lesiva seja reprovável.

Bürgerlichen Gesetzbuch :mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, § 249, n.º 209 (cit. como Staudinger/nome do autor), Staudinger/Hager, 823, n.º 51, e Johannes Hager, “Das Recht der unerlaubten Handlungen”, in J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005, págs. 819-76, 827-8, J. Neuner, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, p. 481 e segs.

²⁰⁴ Na linha de pensamento de que o dever de informação tem como objetivo proteger a mãe e a criança, vd. Paula Natércia, op. cit., p. 13 e Paulo Mota Pinto, op. cit., p. 16.

²⁰⁵ Vide Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 5.ª ed., Berlin-Heidelberg-NewYork, Springer, 2003, pág. 224 (para os quais “a decisão da mãe para a interrupção da gravidez pode interromper a sua vida, mas preservar o de deficiências que são, pelo menos, financeiramente onerosas”),

²⁰⁶ Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral” Volume I, 10.a ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 566 e ss.

E isso supõe e exige a formulação de um juízo de apreciação pelo qual se possa sustentar que tal pessoa 'podia e devia ter agido de outro modo'.²⁰⁷

A culpa do agente é avaliada em duas etapas sequenciais: inicialmente é crucial avaliar a imputabilidade do agente (conforme o artigo 488º do Código Civil); de seguida é necessário analisar se o agente poderia e deveria ter agido de maneira diferente nas circunstâncias específicas do caso, considerando o padrão de conduta de uma pessoa responsável e prudente (o famoso critério do bom pai de família), levando em consideração as particularidades da situação.²⁰⁸

Antunes Varela²⁰⁹ menciona que “*diz-se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos atos que pratica e para se determinar a harmonia com o juízo que faça acerca deles. Exige-se assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva).*”

Nas situações de responsabilidade médica que estamos a analisar, a avaliação do comportamento censurável do profissional de saúde é feita com base no padrão de competência, cuidado e diligência que seria esperado de um "médico médio" situado na mesma categoria do agente em questão.²¹⁰

Em geral, nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, a responsabilidade médica decorre de negligência ou mera culpa.

Caso não ocorresse a omissão do cuidado necessário, seria concebível que o médico tivesse antecipado o resultado prejudicial (negligência inconsciente); ou, se tivesse previsto o resultado, não teria confiado na sua não

²⁰⁷ José Alberto González, op. cit. p. 161.

²⁰⁸ Para um melhor entendimento deste pressuposto, vd. Sinde Monteiro, *Rudimentos de responsabilidade civil*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005, pp. 369-377.

²⁰⁹ Antunes Varela, op. cit., pp. 562-596

²¹⁰ Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 128; Vera Lúcia Raposo, “As wrong actions...”, p. 85 e Ac. do STJ de 15.12.2011.

ocorrência e teria tomado as medidas necessárias para evitá-lo (negligência consciente).²¹¹

O funcionamento da presunção da culpa é outro aspeto que deve ser considerado. Na responsabilidade civil extracontratual cabe ao lesado (paciente) provar a culpa do responsável pelo dano (médico), de acordo com os artigos 342º e 487º, n.º 1, ambos do Código Civil. No entanto, no contexto da responsabilidade contratual, uma vez que ocorre a inversão do ônus da prova, cabe ao médico demonstrar que o não cumprimento das obrigações para com o paciente não resultou de sua culpa, conforme os artigos 350º, n.º 1 e 799º, ambos do Código Civil.

No entanto, no caso da responsabilidade civil médica, é importante distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado. Como mencionado anteriormente, em geral, as obrigações assumidas pelo médico são consideradas pela jurisprudência²¹² e pela doutrina²¹³ como obrigações de meios, conceção esta que provém da argumentação de que ao médico só lhe é imposto o tratamento do doente, e não a sua cura.

No entanto, como já mencionado, no caso do diagnóstico pré-natal de patologias pré-existentes, as obrigações assumidas pelo médico geralmente são

²¹¹ Vide Antunes Varela, op. cit., pp. 573 e ss.

²¹²No acórdão do STJ de 23 de Março de 2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1, relatado por Tomé Gomes, diz que “*de um modo geral, tem-se entendido que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviços de ato médico não se reconduz a uma obrigação de resultado, no sentido de garantir a cura do paciente, mas a uma obrigação de meios dirigida ao tratamento adequado da patologia em causa mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médica (leges artis).*”

No acórdão do STJ de 22 de Março de 2018, processo n.º. 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relatado por Maria da Graça Trigo, onde menciona que “*No âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, em geral, não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios ajustados a conseguir tal resultado, considerando que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, e não de resultado*”

²¹³ João Álvaro Dias refere que “*a cura (sempre que se verifique) é decerto concebível como resultado, mas, uma vez que não depende necessária e exclusivamente da atuação do médico, não pode ser erigida em objeto de contrato.*”, vd. João Álvaro Dias, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 1996, p. 251.

consideradas, pela jurisprudência²¹⁴ e pela doutrina²¹⁵, obrigações de resultado, devido à margem de erro que é mínima e à exigência de precisão no resultado.²¹⁶

217

6.4. O Dano

Tal como é sabido, o principal objetivo na responsabilidade civil é a reparação do dano provocado, pelo que iremos analisar os principais desafios associados a este conceito.

No âmbito da responsabilidade civil, para que haja a obrigação de indemnizar é essencial que haja a ocorrência de um dano, ou seja, que o ato ilícito e culposo tenha causado um prejuízo a alguém em concreto.²¹⁸

Logo, o dano contém a ideia de existência de um prejuízo suportado por um sujeito jurídico relativamente a si mesmo ou aos seus bens, ou a ambos. É

²¹⁴ No acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, processo n.º 08A183, relatado por Fonseca Ramos - *“Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de erro é mínima”*.

Igualmente, o acórdão do STJ de 12 de Março de 2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque, *“Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais”*

²¹⁵ De relevância é de mencionar João Álvaro Dias que diz que *“há certos casos, que atenta a sofisticação e alta fiabilidade das técnicas utilizadas parecem fazer recair sobre o médico verdadeiras obrigações de resultado”*, vd. João Alvaro Dias, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 1996, p. 251.

Quanto a esta problemática, André Dias Pereira, no que concerne o cit. acórdão de 4 de Março de 2008, considera que *“algumas técnicas no âmbito da bioquímica, da radiologia e mesmo da análises clínicas podem ser de grande complexidade e de resultado imprevisível em função de certas características do doente”, mas também assume que “casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção médica deve ser sujeita ao regime das obrigações em resultado”*, vd André Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015, p.724.

²¹⁶ Neste sentido, vd. o voto de vencido do Conselheiro Pires de Rosa ao ac. do STJ de 17.01.2013: *“Porque o médico que faz a ecografia assegura o resultado, nem que esse resultado seja a afirmação de que a ecografia não permite ver o que quer que seja”*. E ainda, Álvaro Rodrigues, *“Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”*, in DJ, Vol. XIV, Tomo III, 2000, p. 182.

²¹⁷ João Pires de Rosa menciona ainda que *“a obrigação do médico especialista (...) não é já apenas uma obrigação de meios, mas, verdadeiramente, uma obrigação de resultado, ainda que o resultado seja a afirmação de que o(s) concreto(s) exame(s) realizados(s) não permite(m) qualquer informação segura sobre a presença da doença ou da malformação.”*, vd. João Pires De Rosa, *“Não Existência – Um Direito”* Revista Julgar, n.º. 21, Coimbra Editora, 2013, pp. 51-52

²¹⁸ Antunes Varela, op. cit., pp. 597 e ss; vd. também José Alberto González, op. cit., pp. 55-94.

importante diferenciar os dois tipos de danos existentes: os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais.

