

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM.

**Reflexões em torno das ações
por *nascimento e por vida indevidos***

Fernanda Almeida

*Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Rui de Alarcão e
co-orientada pelo Mestre Doutor Nuno de Oliveira
para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-
Forenses*

Coimbra, Dezembro de 2013

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM.

**Reflexões em torno das ações
por *nascimento e por vida indevidos***

Fernanda Almeida

*Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Rui de Alarcão e
co-orientada pelo Mestre Doutor Nuno de Oliveira
para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-
Forenses*

Coimbra, Dezembro de 2013

*À Rafa e ao Guga: companheiros de
aventura.*

RESUMO

Este trabalho analisa as ações de responsabilidade civil propostas pelos pais (*wrongful birth*) contra profissionais de saúde, quando ocorre o nascimento de filho com deficiência congênita, não detetada no diagnóstico pré-concetivo, pré-implantatório ou pré-natal, ou não comunicada aos pais; e as formuladas pela criança (*wrongful life*) contra o médico ou contra os pais, aquele pelo falso negativo e estes pela procriação deliberada. A indenização pretendida por pais e filho é encarada com reserva, devido a objeções éticas e a aparentes limitações do instituto da responsabilidade civil.

O estudo examina a aplicação ao caso do instituto da responsabilidade civil, verificando a ocorrência dos seus pressupostos, para além de rever as soluções de algumas espécies da prática judicial e debater as contribuições doutrinárias, do País e do estrangeiro.

A análise conclui favoravelmente quanto a ambas ações, augurando-lhes prosperidade no futuro próximo: as de “nascimento indevido”, considerando que o falso diagnóstico lesa o direito à autodeterminação dos pais e à liberdade procriativa, não sendo o dano afastado pela prova de que gerariam o filho embora informados da deficiência; as de “vida indevida”, sustentando o seguinte: a) A ilicitude assenta no interesse em nascer em condições mínimas de vida, podendo decorrer também do “contrato com eficácia para terceiros” celebrado com o médico; b) O “dano injusto” do sofrimento liga-se ao erro pela via da causalidade indireta, da lesão dos “deveres de proteção”, ou da inclusão do filho nas finalidades do contrato ou na norma que permite o aborto embriopático ou fetopático como garantia do bem jurídico “qualidade de vida”. A ação contra os pais é rejeitada, salvo exceções casuísticas fundadas em abuso do direito a procriar.

Palavras-chave: responsabilidade civil médica, ação por “nascimento indevido” (*wrongful birth*), ação por “vida indevida” (*wrongful life*).

ABSTRACT

This work analyses civil liability lawsuits brought by parents against health professionals, when disabled children are born with previous pre-conceptive, pre-implantation or prenatal genetic diagnosis which undetected congenital deficiency, or detected but unreported to parents or by disabled children against health professional, or against their own parents, on these cases caused by the false negative, on the other later by the deliberate will of conception. The compensation due to the disabled litigants is faced with reservations because of ethical and apparent limitations of the civil liability legal institute when applied to persons.

The study examines the application of civil liability when the legal premises are fulfilled, also reviews some known jurisprudence cases and discusses doctrinal contributions, both national and international.

The analysis is favorable to both lawsuits/legal actions, anticipating success to their use in a near future: the ones of «wrongful birth», bearing in mind that the fake diagnosis deprives the parents of their right of reproductive choice, damage is not removed even if proved that they would not have procreated if they had been informed of the disability; concerning «wrongful life», the study sustains the following assumptions:

a) Tort lies on lawful expectation of the right to be born within a minimum living conditions, which could also arise from a «third party effect» of the contract celebrated with the doctor; b) The unfair suffering effect connects with the tort by the indirect causality effect of «damage» to the «protection duties», or by the inclusion of the born child as one of the contract fulfillments, or within the law that allows embriopatic or fetopatic indication abortion has safeguard of the «the dignity of life». The lawsuit against the parents is rejected, apart from specific cases based on procreation right abuse.

Key-words: medical civil liability, *wrongful birth* actions, *wrongful life* actions.

ÍNDICE

I – INTRODUÇÃO	5
II – RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1. Evolução	9
2. Responsabilidade civil e Constituição	10
3. As <i>wrongful actions</i> e a Constituição	12
3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana	12
3.2. O direito à vida	14
3.3. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade	16
3.4. O direito a constituir família	17
3.5. Proteção aos cidadãos portadores de deficiência	20
III. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	22
1. Geral	22
2. <i>Leges artis</i>	24
3. Os meios de diagnóstico pré-natal	27
4. Dever de informação e aconselhamento genético	31
5. Dever de informação e obrigação de resultado	33
6. O aborto como pressuposto das <i>wrongful actions</i>	35
7. Destinatários do dever de informação	39
IV – RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E <i>WRONGFUL ACTIONS</i>	42
1. <i>Wrongful claims e birth torts</i>	42
2. Manifestações do tema em direito comparado	46
2.1. Estados Unidos da América	47
2.2. Reino Unido	52
2.3. França	54
2.4. Alemanha	57
2.5. Holanda	59
2.6. Espanha	61
V - AS AÇÕES POR NASCIMENTO <i>INDEVIDO</i> E POR VIDA <i>INDEVIDA</i> EM PORTUGAL	63
1. O panorama jurisprudencial	63
2. As <i>wrongful actions</i> e a responsabilidade civil	66
2.1. Natureza da responsabilidade nas <i>wrongful actions</i>	67
2.2. Requisitos gerais da responsabilidade civil	72
2.2.1. Ilicitude e culpa	72
2.2.2. O dano	73
2.2.3. Nexo de causalidade	74
3. Ilicitude e culpa nas <i>wrongful claims</i>	76
3.1. O caso específico das <i>wrongful life actions</i>	79
3.1.1. A via da responsabilidade extracontratual	80
3.1.1.1. Colisão de direitos	85
3.1.1.2. A ilicitude como violação dos deveres específicos de proteção e cuidado	89
3.1.2.1. Contrato com eficácia de proteção para terceiros e <i>wrongful life actions</i>	90
3.1.3. Personalidade jurídica e indemnização por <i>wrongful life</i>	94
4. O dano nas <i>wrongful claims</i>	95
4.1. O dano nas ações de <i>wrongful birth</i>	95
4.2. O dano nas ações de <i>wrongful life</i>	99
4.2.1. A vida como benefício	100

4.2.2. A <i>contradição performativa</i>	103
4.2.3. O argumento da dignidade da pessoa humana.....	105
4.2.4. Teoria da diferença	107
5. O nexo de causalidade	110
5.1. Nas ações de <i>wrongful birth</i>	110
5.2. Nas ações de <i>wrongful life</i>	113
VI- CONCLUSÃO	117
Bibliografia.....	120

Principais siglas e abreviaturas

Ac.- Acórdão

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CJ – Coletânea de Jurisprudência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

DL – Decreto-lei

DPC – Diagnóstico Pré-Concepcional

DPI – Diagnóstico Pré-Implantatório

DPN – Diagnóstico Pré-Natal

DR – Diário da República

IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez

RP – Tribunal da Relação do Porto

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

«Mais, aussitôt après, je pris garde que, pendant que je voulais ainsi penser que tout était faux, il fallait nécessairement que moi, qui le pensais, fusse quelque chose. Et remarquant que cette vérité: je pense, donc je suis, était si ferme et si assurée, que toutes les plus extravagantes suppositions des sceptiques n'étaient pas capables de l'ébranler, je jugeai que je pouvais la recevoir, sans scrupule, pour le premier principe de la philosophie que je cherchais.»

DESCARTES, *Discours de la Méthode*, IV.

I – INTRODUÇÃO

A nenhum filósofo anterior a Descartes ocorreu duvidar da sua própria existência, posto que até então o objetivo principal do conhecimento era o de alcançar a verdade. Porém, o que é a verdade, se não se acha a certeza?

Sabemos que a certeza supera a verdade, sendo uma verdade que ultrapassou a dúvida. Mas vencer toda a dúvida plausível é uma empresa gigantesca.

A dúvida cartesiana, centrada na existência, pressupõe esta última. Mas não é legítimo questionar se a vida – a existência - não é mais do que um direito disponível? E se cada um, após o facto do seu nascimento e atormentado por este, pudesse interpelar outrem acerca da sua responsabilidade pelo despertar ôntico da própria existência sem que isso fosse considerado uma “contradição pragmática” ou “performativa”?

Perante estas interrogações, surgirá como extravagante ou simplesmente lúdico duvidar da própria existência e, mais do que isso, erigi-la em fundamento da responsabilidade de terceiro?

O desenvolvimento dos testes genéticos e da medicina reprodutiva oferece cada vez maiores possibilidades de conhecer antecipadamente se uma criança nascerá com determinadas malformações ou com doenças congénitas. Há muito se sabe, por exemplo, caso a mãe contraia rubéola durante a gravidez, que será provável a criança nascer com severas deficiências. O uso de métodos como a amniocentese, os ultrassons e outros meios de diagnóstico pré-natal permite a deteção de numerosas doenças e malformações. Os futuros pais podem mesmo submeter-se a testes genéticos antes da concepção, a fim de avaliarem se existem condições genéticas desfavoráveis ao desenvolvimento do projeto concetivo.

Estas técnicas, contudo, não estão isentas de aplicações erróneas ou incompetentes, resultando assim falsos negativos, pelos quais são responsáveis médicos e outros profissionais de saúde, que impedem os potenciais progenitores de receber o aconselhamento necessário e, por via disso, de decidir de forma esclarecida quanto à concepção ou à continuação da gravidez.

Como se vê, não estão em causa lesões provocadas diretamente pelos médicos, de forma negligente ou mesmo dolosa, nem, por outra parte, doenças ou malformações que, detetadas, pudessem ainda ser corrigidas e apenas o não foram por não terem sido detetadas ou ter havido omissão do tratamento.

O que está em questão são condutas negligentes, em regra cometidas pelos médicos, mas igualmente originadas por laboratórios e outro tipo de pessoal auxiliar, que assentam, basicamente, na omissão ou desacerto da informação pré-natal e que, por isso, são tema de ações judiciais de natureza civil tendo em vista a obtenção de indemnizações fundadas no nascimento de uma criança afetada por malformações congénitas não provocadas pelo profissional de saúde, não se colocando, assim, em equação neste trabalho qualquer tipo de responsabilidade criminal.

Se tivéssemos dúvidas acerca da atualidade deste tema, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.1.2013 - decisão que mereceu um voto de vencido e uma declaração de voto - despertou de novo o interesse em sistematizar os quadros do direito civil e em avaliar a sua pertinência no que tange à indemnização a conceder aos pais e, sobretudo, à criança que nasceu com deficiências ou malformações congénitas quando se verifique que o médico ou outro tipo de serviços que acompanharam a progenitora durante a gravidez, ou mesmo antes desta, falharam ao não detetarem malformações no embrião ou eventuais incompatibilidades entre os futuros pais ou disso os não informaram devidamente.