Os danos patrimoniais representam uma manifestação concreta do dano na situação económica da vítima, sendo avaliados com base na diferença entre a atual situação da vítima e a situação hipotética em que ela estaria caso o ato ilícito não tivesse ocorrido. No contexto dos danos patrimoniais, também é crucial distinguir entre danos emergentes, que envolvem a perda de património já existente na posse da vítima à data do ocorrido, e lucros cessantes, que correspondem aos benefícios que a vítima deixou de obter devido ao ato ilícito.²¹⁹

Por fim, temos os danos não patrimoniais, que consistem em danos que não podem ser quantificados em termos monetários, pois afetam bens que não fazem parte do património da vítima (como a vida, a saúde, a liberdade, entre outros).

Como estes danos não afetam o património da vítima, a obrigação de compensá-los tem mais um carácter compensatório do que propriamente indemnizatório, embora não se deva ignorar a sua dimensão punitiva.

Além disso, é importante fazer a distinção entre danos diretos e indiretos. Os danos diretos são aqueles que resultam diretamente do ato ilícito ou a perda imediata causada nos bens ou valores protegidos legalmente. Os danos indiretos, por sua vez, englobam as consequências secundárias ou distantes do dano direto.

No contexto das ações de *wrongful life*, surge o desafio da questão da "não-identidade", que se apresenta da seguinte maneira: a criança não pode, então, procurar a reparação pelo dano decorrente da negligência médica uma vez que, sem essa intervenção médica, a criança não teria existido, tornando-se assim um paradoxo em si mesma.

²¹⁹ Antunes Varela, "op. cit.", pp. 597-601; Almeida Costa, op. cit., pp. 591-599.

Tal como refere Paula Natércia “*Não fora o erro médico e já não existiria o sujeito ao qual o interesse em não existir pertence.*”²²⁰

Desta forma, a admissibilidade das ações de *wrongful life* pareceria contradizer os próprios fundamentos sobre os quais se baseia o pedido de indemnização. Porém, nestes tipos de ações, o autor (seja a própria criança ou seus pais a agir em seu nome) não procura renunciar à vida; pelo contrário, deseja instaurar um processo pelo facto de estar vivo e ser um sujeito de direito.²²¹

Na realidade é complexo aceitar que uma criança seja impedida de procurar obter uma indemnização pelo facto de ter nascido com malformações, quando a alternativa é a sua inexistência, em vez de existir com qualidade de vida.²²²

Embora seja verdade que a criança só poderia nascer com essas malformações, também é verdade que ninguém além dela mesma suporta diariamente todas as consequências decorrentes dessa condição.

Além da questão da "não-identidade" é também levantado o argumento de que as ações de *wrongful life* não passam no *counterfactual test*, ou seja, a conduta do médico não coloca a criança numa situação pior do que aquela em que estaria se o médico não tivesse agido da maneira que agiu.

Deste modo não é possível determinar a "diferença negativa" que constitui o dano, uma vez que a comparação com a inexistência não pode ser estabelecida como parâmetro.²²³ O *counterfactual test* é, na sua essência, a aplicação da teoria da diferença, que é reconhecida no nosso Código Civil no artigo 566º, n.º 2.

²²⁰ Paula Natércia, op. cit., p. 15.

²²¹ Paula Natércia, op. cit., p.16 e Marta Nunes Vicente, “*Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche*”, in LM, Ano 6, n.º 11, 2009., pp.117-141.

²²² João Pires de Rosa, “Não existência...”, p. 53.

²²³ Fernando Araújo, “A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida”, Coimbra, Almedina, 1999, p. 97; Carneiro da Frada, “A Própria vida...”, pp. 4 e 7; Paula Natércia, op. cit., p. 15.

No que diz respeito às ações de *wrongful birth*, é de concluir que o uso do *counterfactual test* é inteiramente viável, visto que os pais, após o nascimento de um filho com malformações congénitas, encontram-se numa situação pior do que estariam se tivessem optado pela interrupção voluntária da gravidez.²²⁴

Nesse tipo de ações os danos não patrimoniais e os danos patrimoniais extraordinários são compensáveis. Isto inclui as despesas relacionadas com o cuidado de uma criança com deficiências, como despesas médicas, medicamentos, terapia física, serviços educacionais especiais, equipamentos de mobilidade, entre outros.

Quanto às despesas comuns a todas as crianças, estas não seriam abrangidas pela indemnização, visto que os pais, ao decidirem prosseguir com a gravidez, aceitaram essas despesas.²²⁵

Apesar disso, no contexto das ações de *wrongful life*, a questão já não é consensual. Conforme referido anteriormente, o *counterfactual test* supõe a existência do ser como ponto de partida, impossibilitando desta forma, a comparação entre a existência da criança e a sua inexistência.

Mas será que é realmente necessário comparar a existência com deficiência com a completa inexistência? Seria razoável recusar uma compensação a uma criança devido ao facto de que ela não existiria se não tivesse ocorrido o erro médico? A nosso ver, essa abordagem não parece adequada.

Embora não possamos fazer uma comparação direta com a inexistência, é possível comparar com a existência sem deficiência e, assim, conceder uma compensação ao lesado, que, neste caso, é a criança.²²⁶

²²⁴ Ac. do TRL de 10-01-2012 (Rui Vouga): “É que o dano não é aqui consubstanciado pelo nascimento da filha dos AA., mas antes por todas aquelas despesas e incómodos acrescidos que eles já tiveram de realizar (...)”.

²²⁵ Assim, Vera Raposo, “As wrong actions...”, p. 88 e Marta Nunes Vicente, op. cit., p. 121.

²²⁶ Nesta linha de pensamento, Paulo Mota Pinto, op. cit., p. 17 (“Ora, mesmo que individualmente não fosse possível o nascimento daquela criança sem deficiência, é óbvio que existe um padrão contrafactual de comparação – o da pessoa sem malformações e regularmente funcional, - e, para evitar o referido resultado, é a ele que há de recorrer”); Vera Raposo, “As wrong actions...”, p. 82.

Desta forma não haveria qualquer impedimento na avaliação da indemnização, pelo menos no que diz respeito aos aspetos patrimoniais. Neste sentido, para calcular os danos patrimoniais, seriam comparadas as necessidades adicionais que uma criança nascida com malformações tem em relação a uma criança sem problemas. Ou seja, iriam ser incluídas as consultas médicas, intervenções cirúrgicas, equipamentos de locomoção, medicamentos, entre outros.

Por outro lado, no que concerne aos danos não patrimoniais, estes correspondem ao sofrimento que a criança terá que enfrentar ao longo de toda a sua vida. No entanto, esses danos não patrimoniais podem variar de caso para caso, dependendo da condição clínica de cada criança.

Contudo, no que toca a este aspecto, Pires de Rosa argumenta que nos casos em que a criança tem uma completa falta de autonomia, os pais seriam encarregados da *“necessidade de patrimonializar por completo em si própria a indemnização de que, por toda a vida, necessitará para garantir a dignidade mínima da vida de seu filho. Devendo ficar claro que a quantia que vier a receber a esse título será, em absoluto, constrangida às necessidades de J.”* (no caso, "J." refere-se à criança nascida com malformações).²²⁷

Neste âmbito, foi ainda levantada outra objeção por parte da doutrina e a jurisprudência relativamente à aceitação das ações de *wrongful life*, em particular a ideia de considerar a própria vida como um dano, mesmo quando se trata de uma vida com deficiências.

Isso ocorre porque, uma vez que a vida é inviolável, admitir a procedência dessas ações nesses termos iria contra o princípio da dignidade humana, e portanto, essas ações devem ser categoricamente rejeitadas.²²⁸

²²⁷ Ac. do STJ, de 17.01.2013, declaração junta de voto de vencido do Conselheiro Pires de Rosa, disponível em www.dgsi.pt

²²⁸ Ac. do STJ de 19.06.2001 (Pinto Monteiro), disponível em www.dgsi.pt (*“O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da vida”*). Nesta linha de pensamento, Carneiro da Frada, *“A própria vida...”*, pp. 10 e ss. (*“a vida é enquanto tal inidónea para constituir um dano”*).