O assunto em apreço partilha atenções em áreas distintas, recolhendo inegáveis prestações argumentativas não só do direito como também da ética e da moral, já que se discutem temas sensíveis como o da interrupção voluntária da gravidez e o do direito a não nascer. É, igualmente, um tema a defrontar no terreno político. Porém, os juristas encontram-se em boa posição para se ocupar de tais questões, uma vez que a solução destes problemas, mormente o da admissibilidade das *wrongful actions* - designação que recebem nos sistemas anglo-saxónicos - passa pela compreensão de certas categorias centrais do direito, como sejam as de “pessoa”, de “causalidade”, de “representação” de “autodeterminação” e de “liberdade procriativa”, positiva e negativa.

O objeto de estudo centra-se, aqui, por isso, nos casos de *wrongful claim* ou *wrongful actions*, abrangendo as ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* ou, se se preferir, ações por nascimento e/ou por vida *indevidos*.

As primeiras – *wrongful birth actions* - são as propostas pelos progenitores contra os profissionais de saúde, quando ocorre o nascimento de um filho portador de malformações ou doenças congénitas, não tendo estas sido detetadas no diagnóstico pré-concetivo, pré-implantatório ou pré-natal ou, tendo-o sido, tal informação não foi devidamente fornecida aos progenitores. Desse modo, os pais viram-se impedidos de optar por não conceber ou por interromper uma gravidez em curso. Alegam, por isso, ter tido prejuízos, quer estes tenham

natureza patrimonial (mormente despesas acrescidas com o sustento da criança incapacitada) ou não patrimonial (desgosto ou ansiedade perante o evento *surpresa*).

As segundas – *wrongful life actions* - são propostas pela própria criança contra o médico e/ou contra os pais pelo facto de, quanto ao primeiro, ter realizado um diagnóstico errado ou ter omitido a informação necessária para que os pais pudessem optar pelo aborto, e, quanto aos segundos, terem decidido conceber ou não interromper a gravidez em curso, uma vez informados sobre a possibilidade forte de vir a nascer uma criança seriamente incapacitada. O demandante alega que o facto de viver ou de viver nas condições de deficiência congénita constitui para si uma fonte de dano.

Enquanto as primeiras ações não colocam dificuldades conceptuais de maior, já as últimas - ações por *vida indevida* - encerram uma avalanche de questões e dificuldades existenciais e lógicas. Entre estas, as de saber: Existe um direito a não nascer? A não existência é preferível à existência com deficiências com graves? É possível calcular a indemnização de um dano que consista em não nascer?

Estas questões fazem das ações em presença, mormente as de *wrongful life*, demandas extremamente interessantes, quer do ponto de vista filosófico, quer do ponto de vista jurídico-legal, desde logo porque aludir-se a um *direito a não nascer* pode à partida considerar-se uma contradição lógica (*paradox*): sendo a ação proposta por quem *preferia não ter nascido*, que direitos reconhecer a um tal ser quase *translúcido*?

O presente trabalho tem, por isso, em vista traçar um périplo em redor destes problemas, visando uma argumentação prática que parta do *paradoxo da não existência* que parece estar subjacente a estas ações e verifique se o falso negativo decorrente do aconselhamento genético errado é apto a suscitar responsabilidade civil e conseqüente obrigação de indemnizar. Será dado especial relevo às ações de *wrongful life* pelos particulares problemas que suscita, procurando-se um enfoque prático que considere a situação real de incapacidade em que se acha o demandante mercê da eventual negligência de terceiros, ao invés de enfatizar um qualquer estado imaginário em que poderia encontrar-se, caso tal negligência não tivesse ocorrido.

Visamos distinguir os contornos do ato do nascimento ou da vida enquanto dano; analisar alguns dos dilemas ético-jurídicos inerentes aos problemas das ações em apreço; determinar os sujeitos com legitimidade ativa na demanda dos responsáveis de saúde em caso de diagnóstico errado ou de deficiência de comunicação com os progenitores, identificar os danos indemnizáveis e verificar a capacidade do instituto da responsabilidade civil para responder aos novos termos em equação.

Propomo-nos alcançar tal desiderato, revendo as soluções de casos jurisprudenciais ocorridos noutros pontos geográficos mas também em Portugal, não deixando de analisar o aresto acima referido e outros, uma vez que o terreno judiciário é o primeiro a sentir a pulsão social e a projeção que no mesmo têm, quer os avanços científicos, quer as diferentes perspectivas do que sejam os direitos e as liberdades individuais, sendo chamado a dar solução normativa a modernas pretensões antes mesmo de serem postas em marcha novas respostas legislativas.

Serão, ainda, apreciados os argumentos recenseados pela doutrina que deponham contra ou a favor deste tipo de ações, mormente as de *wrongful life*, com destaque para a produzida entre nós, sem deixar de referir igualmente algumas das posições expendidas a este respeito por juristas estrangeiros. O objetivo final será o de concluir pela legitimidade deste tipo de ações e pela reunião de condições de procedência das *wrongful claims* no quadro da responsabilidade civil do direito nacional em toda a extensão de prejuízos, ou pelo menos na sua maior parte.

Para tanto, o primeiro passo é delimitar as posições jurídicas em causa, quer do ponto de vista do direito civil, quer refletindo sobre as implicações constitucionais das nossas ações (II).

Depois, vem a definição dos termos da responsabilidade civil médica, relacionando-a com os meios e técnicas ao dispor dos progenitores no campo do aconselhamento genético, enquanto pressuposto do direito de informação sobre a condição de saúde dos descendentes e, bem assim, sobre a possibilidade de recorrer ao aborto (III).

De seguida, explicita-se a origem das ações de *wrongful*, os seus âmbitos e finalidades, analisando o contributo do direito comparado neste domínio (IV).

Apresentam-se os casos surgidos nos tribunais portugueses, examinando os fundamentos e o sentido das decisões. Do conjunto das questões possíveis eleger-se-ão os pressupostos da responsabilidade civil mais polémicos, procurando soluções que o ordenamento consente (V).

Finalmente, extraem-se as conclusões que o estudo permitiu reunir (VI).

II – RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Evolução

Constitui um dos mais elementares princípios de justiça, já em Ulpianus, o que impõe a quem causa um dano a outrem a obrigação de repor o *statu quo ante*, isto é, o dever de reconduzir o lesado à situação em que se encontrava antes da lesão infligida a qualquer um dos seus direitos¹.

Não se duvida de que cada um deve assumir as consequências das suas omissões e dos seus atos e a medida de tal assunção, tradicionalmente, faz-se assentar na culpa, pois um marco importante da evolução da responsabilidade foi constituído pela introdução de uma cláusula geral de responsabilidade por culpa. Como refere R. ALARCÃO, “foi uma das grandes novidades do Código Civil francês de 1804 e do seu célebre art. 1382.º, retomada de uma maneira geral nas grandes codificações modernas. O princípio da culpa valia então como exclusivo, isto é, como fundamento exclusivo da imputação de um dano (...)”².

Só com o capitalismo tardio deixou de imperar o dogma da culpa, quer pelas dificuldades de prova que a mesma coloca, quer mercê da evolução tecnológica e dos acidentes causados por máquinas, que suscitam especiais dúvidas de imputação. Passou a prevalecer o princípio *ubi commoda ibi incommoda*, segundo o qual se alguém tira proveito de determinada atividade é justo que suporte os riscos inerentes à mesma.

Ademais, no séc. XX assistiu-se a uma mudança de perspetiva em direção à proteção da dignidade humana, colocando-se a pessoa humana e a dignidade que lhe é inerente à frente da vontade individual, passando a ter prevalência as questões da pessoa quando confrontadas com as relativas ao património.

É neste contexto que ganha força o princípio da solidariedade social num entendimento alargado do direito como desempenhando uma função de promoção do bem-estar ou da felicidade³.

¹ Sobre os fundamentos e requisitos do instituto da responsabilidade civil, podem ver-se, entre outros: ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, 1983, p. 205 e ss.; TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 1989, p. 194 e ss.; VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 1989, p. 489 e ss.; COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direitos das obrigações*, 1994, p. 433 e ss.

² ALARCÃO, R., *Direito das obrigações*, p. 201.

³ Veja-se a este respeito COSTA, José de Faria, *Em redor da noção de acto médico*, na RLJ, 138, p. 127, nota 3:

“O direito desempenha uma função conservadora. Acontece que esta ‘conservação’ não tem o sentido ideológico de manutenção ou preservação do mau (do que é mau) mas antes e definitivamente de tutela e de manutenção do bom (do que é bom, do que pode

2. Responsabilidade civil e Constituição

De tal forma assim é que no campo da responsabilidade civil não podia deixar de se refletir a tendência atual de *constitucionalização* do direito civil⁴ na medida em que os parâmetros do texto fundamental passam a surgir, não apenas como princípios de teor mais ou menos transcendente, mas como orientadores hermenêuticos que são convocados na tarefa de conformação normativo-judicativa de problemas concretos.

^ A densidade democrática alargada das constituições convida o texto do Direito Fundamental, mormente o seu catálogo garantístico, a solucionar importantes temas jurídico-sociais, desde logo no âmbito do direito público (vejam-se as recentes decisões do Tribunal Constitucional sobre relevantes opções políticas de natureza económico-financeira), não lhe sendo indiferente – muito pelo contrário – o espaço do direito civil.

Na verdade, a perceção permanente da sociedade de risco e de insegurança em que vivemos cria angústia perante o desafio de lhe dar resposta e essa angústia acentua-se quando se verifica existir um fosso entre o progresso vertiginoso da ciência e da técnica e as respostas jurídico-sociais aos problemas que aquelas colocam, respostas estas moldadas em bases estruturais cujos fundamentos se mantiveram imutáveis durante décadas.

De modo que, conceitos adquiridos como o de liberdade, autodeterminação, personalidade e mesmo contrato, entre outros, movem-se atualmente em espaços que refletem interesses que se afastaram do individualismo puro sobre o qual haviam sido gizados inúmeros institutos jurídicos. A tendência é, pois, a de procurar cadenciar o passo do intérprete-julgador de acordo com princípios mais gerais (cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados), dotados de plasticidade suficiente para constituírem resposta adequada aos novos desafios. É, assim, que a Constituição, mais do que nunca, numa sociedade de risco e de insegurança, confrontada com problemas que desafiam os esquemas típicos (até económicos) sobre os quais *adormeceu* durante largo tempo, passou a oferecer-se como um instrumento inultrapassável ao intérprete-aplicador do direito civil que não pode deixar de o ter em conta na conformação e aplicação dos institutos e normas deste ramo do direito⁵.

acrescentar bem-estar ou felicidade). (...) Que papel mais progressivo poderia ter? No fundo das coisas o direito, porque conserva, mantém, estrutura e dá sentido às comunidades de homens e mulheres, é tutelador de futuro. Olha e assume o futuro como uma parcela da sua própria identidade, Como um traço do seu património genético.”