No entanto, nas ações de *wrongful life*, não devemos interpretar a vida como o próprio dano mas sim considerar as deficiências decorrentes dessa vida como o dano.²²⁹

Como questionado por Pires de Rosa²³⁰, devemos interrogar-nos se estamos de facto a respeitar mais a dignidade humana ao recusar a compensação ou ao concedê-la? Ao oferecer uma indenização à criança, permitimos que ela possa, na medida do possível, viver de acordo com a dignidade humana, proporcionando-lhe condições de vida mais dignas.

É claro que não é viável procurar uma restituição natural (conforme o artigo 566º, n.º 1 do Código Civil), uma vez que não é possível retroceder no tempo para que a criança possa ser colocada novamente no útero da mãe e, assim, possibilitar a interrupção voluntária da gravidez.

No entanto, a compensação em forma de dinheiro tem como objetivo cobrir as despesas decorrentes das deficiências, com o propósito de melhorar a qualidade de vida da criança, que por si só já é desafiadora.

6.5. O Nexo de Causalidade

Como último pressuposto da responsabilidade civil temos o nexo de causalidade. É essencial que exista um nexo causal entre a conduta ilícita e o dano provocado na esfera jurídica de terceiros. Desta forma, é necessário que haja uma relação de causa e efeito entre o ato danoso e a lesão sofrida.

O artigo 563º do Código Civil estipula que "a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão".

²²⁹ "(...) em certas situações de clamorosa deficiência, limitação e dor, a vida surge como um *minus* e não como um *plus* e, por conseguinte, o dano deve ser atendível. Não o dano da vida em si mesma, mas o dano das condições dessa vida" Vera Lúcia Raposo, "As wrongful actions...", p. 81.

²³⁰ Pires de Rosa, "Não existência...", p. 53.

Este artigo estabelece a teoria da causalidade adequada (em sentido negativo), que é expressa por Galvão Telles²³¹ da seguinte forma: "determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar", sendo apoiada pela maioria da doutrina.²³²

Logo, mesmo que o ato não cause diretamente a lesão na esfera jurídica do outro, haverá uma relação de causalidade se esse mesmo ato originar outro evento que resulte no dano.

No âmbito das ações de *wrongful life* e *wrongful birth*, surgem desafios complexos relacionados com o nexos de causalidade. Primeiramente, o médico não é diretamente responsável pela malformação da criança já que esta teria ocorrido independentemente da sua conduta.

Em segundo lugar, caso o médico tivesse cumprido o dever de informação, o nascimento da criança com malformações teria sido evitado.

Dessa forma, existem autores que argumentam pela ausência do nexos de causalidade entre a ação do médico e a malformação da criança.²³³ No entanto, há também defensores da existência de um nexos de causalidade suficiente.²³⁴

No contexto específico que estamos a examinar é inegável que a conduta do médico não provoca diretamente a malformação. Contudo, à luz da estabelecida teoria da causalidade adequada, compreendemos que essa teoria não exclui a causalidade indireta, bastando que o comportamento do médico desencadeie uma outra condição que, de forma direta, resulte no dano.²³⁵

²³¹ Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª. edição, Coimbra Editora, 1997, p. 405.

²³² Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 312-313; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol.1, 4.a ed. rev. act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 578-579;

²³³ Carneiro da Frada, "A própria vida...", p. 8; vd. também Ac. STJ de 19.06.2001.

²³⁴ Vera Raposo, "As wrong actions...", pp. 84 e ss; Alberto González, *op. cit.*, pp. 12-14. Guilherme de Oliveira, "O direito do diagnóstico pré-natal", in *Temas de Direito da Medicina 1*, Coimbra Editora, 2005, pp. 216-217; Paula Natércia Rocha, *op. cit.*, pp. 18-19; Acs. do STJ de 12.03.2015 e de 17.01.2013.

²³⁵ vd. Sinde Monteiro, "Responsabilidade por...", p. 381 ("O evento, sem provocar ele mesmo o dano, pode desencadear outra condição que lhe dá então diretamente origem").

Desta forma, nas ações que estamos a analisar, apesar de as malformações não terem sido diretamente provocadas pelo médico, é evidente que, ao não fornecer as informações corretas aos pais, este privou-os da capacidade de tomar uma decisão esclarecida e informada relativamente à continuação da gravidez. Assim, a conduta do médico, embora não seja a causa direta do dano, é determinante para a sua ocorrência, justificando assim a sua responsabilidade civil.²³⁶

Nas ações de *wrongful birth*, surge a questão sobre a intenção da mãe em relação à interrupção voluntária da gravidez. Seria ela propensa a interromper a gravidez caso tivesse sido informada corretamente acerca das malformações que afetariam o seu filho? No entanto, como explica José Gonzalez²³⁷, para superar os desafios probatórios que essa incerteza traz consigo, pode-se recorrer à disposição estabelecida no art. 236º, n.º 1 do Código Civil, que considera o comportamento que um destinatário normal, colocado na posição e com os conhecimentos do verdadeiro destinatário, adotaria.

Além disso, Mota Pinto apresenta uma alternativa para esse problema também adotada na Alemanha, que se baseia numa presunção de que o beneficiário da informação teria seguido um comportamento alinhado com o conteúdo dessa informação. Sob essa perspetiva, a alternativa de comportamento por parte dos pais torna-se crucial para determinar o valor da indemnização pelos danos patrimoniais. Nos casos em que se possa provar que os pais teriam optado por interromper a gravidez, todos os custos associados ao sustento da criança, não apenas os relacionados com as malformações, seriam passíveis de indemnização.²³⁸

²³⁶ vd. Dias Pereira, “O consentimento...”, p. 228 (“Imaginemos o caso do mesmo radiologista, num comportamento ilícito (violador das *leges artis*) e censurável (negligente), não detetar um cancro e assim não informar o paciente do correto diagnóstico. Em consequência desta omissão, o cancro – de que o paciente era portador [que não foi “causado” pelo médico] – desenvolve-se e conduz à morte do paciente. Pode o Direito deixar de responsabilizar o comportamento ilícito, culposo e causador do dano morte... apesar de o médico não ter estado na origem do cancro? Todos concordamos que a omissão ilícita e negligente foi causa adequada do dano morte, pelo que se impõe a responsabilidade do médico”).

²³⁷ Cf. Alberto González, op. cit., pp. 82-83.

²³⁸ Paulo Mota Pinto, op. cit., pp. 15 e 22.

Afigura-se que, independentemente das declarações da mãe sobre se teria ou não optado por interromper a gravidez, é sempre uma incerteza intrínseca relativamente à veracidade dessa afirmação. Aliás, como em muitas situações na vida, a mãe, só quando confrontada com a situação real, é que poderia verdadeiramente saber como teria reagido. Dessa forma, essa questão irá sempre permanecer numa zona "cinzenta"²³⁹ e de incerteza.

Nesse contexto, Marta Nunes Vicente²⁴⁰ propõe uma solução para as ações de *wrongful birth*, sustentando que o nexo de causalidade existe sempre, mesmo se ficar comprovado que a mãe não teria optado pela interrupção da gravidez. Isto sucede porque, mesmo nessas situações, a mãe é privada da oportunidade de tomar uma decisão esclarecida baseada num consentimento informado – o dano é o da perda de chance.²⁴¹

A "perda de chance" representa a privação da possibilidade de alcançar um resultado favorável ou evitar um resultado desfavorável²⁴² devido à ação de terceiros, que, para fins de indemnização, deve ser considerada ilícita e culposa.²⁴³

Como explica Rute Teixeira Pedro²⁴⁴, tratam-se de situações em que um indivíduo tinha possibilidades - "chances" - de atingir um resultado favorável, mas que, devido ao comportamento de outra pessoa que se enquadra nos critérios legais para poder constituir um ato gerador de responsabilidade (normalmente, conforme o artigo 483.º, n.º 2, que exige que seja um ato ilícito e culposos), aquelas possibilidades são eliminadas.²⁴⁵

²³⁹ Neste sentido, Vera Raposo, "As wrong actions...", p. 65.