⁴ Sobre o fenómeno mencionado, MORAES, Maria Celina Bodin, *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*, Direito, Estado e Sociedade. Vol.9, n.29. jul/dez 2006 - p 233 a 258. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf. ISSN 1516-6104.

⁵ FRADA, Manuel A. Carneiro, *A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2008, 68, Vol. I, p. 217 e ss.: “Os dados jurídico-constitucionais têm relevância

O paradigma do homem do direito civil não pode ser hoje o do estado liberal, o homem liberto de peias que estorvassem a sua liberdade total. À Constituição, por sua vez, não se pede apenas que assegure uma ideia social traduzida nos valores da justiça distributiva de cariz económico. A uma e outro solicita-se que se redirecionem para o Homem enquanto ser no mundo⁶, acentuando a raiz antropocêntrica do direito (no sentido de que o bem da humanidade é a causa final do resto das coisas) e a missão que se lhe assinalou de “conservação”.

Os valores que decorrem das alterações sociais não deixam de se refletir nos princípios e regras constitucionais, sendo estas e aqueles instrumentalizados na realização do direito civil.

E se assim é em geral, é-o ainda mais nas relações entre o direito e a medicina, desde logo pelo facto de esta última ter como domínios de atuação os que se ligam ao que de mais humano e íntimo se surpreende nas experiências quotidianas. A dimensão antropocêntrica do direito e a personalização a que aludimos, colocando a pessoa no centro de interesses que o direito “conserva”, alcança uma dimensão significativa na área do direito médico e, por isso, também quando se convoca a responsabilidade civil como instrumento de tal finalidade de “conservação” se tem em conta que esta é:

“um dos instrumentos aptos a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo a sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário”⁷.

O âmbito das *wrong actions* – área particular do campo da responsabilidade civil médica - não obstante o seu cariz eminentemente jurídico-privado, não pode, pois, dissociar-se das disposições constitucionais pertinentes, o que fica a dever-se ao facto de se perfilarem nesta área bens jurídicos de expressiva coloração ética que os transporta do campo ordinário para o campo constitucional⁸.

normativa na avaliação e decisão de litígios jurídico-privados. Eles determinam igualmente a interpretação e a aplicação, pelos tribunais, de conceitos e normas jurídico-privados. O reconhecimento de margens de ponderação aquando da concretização da eficácia jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no plano do direito privado não se lhe opõe”.

⁶ O homem entendido aqui como pessoa. Sobre o conceito de Pessoa na Civilização Ocidental e sobre a aplicação desse conceito ao embrião, pode ver-se MELO, Helena Pereira, *O embrião e o direito*, in *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Colectânea Bioética Hoje, III, p. 157 e ss.

⁷ MORAES, Maria Celina, *ob. cit.*, p. 238.

⁸ Neste sentido SIMÕES, Fernando Dias, *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade humana*, in *Revista*

3. As *wrongful actions* e a Constituição

Como acabámos de ver, esta área da responsabilidade médica encontra-se particularmente ligada a dilemas éticos cuja solução não prescinde de instrumentos legais de maior densidade valorativa, desde logo os que resultam do catálogo de direitos e garantias cristalizados no direito supra-ordinário, mormente no constitucional.

Veremos, de seguida, os que maior relevo assumem na subsunção jurídico-legal das ações que têm por fundamento o nascimento de uma criança deficiente.

3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos argumentos ideológicos que – como teremos oportunidade de desenvolver – é comum ver aduzido contra as ações em apreço, *maxime*, visando a improcedência das demandas por *vida indevida*, leva em si explícita a ideia de que o reconhecimento da própria vida como um dano, o ser preferível não ter nascido, ou a ideia de que há vidas *indignas de ser vividas*, atentam contra a dignidade da pessoa nascida com graves deficiências.

Segundo o art. 1.º da CRP, a dignidade da pessoa humana é o princípio sobre o qual assenta a estrutura político-social do país. É o fundamento da república constitucional⁹.

A dignidade é intrínseca ao ser humano. Existe desde o nascimento e é direito garantido desde a concepção. Constitui o núcleo exegético – parâmetro orientador - de todo o cenário jurídico, reconduzindo-se à titularidade de um estatuto que confere ao Homem, em primeira análise, o direito de existir e – mais do que isso – de realizar todas as suas valências num contexto de liberdade e autonomia, perseguindo a sua realização enquanto pessoa¹⁰.

de Estudos Politécnicos, 2010, Vol. VIII, nº13, p.191:

http://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_accoes_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana: “O problema da *wrongful life* é, no seu cerne, de natureza jurídico-privada, mas não é imune à Constituição, uma vez que os dados jurídico-constitucionais têm relevância na avaliação e decisão de litígios jurídico-privados.”