²⁴⁰ Marta Nunes Vicente, op. cit., pp. 122 e ss.

²⁴¹ Cf., Ac. do STJ de 12.03.2015.

²⁴² Rute Teixeira Pedro, "A responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado", Coimbra Editora, 2008, pp. 178-187;; vd. igualmente, Júlio Vieira Gomes, "Sobre o dano da perda de chance", in Direito e Justiça, vol. XIX, tomo II, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2005, pp. 9-47; Nuno Santos, "A "Perda de Chance" como uma nova espécie de dano", Almedina, 2014, pp. 19-23.

²⁴³ Leonor Catela Teixeira, "Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexo causal?", Revista de Direito Civil, Ano I, N.º3, Lisboa: Almedina, 2016, p. 725.

²⁴⁴ Rute Teixeira Pedro, "Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da Jurisprudência", in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, CEJ, outubro, 2018, p.191.

²⁴⁵ Porém, tal como explana a autora na obra e página citadas, para que o dano da perda de chance possa contabilizar para efeitos indemnizatórios, é fundamental que o lesado demonstre que era detentor de

No contexto das *wrongful actions*, os tribunais inicialmente consideraram uma forma diferente de dano relacionada com a privação da possibilidade, o que ocorreu devido ao facto de demonstrar o nexo causal entre a conduta médica e o nascimento de uma criança com malformações era muito complexo, uma vez que o sentido da decisão da mãe relativamente à interrupção da gravidez era desconhecido.²⁴⁶

Porém é de reconhecer que a aplicação deste conceito legal dentro das referidas ações levanta algumas questões.

Em contraste com a visão de Marta Nunes Vicente, Rute Teixeira Pedro²⁴⁷ destaca a diferença entre perda de chance e perda de escolha, concluindo que nestas circunstâncias, o que está em jogo é mais uma perda de escolha devido ao facto de o resultado estar dependente, em exclusivo, de uma decisão do próprio paciente lesado - uma chance de autodeterminação - não envolvendo a aleatoriedade externa que normalmente caracteriza a figura da perda de chance.

verdadeiras chances de obter o resultado final pretendido e, que as mesmas não se lograram devido ao ato daquele que entende dever ser responsabilizado.

²⁴⁶ Rute Teixeira Pedro, "A responsabilidade...", pp. 274 e 275; Vd. Decisão da *Cour de Cassation* de 16 de julho de 1991, in D., 1991, 33.e I.R., p.229.

²⁴⁷ Rute Teixeira Pedro, "A responsabilidade...", p. 461.

7. *Leges Artis* e a Responsabilidade Civil

O Acórdão da RL de 19.04.2005²⁴⁸ menciona que “*O erro médico pode ser definido como a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida de um doente*”.

Desta forma, o conteúdo das normas profissionais, conhecidas como *leges artis*, é intrinsecamente determinado pelo conhecimento científico disponível num determinado período temporal, avaliado no momento em que o ato médico em questão é realizado.

O direito não pode impor ao médico, como a qualquer parte contraente de um contrato, exigências que vão para além da sua capacidade de discernimento. Assim, o padrão médio exigido é condicionado pelo atual estado da prática médica.

Esta conceção, incorporada no artigo 11º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, menciona a responsabilidade que o médico tem para efetuar os tratamentos considerados apropriados, através do critério da razoabilidade, considerando o momento em que a intervenção foi realizada.

O Ac. do TRL de 16.12.2015²⁴⁹, (Rui Gonçalves), menciona que as *leges artis* constituem “*o critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico*”, englobando normas éticas e normas científicas e técnicas que variam consoante o “*momento histórico*” e que são adaptáveis (*rectius*, devem ser adaptadas) à concreta situação individual.”²⁵⁰

Dentro deste limite, a decisão terapêutica do médico deve estar sempre em conformidade com a escolha do método técnico mais eficaz para alcançar o objetivo desejado, devendo ser considerado não apenas as capacidades curativas desse método, mas também, a menor repercussão negativa no

²⁴⁸ Ac. da RL, processo n.º 10341/2004-7, disponível para consulta em www.dgsi.pt

²⁴⁹ Ac. do TRL, processo n.º1490/09.1TAPTM.L1-3 de 16.12.2015

²⁵⁰ Cfr. Nuno Pinto de Oliveira, “Ilícitude e culpa na responsabilidade médica”, in *(I)Materiais para o Direito da Saúde*, Coimbra: IJ/FDUC, 2019, pp. 72 e ss.

paciente, levando em consideração as suas condições físicas, mentais ou sociais específicas.

É claro que esta escolha não se limita a abordagens convencionais, mas requer sempre o fornecimento completo e leal de todas as informações necessárias ao paciente, quer seja sobre as alternativas terapêuticas disponíveis, quer sobre os seus riscos e benefícios correspondentes.

Segundo a legislação portuguesa, a responsabilidade civil é uma das fontes de obrigações, que essencialmente representam o dever legal através do qual uma pessoa é obrigada a seguir determinado comportamento no interesse de outra. O Código Civil, no primeiro parágrafo do artigo 483.º, estabelece que aquele que cause danos na esfera jurídica de terceiros será responsável, criando assim uma obrigação na qual o infrator se torna devedor e a parte prejudicada, credora; contudo, a prova da culpa por parte do devedor é sempre necessária.

Essa abordagem não deixa de refletir um critério objetivo de equidade, conforme a visão de José Alberto González²⁵¹, visto que confere um caráter punitivo, do ponto de vista financeiro, à responsabilidade objetiva - daí também a exigência de aumentar a quantia a ser indemnizada (artigos 508.º e 510.º do Código Civil).

Apesar deste caráter punitivo mencionado pelo autor, a principal função da responsabilidade civil é a reparação, que visa corrigir um prejuízo; no entanto, também é essencial prestar atenção à função preventiva.

A responsabilidade civil como uma de fontes das obrigações, abrange cenários nos quais está em questão a não observância de um dever em sentido estrito - aqueles que surgem de contratos, de negócios unilaterais ou da lei - constituindo o que é conhecido como a responsabilidade contratual; e também abrange situações que decorrem da violação de direitos absolutos, resultantes dos deveres de conduta impostos a todas as pessoas, ou até mesmo da

²⁵¹ Cf. José Alberto González, *Responsabilidade civil*, pp. 24 e 25.

realização de certos atos que, embora legais, causem danos a terceiros - trata-se da responsabilidade extracontratual.²⁵²

Não se descarta a possibilidade de que o prejuízo ou dano possa resultar da violação simultânea e interligada de uma relação de crédito, que envolve um dever de prestação, e de um dos chamados direitos absolutos, como o direito à vida ou à integridade física, que implica um dever de proteção e cuidado com a pessoa.

Os elementos necessários para estabelecer a responsabilidade são os seguintes: a) existência de uma ação contrária às normas (civis ou deontológicas), materializada num facto; b) violação de uma obrigação; c) imputação da ação ao agente; d) ocorrência de um prejuízo ou dano; e) existência de um nexo de causalidade entre a ação e o dano.²⁵³

O aspecto crucial do nexo causal é de extrema importância, pois é esse elemento que permite estabelecer a ligação entre a ação e o resultado, possibilitando afirmar que a ação em questão deu origem ao referido resultado, ou seja, que o dano sofrido é consequência da negligência cometida.

Dentro desse contexto, observemos a citação de Lucília Nunes²⁵⁴ *“Na prática de atos de saúde, haja natureza contratual ou extracontratual, parece claro que a exigência é de uma atuação que observe os deveres de cuidado. (...) Esta é a plataforma em que se reúnem os deveres profissionais, as leges artis e as boas práticas (...)”*. E, *“(...) Existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por ação ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados*

²⁵² No Código Civil: nos artigos 483.º a 510.º (responsabilidade por atos ilícitos e por risco), e nos artigos 798.º a 812.º (responsabilidade contratual).

Os elementos comuns aos dois tipos de responsabilidade (contratual e extracontratual) são regulamentados nos artigos 562.º a 572.º, especialmente no que concerne à definição de danos passíveis de indemnização (relação de causalidade entre o evento e o dano), às formas de compensação e ao cálculo do montante a ser indemnizado.

Por meio de disposições espalhadas pelo código, também são regulados casos de responsabilidade civil extracontratual por atos lícitos que resultam em danos - como é o caso dos artigos 1348.º, parágrafo 2, e 1349.º, parágrafo 3, ambos do Código Civil.

²⁵³ Cf. Lucília NUNES, *Responsabilidade do profissional...*, p. 27.

²⁵⁴ Cf. Lucília NUNES, obra citada, p. 32

adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento”.

Destaca-se, conforme Gilberto Lima²⁵⁵, que se as ações forem embasadas na perícia médica e se a atuação estiver em conformidade com os padrões profissionais (*leges artis*), é improvável que uma ação de indenização contra um médico seja bem-sucedida, uma vez que a ausência de culpa nessa conduta é evidente.

Apesar de já ter sido esclarecido, ressaltamos que o mau resultado ou resultado adverso decorrente de uma ação ou omissão médica, que envolva a violação das *leges artis* (padrões profissionais), é o que é denominado como erro médico.

Nesse contexto, Germano de Sousa²⁵⁶, ex-Bastonário da Ordem dos Médicos, fornece-nos algumas distinções relevantes:

- "Imperícia" refere-se a condutas que resultam da inobservância das regras técnicas, falta de conhecimento, preparação insuficiente ou inexperiência;
- "Imprudência" ocorre quando há assunção de riscos desnecessários para o paciente, por meio de ação ou omissão, sem base técnico-científica adequada;
- "Negligência" envolve a inobservância da conduta exigida legalmente numa situação específica, seja por ação ou omissão.

O erro médico culposo, por sua vez, consiste em ações profissionais inadequadas resultantes do uso incorreto de técnicas médicas ou terapêuticas que prejudicam a saúde ou a vida de um paciente. Desta forma, pode ocorrer devido a:

- "Imperícia ou impreparação" - realizar inadequadamente o que deveria ser feito de acordo com os padrões profissionais;

²⁵⁵ Cf. Gilberto Baumann De Lima, *Culpabilidade do médico (...)*

²⁵⁶ Cf. Germano de Sousa, *Erro médico*.

- "Imprudência" - realizar ações que não estão em conformidade com os padrões profissionais;
- "Negligência" - deixar de fazer o que os padrões profissionais exigiam.

Em contrapartida, o erro médico legítimo abrange situações em que a medicina pressupõe geralmente um compromisso de meios e, em alguns casos, um compromisso de resultados. Isso engloba:

- "Acidente imprevisível" - um evento fortuito que não poderia ser previsto ou evitado;
- "Resultado incontrollável" - resulta de uma situação inevitável e inexorável para a qual a ciência médica e a competência profissional não possuem soluções até o momento da ocorrência;
- "Resultado adverso" - ocorre quando o médico emprega todos os meios disponíveis, mas não alcança o sucesso desejado.

É importante observar que os casos aqui discutidos dizem respeito à negligência na avaliação e interpretação de resultados, ou seja, ao erro de diagnóstico que se enquadra na categoria de "erro médico culposo".

Relativamente a quem cabe ilidir a presunção de incumprimento das obrigações e respetiva responsabilidade civil associada, Rui Pinto²⁵⁷ menciona que, no caso concreto da responsabilidade médica, *"doutrina e jurisprudência que propugna pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do art.º 483.º C.Civ n.º 2 ou pelo menos de não aplicação da presunção de culpa do art.º 799.º n.º 1, mesmo na presença de um contrato entre médico e cliente"*.

Cita-se o autor que, como exemplo, menciona o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 22 de maio de 2007, Processo 4018/2006-1, o qual estabelece que não cabe ao médico refutar qualquer presunção legal de não cumprimento. Nesse contexto, o regime do ónus da prova deve ser o da responsabilidade extracontratual.

²⁵⁷ Cf. Rui PINTO, *Valor extraprocessual...*, p. 180.

Dessa forma, no mesmo Acórdão, é atribuída ao autor da ação (cliente) a tarefa de *"provar todos os factos constitutivos da violação do dever do médico definido nos termos amplamente desenvolvidos, (mesmo que a responsabilidade resulte de contrato entre médico e cliente)"*. Isto ocorre porque a prestação de serviços médicos é uma obrigação de meios e não de resultados.

Outra interpretação jurisprudencial possível, conforme mencionado por Rui Pinto²⁵⁸, é a de considerar a classificação como "responsabilidade contratual", considerando que a existência de um contrato de prestação de serviços se enquadra nas regras do contrato, entre o lesado e o médico ou a entidade hospitalar.

Adicionalmente, sugere-se uma *"solução mista no sentido do concurso"* entre os dois regimes, com base *"na atuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e proteção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual"*.

Tal violação pode afetar direitos absolutos de personalidade, como o direito à vida e à saúde. Logo, o lesado pode optar pela tutela contratual ou extracontratual, dependendo do que lhe for mais favorável na situação concreta, conforme observado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 19 de junho de 2001, Processo n.º 01A1008.

Em resumo, no caso do regime de responsabilidade contratual, o profissional ou a entidade demandada, terão a responsabilidade de demonstrar que agiram sem culpa, ao empregarem todas as precauções necessárias para evitar danos a terceiros. Caso não o façam, estarão sujeitos à obrigação de indemnizar.

²⁵⁸ *Idem.*

No cenário de qualificação mais restritiva, como a responsabilidade extracontratual, caberá ao lesado comprovar a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso, o que implica uma discrepância objetiva entre a ação praticada e as práticas estabelecidas.

8. Considerações Finais

Tal como temos verificado os rápidos avanços no campo científico, o mesmo também se verifica na área da medicina pré-natal e, mais especificamente, nos meios de diagnóstico pré-natal. Esse progresso científico tem implicações diretas no surgimento das ações que estudámos, visto que as fundamenta e, por conseguinte, as multiplica.

Desde o início, distinguimos claramente as ações de *wrongful birth* das ações de *wrongful life*. Concluindo que a diferença fundamental entre elas reside no sujeito ativo de cada ação. Nas primeiras, são os pais que intentam a ação; nas segundas, é a criança quem a propõe, quer em nome próprio, quer através dos pais como seus representantes legais. Contudo, o facto ilícito que subjaz a ambas as ações é o mesmo.

Avançámos, posteriormente, para uma análise jurisprudencial de acórdãos de tribunais nacionais e internacionais, da qual podemos concluir que a tendência atual é de rejeitar as ações de *wrongful life* e admitir as de *wrongful birth*. Acreditamos que conseguimos identificar, ainda que com cautela, os argumentos contrários à procedência desse tipo de ações, argumentos estes que serão expostos em seguida, a quando dos pressupostos da responsabilidade civil.

De seguida observámos a importância do dever de informação por parte do médico como uma obrigação e as consequências do seu incumprimento.

Relativamente ao alegado “*direito à não existência*” concluiu-se que a doutrina tem argumentado contra a possibilidade de indemnização em sede de ações de *wrongful life* alegando, essencialmente, que é impossível comparar a vida de alguém com deficiência (a situação atual do lesado) com a “não vida” (a situação do lesado caso a lesão não tivesse ocorrido). Porém, discordamos respeitosamente desse entendimento, pois acreditamos que ele parte do pressuposto errado, considerando erroneamente que o dano é a vida em si, em vez de ser a deficiência, que deveria ser considerada como o cerne da questão.