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, considera que os princípios jurídicos constitucionais podem ser classificados em: a) *princípios jurídicos fundamentais*, assim entendidos os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma receção expressa ou implícita no texto constitucional; b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, entendidos como tais os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; c) *princípios constitucionais impositivos*, entendidos assim os princípios constitucionais nos quais se subsumem todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas; d) *princípios-garantia*, nos quais incluídos outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. Os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana são considerados normas jurídicas, sendo dotados de coercitividade e de imperatividade, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados no seu contexto (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 200).

¹⁰ Não se ignora que o conceito de dignidade humana não é uma *noção-espelho* já que constitui um valor que o estado de Direito deve procurar promover, como adverte, FRADA, Manuel Carneiro, *A própria vida como dano*, na ROA, Ano 68, p. 248.

O princípio da proteção da pessoa humana que resulta daquele comando constitucional tem como reflexo, no campo da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da vítima. Assim, a função reparadora deste instituto sobrepõe-se ao seu escopo punitivo tendo como consequência, desde logo, um alargamento da noção de dano.

Uma outra refração do princípio da dignidade da pessoa humana no campo da responsabilidade civil, que transporta inegáveis consequências para a solução jurídico-prudencial das ações que nos ocupam, é a convocação de um princípio geral de solidariedade que se encontra na base do aforismo *neminem laedere*, traduzindo-se este na obrigação universal – independentemente da relação ou vínculo com a vítima – de comportar-se de modo a não lesar os interesses daquela, conhecidos ou razoavelmente supostos.

Emergindo um dever de solidariedade como fundamento da responsabilidade civil, por via do princípio da dignidade da pessoa humana, surge já como justa a indemnização do dano quando este vai para além do simples prejuízo individual – patrimonialmente mensurado – para constituir um atentado à alteridade transcendente que habita no outro¹¹.

A noção de dano e a extensão do que é ressarcível, segundo uma aproximação em conformidade com a Constituição, sobretudo, com o contributo hermenêutico do valor particular que tem todo o homem como pessoa, ínsito no conceito constitucional de dignidade, desvincula-se, assim, cada vez mais da definição de antijuridicidade, fazendo-se ancorar na noção de interesse juridicamente protegido que obriga, quando lesado, à sua reparação.

É neste conceito alargado do dano ressarcível que se inscrevem as ações em que o ponto central tem a ver com o nascimento ou com a vida *indesejados*¹².

Como veremos, um dos obstáculos erigidos à procedência das ações de *wrongful life* reside na consideração da sua contrariedade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por se julgar resultar daí a assunção de uma obrigação positiva de suprimir os seres humanos que não se conformem com a norma do “bel enfant”¹³, assim se considerando estar-se desta forma a promover uma eugenia encoberta. Tratar-se a criança como sendo um “dano” foi já, neste contexto, considerado como sendo uma forma de desvalorizar a sua condição, diminuindo a sua dignidade.

Não obstante, em matéria de reprodução e projeto concetivo, dir-se-á que o contraponto da dignidade reside na perceção clara de que a natureza biológica, neste campo,

¹¹ Neste sentido, CAYLA, Olivier-THOMAS, Yan, *Du droit de ne pas naître. A propôs de l'affaire Perruche*, 2002, p. 55.

¹² Outras noções modernas de dano ressarcível, como seja o dano do projeto de vida, o dano hedonístico, o dano de *mobbing*, o dano de morte em agonia, o dano por abandono afetivo, etc., em MORAES, Maria Celina, *ob.cit.*, p. 241.

¹³ Cfr. CAYLA, Olivier-THOMAS, Yan, *Du droit de ne pas naître. A propôs de l'affaire Perruche*, p. 42.

não tem de se impor como um fardo inexorável e pode ser controlada por escolhas que relevem de uma parentalidade responsável.

A noção de dignidade não pode, assim, desligar-se da ideia de responsabilidade.

3.2. O direito à vida

Dispõe o art. 24.º, n.º 1, CRP que a vida humana é inviolável. Por sua vez, o art., 25.º, n.º 1, do mesmo texto preceitua a inviolabilidade da integridade física e moral das pessoas.

G. CANOTILHO considera que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da "não-agressão" ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade¹⁴.

Do direito à vida – e da integridade física e moral - conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana, decorre o princípio da irrenunciabilidade e indisponibilidade da vida humana, princípio este que é reconhecido entre os valores fundamentais das sociedades democráticas modernas, embora se não trate de uma posição subjetiva absoluta, porquanto as legislações não deixam de contemplar um certo número de hipóteses nas quais a morte pode ser infligida¹⁵.

Da irrenunciabilidade do direito à vida, isto é, da ausência de uma autonomia decisória absoluta do sujeito sobre a própria vida que impede o reconhecimento, por exemplo, de um direito ao suicídio ou à morte assistida¹⁶ resultaria, segundo alguns, uma assimilação das ações de *wrongful*, especialmente da proposta pelas crianças deficientes, a uma *eutanásia pré-natal* ou uma *Hiroshima ética*¹⁷ na medida em que a defesa da vida biológica que assiste

¹⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 526, 533 e 539.

¹⁵ Desde logo, o art. 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consagrando o direito à vida, considera não existir violação de tal direito quando a morte resulte do recurso à força, tornado absolutamente necessário a) para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida ilegalmente c) para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou insurreição.

¹⁶ Sobre a (in) existência de um direito a morrer pode ver-se BACHELET, Olivier, *Le droit de choisir sa mort: Les ambiguïtés de la Cour de Strasbourg*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Ano 82, Jan.-Abril 2011, p. 109 e ss. e CAPLAN, Arthur, MCCARTNEY James J. e SISTI, Dominic, *The Case of Terri Schiavo, Ethics at the End of Life*. Sobre a relação este caso norte-americano - de Terri Schiavo – e as ações de *wrongful life*, mais concretamente a decisão do caso Kelly Molenaar, pode ver-se HENDRIKS, Aart, *Wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar*, *European Journal of Health Law*, 12, 2005, p 97-102.

¹⁷ A primeira das expressões é empregue por LABBÉ Xavier, *Dalloz*, 1997, p. 543, *apud*, CAYLA, Olivier e THOMAS,

à pessoa após o seu nascimento se deveria estender à defesa da vida antes do nascimento. De modo que, defender a procedência da ação por vida indevida seria, no fundo, atentar contra o direito a viver, no que cairíamos num *slippery slope*¹⁸ (*ladeira escorregadia*).

A aceitação das ações em apreço equivaleria à admissão da eutanásia, equivalência que se justificaria nos termos seguintes:

“non-existence or non-life (*i*) and death (*ii*) have similar meaning. Therefore when the child claims that she would rather not have been born (*i*) and the terminally adult pleads that he would rather be dead (*ii*), they are both effectively questioning the worthiness of their lives and arguing that the absence of life would be preferable”¹⁹.

Resultaria, pois, que, estando o bem jurídico vida subtraído a decisões irreversíveis do seu titular, também em nome da dignidade da pessoa humana, estaria o mesmo impedido de a desvalorizar, afirmando que para si a vida não tem valor, pelo que a indemnização pelo dano da própria vida estaria vedada mesmo em face da Constituição. Nesta linha, também os pais estariam impedidos de, sob pena de violação da dignidade da vida do filho, alegar ser esta última (a vida) um prejuízo indemnizável.

Já se vê que na raiz dos problemas colocados pelas *wrong actions* estão refletidas questões políticas, éticas e religiosas profundas, que cristalizam críticas à interrupção voluntária da gravidez, encerrando concepções *Pro life* ou de *Vitalismo*²⁰, que acabam por colocar a questão de saber se o direito à vida contém em si a obrigação de viver, problema que se conexiona, mais uma vez, com o entendimento do que seja a dignidade humana e com uma visão da vida como algo santificado²¹.

Nesta perspetiva, o inalienável direito à vida seria um direito obrigatório que imporia ao seu titular a obrigação de permanecer vivo, obrigação que seria contrária a um suposto “direito a não nascer”, ao que pode objetar-se que a natureza inalienável do direito à vida

Yan, *ob. cit.*, p. 101, autores estes que igualmente referem a segunda.

¹⁸ Expressão de John KEOWN, *Euthanasia, Ethics and Public Policy – Na argument against Legalisation*, 2002, p. 72, *apud* VICENTE, Marta, *Wrongful life actions: the “Ethical Maze” between slippery slopes and the non-identity problem*, in *Lex Medicinæ*, ano 9, n° 17, p. 246.

¹⁹ VICENTE, Marta, *Wrongful life actions.*, p. 247.

²⁰ Sobre o conceito de J. KEOWN, no contexto da defesa intransigente da vida em fase terminal, pode, ainda, ver-se ARAÚJO, Fernando, *A Procriação assistida e o problema da santidade de vida*, 1999, p. 115 e ss.

²¹ “(...) one cannot avoid the uncomfortable feeling that this may be yet another example of how judicial morality has been allowed to cloud judicial principle across the whole field of the troubled pregnancy”, enfatiza MASON, J. K, quando avalia o argumento da santidade de vida que se opõe à procedência das ações de *dissatisfied life*, in *The Troubled Pregnancy*, p. 209.

referir-se-á à natureza não renunciável do direito; porém, uma forma de exercício desse direito inclui exatamente a renunciabilidade ao objeto do mesmo – a própria vida, pelo que um discricionário direito à vida seria compatível com o direito a não nascer²².

3.3. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Como consequência da objetivação do valor vida e da dignidade do indivíduo, que pode conformar-se a si próprio e orientar a sua vida de acordo com um projeto, surge o direito ao desenvolvimento da personalidade, direito este contido no catálogo dos direitos fundamentais (art. 26.º da CRP).

É recente a consagração constitucional deste direito, que é resultado da revisão de 1997. Apesar disso, a Constituição já anteriormente estabelecia, no artigo 1.º, que a República portuguesa se baseia na dignidade da pessoa humana.

Este direito tem uma dupla dimensão: a tutela da personalidade, enquanto substrato da individualidade, nos seus diversos aspetos, e a tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana.

O exercício livre da vontade está ligado à natureza racional do Homem, dando origem a uma noção que se perpetua na tradição ocidental como princípio fundamental da identidade pessoal – a autonomia.

O conceito de autonomia tem matriz kantiana²³ e quer significar autodeterminação ou o poder de estabelecer a sua própria “lei” em situação de liberdade. O desenvolvimento livre da personalidade pressupõe, assim, a autonomia ou o poder de decidir e de manifestar validamente a vontade de forma esclarecida, baseada na informação correta e suficiente e fora de erros ou outro tipo de condicionamentos heterónomos.

Juntamente com o direito à integridade pessoal, o direito à autodeterminação da pessoa é o corolário de um princípio mais vasto, que postula a inviolabilidade da pessoa humana na moderna noção de *noli me tangere*.