Relativamente à violação do “direito ao aborto” como um dano, é consensual na nossa jurisprudência que o dano ressarcível nestas ações seja a impossibilidade de optar livremente pela interrupção voluntária da gravidez.

Ou seja, é de concluir que o dano em si não está no nascimento da criança, mas sim na perda de chance da decisão reprodutiva dos pais e no seu direito ao planeamento familiar. É claro que esse dano só se manifesta se a mãe tiver a possibilidade legal de realizar a interrupção voluntária da gravidez naquelas circunstâncias, momento e local.

Ao analisarmos os pressupostos da responsabilidade civil dentro do quadro jurídico português, torna-se evidente que o ato voluntário do agente pode corresponder ao comportamento que caracteriza o erro médico. No contexto destas ações, a situação em análise frequentemente envolve situações em que o médico identificou um problema, mas não o comunicou, ou então, não detetou uma anomalia quando era expectável que o fizesse.

Relativamente à ilicitude, é notório que a relação médico-paciente seja reconhecida como uma relação contratual. Assim, nos casos das *wrongful birth actions*, a ilicitude contratual manifesta-se através do incumprimento das obrigações surgidas a partir dessa relação contratual.

Muitas vezes, o incumprimento está associado à falha do médico no fornecimento correto das informações, ou, a um erro cometido nos exames pré-natais, infringindo as normas profissionais (*leges artis*).

As obrigações assumidas pelo médico, como vimos, frequentemente se enquadram como obrigações de resultados, dado o baixo índice de margem de erro.

Quando se trata das *wrongful life actions*, reconhecemos os desafios em enquadrar o pedido apresentado dentro do âmbito da responsabilidade contratual, já que a criança não é parte do contrato. Contudo, acreditamos que uma solução poderia ser encontrada recorrendo ao conceito de contrato com efeito de proteção a terceiros, considerando o nascituro como um terceiro

abrangido pela esfera de proteção do contrato de prestação de serviços entre o médico e os pais.

Por meio dessa abordagem, o médico estaria sujeito a deveres adicionais em relação ao nascituro, tais como os deveres de cuidado, proteção e informação, sendo que a sua negligência é geradora de responsabilidade civil.

É de mencionar, no entanto, que existem situações em que a responsabilidade contratual pode não ser suficiente, o que nos leva a considerar a ilicitude no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Em relação à primeira modalidade, observamos que nas *wrongful birth actions*, os direitos à autodeterminação pessoal e à livre disposição sobre o próprio corpo foram violados, representando direitos absolutos. No entanto, nas *wrongful life actions*, a questão torna-se mais complexa devido ao debate sobre o "*direito à não existência*".

Apesar disso, acreditamos que tal direito não precisa de ser invocado, considerando a controvérsia a este associada. Isto ocorre porque, em vez disso, a ilicitude, na segunda modalidade, pode surgir da violação das normas profissionais, configurando a violação de uma norma de proteção à qual o profissional está sujeito. Essas normas incluem deveres de informação e obtenção de consentimento informado, que visam proteger não apenas a mãe, mas também o nascituro.

No que diz respeito à culpa, percebemos que, por padrão, ela é imputada na forma de negligência, uma vez que o erro médico no diagnóstico pré-natal, tanto em *wrongful birth* como em *wrongful life actions*, representa uma conduta que viola o padrão de comportamento estabelecido no artigo 487.º do Código Civil.

Relativamente ao dano, nos casos de *wrongful birth*, é amplamente aceite que o nascimento de um filho com malformações resulta em custos extraordinários (danos patrimoniais), bem como o sofrimento e frustração decorrentes do nascimento de uma vida com deficiência, quando tal não era

esperado (danos não patrimoniais). Novamente, nas *wrongful life actions*, a questão é mais controversa, mas acreditamos que o padrão alternativo a considerar não é a “*não existência*”, mas sim a existência com qualidade.

Nestes casos concebemos que conceder uma indemnização à criança não viola o princípio da dignidade humana, pelo contrário, acreditamos sim que tal indemnização está alinhada com a dignidade da criança, permitindo ajudar a atenuar o sofrimento e a suportar os encargos resultantes dessa condição, na tentativa de melhorar uma vida já naturalmente angustiante.

Em última instância, relativamente ao nexo de causalidade, a manifesta complexidade em atribuir ao médico a responsabilidade pelo dano observado pode ser resolvida através da consideração da teoria da causalidade adequada e de um nexo causal indireto. Ainda que o comportamento do médico não cause diretamente o dano, o mesmo pode desencadear outras situações que, por sua vez, resultam no dano em questão.

Por fim analisámos ainda a temática da *leges artis* e se respetivo incumprimento daria origem a uma responsabilidade civil contratual ou extracontratual, relacionando ainda com a quem recairia o ónus da prova, dependendo de cada caso.

REFERÊNCIAS

- AIDOS WILSON, F. F. d. S. d., 2014, “Ser ou Não ser - A Responsabilidade Civil nas ações de wrongful birth e wrongful life” - Dissertação de Mestrado em D. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: s.n.
- ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12.^a Ed., 2009
- ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo de, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1993
- ANTUNES VARELA, “A Condição Jurídica do Embrião Perante o Direito Civil”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez, Volume I, Almedina, 2000
- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.a ed., Coimbra, Almedina, 2011
- ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999
- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999
- BALABAN, Evan; DESCO, Manuel; VAQUERO, Juan-José. *Waking-like brain function in embryos*. Estados Unidos da América (EUA): Current Biology, maio de 2012
- BASIL MARKESINIS e HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002
- C. DUNCAN, William, *Statutory Responses to ‘Wrongful Birth’ and ‘Wrongful Life’ Actions*, Life and Learning XIV, 2004
- CAPELO DE SOUSA, R., *Sucessões*, 1.º-230
- CARDOSO CORREIA, Vanessa, *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)
- CARDOSO CORREIA, Vanessa, *Wrongful life action – Comentário ao acórdão do STJ de 19-jun.-2001*, Lex Medicae 1/2 (2004)
- CARNEIRO DA FRADA, António, “A Protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”, in ROA, 2010.

- CARVALHO FERNANDES, Luís A., *Teoria Geral*, 1983, tomo 1
- CATELA TEIXEIRA, Leonor, *Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimimento do nexu causal?*, Revista de Direito Civil, Ano I, N°3, Lisboa: Almedina, 2016
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme *Curso de direito da família* – vol. I, 5.ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- CORREIA, Vanessa Cardoso - *Wrongful Birth, Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, In: Subj, 38, Direito da Saúde e Biomédico, Janeiro-março, Editora Almedina, Coimbra, 2007
- DIAS PEREIRA, A. G., 2015, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora
- DIAS PEREIRA, André, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- DIAS PEREIRA, André, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*;
- ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., *Sucessões*, 1980
- FACCHINI NETO, E., 2015. *A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado*. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira
- FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I.
- FRATI, Paola, *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies*, Human Reproduction Update, Vol. 23, nº 3
- GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª Ed. da Coimbra Editora, 2010
- GERMANO DE SOUSA, *Erro Médico*, Curso complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional, Série Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013
- GIESEN, Ivo; *The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases*, Utrecht Law Review

- GOMES CANOTILHO, José e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, 1º Vol., 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora
- GONZALEZ, José Alberto – *Wrongful Birth, Wrongful Life, O conceito de dano em responsabilidade Civil*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora, Ld.^a, 2014
- GOTTFRIED SCHIEMANN, in J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch :mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, n.º 209, Staudinger/Hager, 823, n.º 51,
- HAGER, Johannes, *Das Recht der unerlaubten Handlungen*, in J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005
- HENSEL, Wendy F., *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Live Actions*, *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005
- HONDIUS, Ewoud, “*The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment*”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Netherlands, 2005
- HORSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da Ed. de 1992, Almedina, 2017
- LEITE CAMPOS, Diogo, “A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista)”, in Leite de Campos/Silmara Juny de Abreu Chinellato (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009
- LEITE CAMPOS, Diogo, “A relação da pessoa consigo mesma”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II
- MANSO, L. D. B., *Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-natal - o caso das ações de “wrongful Birth”*, n.º 18. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, julho/dezembro, 2012
- MARTINS, Rosa Cândido, *A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*

- e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- MASCARENHAS ATAÍDE, Rui, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Lisboa: Almedina, 2015
 - MEDINA, G., 2008. *Daños en el derecho de familia*. 2.^a ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni
 - MELO, Daniel, “A proteção do feto e a autonomia materna”, *Julgar*, Abril de 2020
 - MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, 2011
 - MENEZES LEITÃO, Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações, 15.^a edição, Almedina, 2018
 - MOREIRA, Guilherme, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, RLJ
 - MOREIRA, Sónia, *O dever Pré-contratual de Informação*, Scientia Iuridica, 2003
 - MORILLO, A. M., 2003. *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales*, Madrid: s.n
 - MOTA PINTO, Paulo., *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho, 2007.
 - MOTA PINTO, Paulo., *Teoria Geral*, 3^a ed.
 - MUTO, Eliza ; Leandro Narloch. *Vida: o primeiro instante*. Revista Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005
 - NEUNER, J., *Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung*
 - NUNES VICENTE, Marta, “Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche”, in LM, Ano 6, n.o 11, 2009
 - NYS, HFL; DUTE, JCJ, *A wrongful existence in the Netherlands*, Journal of Medical Ethics
 - OLIVEIRA DE ASCENSÃO, José, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2000

- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214
- P.L. e A.V, *Código Civil Anotado*, 1.º
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2015
- PALEY-VINCENT, Catherine, *La Responsabilité du Médicin*, Paris: Masson, 2002
- PEREIRA COELHO, *Sucessões*, 1968
- PEREZ, António E. – *Luño, Derechos humanos*, Madrid, 1984
- PERRY, Romen, *It's a wonderful life*, in *Cornell Law Review*, vol. 93, issue 2, 2008
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno, “Ilícitude e culpa na responsabilidade médica”, in (I)Materiais para o Direito da Saúde, Coimbra: IJ/FDUC, 2019
- PINTO MONTEIRO, A., *Direito a Não Nascer? - Anotação ao Acórdão do STJ de 19/06/2001*. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, cit. ano 134, 2001/2002.
- PINTO MONTEIRO, António, “Direito a não nascer”, RLJ 134 (2002)
- PINTO MONTEIRO, Fernando, *Direito à não existência, Direito a não nascer*, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- PIRES DA ROSA, João, “Não existência – Um Direito!”, *Julgar*, Nº 21, 2013
- RAPOSO, Elsa, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 132, 2012
- RAPOSO, Mário, *O consentimento Informado na Relação Médico/Doente*, O Direito, 1992
- RAPOSO, Vera Lúcia , *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, In: *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n.º 21, 2010
- ROCHA, Paula Natércia, *Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação*, in *Revista Julgar*, online, novembro de 2018

- RODRIGUES, Álvaro, Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente, *Data Venia*
- RODRIGUES, Carlos, *A problemática inerente às wrongful life claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*, in *Lex Medicinæ*, n.º 19, 2013
- SANTOS, Alexandre Laureano, *Autonomia e Paternalismo na Relação Médico/Doente*, *Acção Médica*, 2000, n.º4
- SANTOS, Nuno, *A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano*, Almedina, 2014
- SILVA FIGUEIREDO, Eduardo António, *Believe me, we have enough imperfection built-in already*, *Julgar online* Maio de 2020
- SPICKHOFF, Andreas, E. DEUTSCH, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 5.ª ed., Berlin-Heidelberg-NewYork, Springer, 2003
- STRASSER, M., *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One*, in *Missouri Law Review*, Volume 64, Issue 1, 1999
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, *Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da Jurisprudência*, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, CEJ, outubro, 2018
- TESÓN, Inmaculada Vivas, *La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial*, in *RdP*, n.º 11
- TORAL LARA, Estrella, *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*, in *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar* (coord. por Eugenio Llamas Pombo), España: La Ley, 2014
- VAZ PATTO, Pedro, *A vida, um dano indemnizável?*, in *Brotéria (Cristianismo e Cultura)*, n.º 4, Vol. 156, Abril 2003

- VAZ RODRIGUES, João, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- Código Deontológico da Ordem dos Médicos
- Código Civil Português
- Código Penal
- *Código Civil Español*, publicado por el *Real Decreto de 24 de julio de 1889*
- Codice Civile Italiano; Libro I - Delle persone e della famiglia
- Despacho da Ministra da Saúde n.º 5541/97, de 6 de agosto (DR II.ª Série)
- Convenção de Oviedo
- Lei 2002-303, de 4 de Março de 2002- *Loi Anti-Peruche*

Jurisprudência

Jurisprudência Nacional

- Acórdão do STJ, Processo n.º 6669.11.3, de 07-03-2017 (Gabriel Catarino)
- Acórdão do STJ, Processo n.º 436/07.6TBVRL.P1.S1, de 03.04.2014 (Álvaro Rodrigues)
- Acórdão RP, Processo n.º 0030427, de 30.3.2000: CJ, 2000, 2.º
- Acórdão STJ, Processo n.º 07B4692, de 9.10.2008: CJ/STJ, 2008, 3.º
- Acórdão STJ, Processo n.º 08A2124, de 17.02.2009: CJ/STJ, 2008
- Acórdão STJ, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17.01.2013 (Ana Paula Boularot)
- Acórdão STJ, Processo n.º 01A1008, de 19.06.2001, (Pinto Monteiro),
- Acórdão do STJ, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17.01.2013,
- Acórdão do STJ (Hélder Roque), Processo n.º 1212/08.4TBBC.L.G2.S1, de 12.03.2015
- Acórdão do TRC, Processo n.º 611/21.0T8CTB.C1 de 30.05.2023
- Acórdão do STJ, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, de 22.3.2018
- Acórdão do TRL, processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 de 16.12.2015

- Acórdão do TC, no Processo n.º 85/85, de 29 de maio
- Acórdão do TC, no Processo n.º 101/2009, de 3 de março
- Acórdão do TC, Processo n.º 55/2016, de 14.03.2016

Todos os Acórdãos estão disponíveis para consulta em www.dgsi.pt

Jurisprudência Internacional

- *Zepeda v. Zepeda*, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849, disponível em www.leagle.com.
- *Park v. Chessin*, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222, disponível em www.league.com.
- *Becker v. Schwartz*, 27.12.1978, 46 N.Y.2d, 401, disponível em www.casetext.com.
- *Curlender vs. Bio-Science Laboratories*, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d, 811, 165 Cal. Rprt. 477, disponível em www.caselaw.findlaw.com
- *Turpin vs. Sortini*, 03.05.1982, 31 Cal. 3d, 220, disponível em www.caselaw.findlaw.com
- *Gleitman v. Cosgrove*, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, disponível em www.courtlistener.com.
- *McKay v Essex Area Health Authority*, 1982, Judgment citation EWCA Civ J0219-3, Docket Number 82/0044, disponível para consulta em www.lawprof.co
- *Macfarlane and Another vs. Tayside Health Board* (Scotland), disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>
- BGH 18.01.1983, Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen 86, 240, tradução inglesa disponível em www.law.utexas.edu.
- Cour de Cassation, Assemblée plénière, de 17 de novembro de 2000, 99-12.701, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>

- HR (Hoge Raad), 18 de Março de 2005, Rechtspraak van de Week, disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213>

BIBLIOGRAFIA

- AIDOS WILSON, F. F. d. S. d., 2014, “Ser ou Não ser - A Responsabilidade Civil nas ações de wrongful birth e wrongful life” - Dissertação de Mestrado em D. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: s.n.
- ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12.ª Ed., 2009
- ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo de, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1993
- ANTUNES VARELA, “A Condição Jurídica do Embrião Perante o Direito Civil”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez, Volume I, Almedina, 2000
- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.a ed., Coimbra, Almedina, 2011
- ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999
- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999
- BALABAN, Evan; DESCO, Manuel; VAQUERO, Juan-José. *Waking-like brain function in embryos*. Estados Unidos da América (EUA): Current Biology, maio de 2012
- BASIL MARKESINIS e HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002
- C. DUNCAN, William, *Statutory Responses to ‘Wrongful Birth’ and ‘Wrongful Life’ Actions*, Life and Learning XIV, 2004
- CAPELO DE SOUSA, R., *Sucessões*, 1.º-230

- CARDOSO CORREIA, Vanessa, *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)
- CARDOSO CORREIA, Vanessa, *Wrongful life action – Comentário ao acórdão do STJ de 19-jun.-2001*, Lex Medicae 1/2 (2004)
- CARNEIRO DA FRADA, António, “A Protecção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”, in ROA, 2010.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A., *Teoria Geral*, 1983, tomo 1
- CATELA TEIXEIRA, Leonor, *Perda de Chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexu causal?*, Revista de Direito Civil, Ano I, Nº3, Lisboa: Almedina, 2016
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme *Curso de direito da família – vol. I, 5.ª Edição*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- CORREIA, Vanessa Cardoso - *Wrongful Birth, Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, In: Subj, 38, Direito da Saúde e Biomédico, Janeiro-março, Editora Almedina, Coimbra, 2007
- DIAS PEREIRA, A. G., 2015, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora
- DIAS PEREIRA, André, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- DIAS PEREIRA, André, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*;
- ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., *Sucessões*, 1980
- FACCHINI NETO, E., 2015. *A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado*. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira
- FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I.
- FRATI, Paola, *Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies*, Human Reproduction Update, Vol. 23, nº 3
- GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª Ed. da Coimbra Editora, 2010

- GERMANO DE SOUSA, *Erro Médico*, Curso complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional, Série Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013
- GIESEN, Ivo; *The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases*, *Utrecht Law Review*
- GOMES CANOTILHO, José e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, 1º Vol., 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora
- GONZALEZ, José Alberto – *Wrongful Birth, Wrongful Life, O conceito de dano em responsabilidade Civil*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora, Ld.ª, 2014
- GOTTFRIED SCHIEMANN, in J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch :mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, n.º 209, Staudinger/Hager, 823, n.º 51,
- HAGER, Johannes, *Das Recht der unerlaubten Handlungen*, in J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005
- HENSEL, Wendy F., *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Live Actions*, *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005
- HONDIUS, Ewoud, “*The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment*”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Netherlands, 2005
- HORSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da Ed. de 1992, Almedina, 2017
- LEITE CAMPOS, Diogo, “A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista)”, in Leite de Campos/Silmara Juny de Abreu Chinellato (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009
- LEITE CAMPOS, Diogo, “A relação da pessoa consigo mesma”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II

- MANSO, L. D. B., *Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-natal - o caso das ações de “wrongful Birth”*, n.º 18. *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, julho/dezembro, 2012
- MARTINS, Rosa Cândido, *A criança adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- MASCARENHAS ATAÍDE, Rui, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Lisboa: Almedina, 2015
- MEDINA, G., 2008. *Daños en el derecho de familia*. 2.ª ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni
- MELO, Daniel, “A proteção do feto e a autonomia materna”, *Julgar*, Abril de 2020
- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, 2011
- MENEZES LEITÃO, Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações, 15.ª edição, Almedina, 2018
- MOREIRA, Guilherme, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, RLJ
- MOREIRA, Sónia, *O dever Pré-contratual de Informação*, Scientia Iuridica, 2003
- MORILLO, A. M., 2003. *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales*, Madrid: s.n
- MOTA PINTO, Paulo., *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*. *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho, 2007.
- MOTA PINTO, Paulo., *Teoria Geral*, 3ª ed.
- MUTO, Eliza ; Leandro Narloch. *Vida: o primeiro instante*. *Revista Superinteressante*. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005
- NEUNER, J., *Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung*

- NUNES VICENTE, Marta, “Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche”, in LM, Ano 6, n.o 11, 2009
- NYS, HFL; DUTE, JCJ, *A wrongful existence in the Netherlands*, Journal of Medical Ethics
- OLIVEIRA DE ASCENSÃO, José, Direito Civil – *Teoria Geral*, I, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2000
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito e Medicina*, cit., pp. 212-214
- P.L. e A.V, *Código Civil Anotado*, 1.º
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8^a ed., Coimbra, Almedina, 2015
- PALEY-VINCENT, Catherine, *La Responsabilité du Médecin*, Paris: Masson, 2002
- PEREIRA COELHO, *Sucessões*, 1968
- PEREZ, António E. – *Luño, Derechos humanos*, Madrid, 1984
- PERRY, Romen, *It’s a wonderful life*, in Cornell Law Review, vol. 93, issue 2, 2008
- PINTO DE OLIVEIRA, Nuno, “Ilícitude e culpa na responsabilidade médica”, in (I)Materiais para o Direito da Saúde, Coimbra: IJ/FDUC, 2019
- PINTO MONTEIRO, A., *Direito a Não Nascer? - Anotação ao Acórdão do STJ de 19/06/2001*. Revista de Legislação e Jurisprudência, cit. ano 134, 2001/2002.
- PINTO MONTEIRO, António, “Direito a não nascer”, RLJ 134 (2002)
- PINTO MONTEIRO, Fernando, *Direito à não existência, Direito a não nascer*, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- PIRES DA ROSA, João, “Não existência – Um Direito!”, Julgar, Nº 21, 2013
- RAPOSO, Elsa, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)”, in Revista do Ministério Público, n.º 132, 2012
- RAPOSO, Mário, *O consentimento Informado na Relação Médico/Doente*, O Direito, 1992

- RAPOSO, Vera Lúcia , *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, In: Revista Portuguesa do Dano Corporal, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n.º 21, 2010
- ROCHA, Paula Natércia, *Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação*, in Revista Julgar, online, novembro de 2018
- RODRIGUES, Álvaro, *Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente*, Data Venia
- RODRIGUES, Carlos, *A problemática inerente às wrongful life claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*, in Lex Medicinæ, n.º 19, 2013
- SANTOS, Alexandre Laureano, *Autonomia e Paternalismo na Relação Médico/Doente*, Acção Médica, 2000, nº4
- SANTOS, Nuno, *A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano*, Almedina, 2014
- SILVA FIGUEIREDO, Eduardo António, *Believe me, we have enough imperfection built-in already*, Julgar online Maio de 2020
- SPICKHOFF, Andreas, E. DEUTSCH, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 5.ª ed., Berlin-Heidelberg-NewYork, Springer, 2003
- STRASSER, M., *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One*, in *Missouri Law Review*, Volume 64, Issue 1, 1999
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2008
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, *Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da Jurisprudência*, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, CEJ, outubro, 2018
- TESÓN, Inmaculada Vivas, *La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial*, in *RdP*, n.º 11

- TORAL LARA, Estrella, *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*, in *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar* (coord. por Eugenio Llamas Pombo), España: La Ley, 2014
- VAZ PATTO, Pedro, *A vida, um dano indemnizável?*, in *Brotéria* (Cristianismo e Cultura), n.º 4, Vol. 156, Abril 2003
- VAZ RODRIGUES, João, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- Código Deontológico da Ordem dos Médicos
- Código Civil Português
- Código Penal
- *Código Civil Español*, publicado por el *Real Decreto de 24 de julio de 1889*
- *Codice Civile Italiano*; Libro I - Delle persone e della famiglia