²² Distinção operada por LEWIS, Penney, *The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France*, in *European Journal of Health Law*, 12, 2005, p. 139, onde o A. conclui:

“In response to those who argue in favour of the *discretionary* inalienable right of life, mandatory right to life proponents often cite the special, primary character of the right to life, arguing that as a necessary precursor to the possession of all other rights, its special mandatory character of non-waivability is both explicable and warranted.”

²³ Kant defende, na “Metafísica dos Costumes”, que, na natureza, um ser está teleologicamente preparado para a vida, possui os instrumentos próprios e adequados para esse fim. Sendo a razão uma característica especificamente humana, a natureza teria errado ao elegê-la para levar a cabo a tarefa de concretização da vida e da felicidade humanas. A razão é, sim, uma faculdade a utilizar de acordo com a vontade. Já a dignidade, para Kant, corresponde ao valor que reúne a razão e a vontade – Cfr. RICOU, Miguel [et al.], *Álcool, gravidez e informação. Uma perspectiva ética*, in *A ética e o direito no início da vida humana*, Colectânea Bioética Hoje, III, p. 223.

A autodeterminação é também um direito de personalidade, cuja tutela é abrangida pelo direito geral de personalidade do art. 70.º do CC, consistindo na capacidade de a pessoa tomar decisões livres de imposições ou condicionamentos externos, quer estes resultem de uma atividade, quer resultem de uma omissão.

O respeito pelo livre desenvolvimento do sujeito e, por conseguinte, pela sua autonomia é uma questão fundamental em todas as relações interpessoais e tem particular incidência na relação médico-paciente, atingindo o seu ponto fulcral no consentimento informado pelo qual se expressa a última palavra deste último no que respeita aos tratamentos ou opções propostas pelo profissional.

Ora, no campo específico das ações aqui em causa, a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência europeias admite a procedência da demanda dos pais (ações por *nascimento indevido*), concedendo-lhes a pretendida indemnização, exatamente por considerarem que existe uma violação do seu direito à autodeterminação (mais especificamente, da mãe) no que toca ao planeamento familiar, direito esse coartado pelo facto de o médico não ter concedido a adequada informação acerca dos meios de diagnóstico ou do respetivo resultado.

É, pois, no campo do livre desenvolvimento da personalidade, refratário da ideia de autodeterminação, que se move a liberdade de procriar, em sentido positivo e negativo, facultando-se ao seu titular a opção entre procriar ou não procriar²⁴.

Assim, no âmbito da liberdade de procriação, assiste legitimidade aos progenitores para proporem este tipo de ações, uma vez que tal liberdade deriva da sua dignidade e do livre desenvolvimento da sua personalidade. Já a decisão de interromper a gravidez em curso pertence unicamente à gestante²⁵.

3.4. O direito a constituir família

Estritamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade, no que tange aos reflexos deste sobre a liberdade de procriar, encontramos o direito consagrado no art. 36.º, n.º 1, da CRP, segundo o qual “Todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

²⁴ Fala-se de liberdade de procriação e não de direito posto que se pretende negar um poder subjetivo do indivíduo para exigir determinada conduta a favor da ideia de liberdade de autodeterminação, livre de condicionamentos externos. Neste sentido TRÍAS, Roca, citada por MORILLO, Andrea Macía, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, 2005, p. 349, nota 58.

²⁵ Sobre a prevalência da mulher na decisão relativa ao aborto, veja-se RAPOSO, Vera Lúcia, *O dilema do Rei Salomão. Conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários*, in *Lex Medicinæ*, ano 5, nº 9, p. 55 e ss.

A constitucionalização de institutos do direito da família expressa o reconhecimento da importância da dinâmica das relações familiares no seio da sociedade, ao mesmo tempo que acentua a obrigação do Estado no desenvolvimento de programas de proteção da família.

Esta opção do legislador constituinte é o fruto da evolução da concepção da própria pessoa ou do indivíduo.

Com efeito, enquanto os textos fundamentais dos sécs. XVIII e XIX partiam de uma noção solipsista de indivíduo, enquanto pessoa alheada de um qualquer contexto sócio-concreto e à margem de uma qualquer inserção em contexto social ou mesmo familiar, nas Constituições do século passado, saídas de poderes constituintes reunidos após a primeira guerra mundial, o indivíduo continua a ser tomado no seu espaço único, naquilo que é a sua esfera de direitos individuais, mas a sua realização pessoal é feita repassar pelas diferentes esferas de realização do ser: económica, social, cultural, familiar.

Já a estrutura familiar, em si mesma considerada, passa a ter lugar de destaque nas Constituições, após a segunda Guerra Mundial.

É assim que no art. 36.º se encontram verdadeiros direitos, liberdades e garantias, assentes no direito de todos a casar e a constituir, em condições de plena igualdade, reconhecendo-se, entre o mais, que os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à manutenção e à educação dos filhos (n.º 3, 2ª parte, e n.º 5) e que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (n.º 6).

Por seu lado, o art. 26.º, n.º 2, prevê medidas de proteção do Estado posto que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e a utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias.

Os direitos sociais atinentes à família aparecem sob a forma de incumbências (art. 67.º, n.º 2), mormente quanto à cooperação com os pais na educação dos filhos [alínea c)] e quanto à informação e ao acesso aos métodos de planeamento familiar, no respeito da liberdade individual, e à organização das estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e uma paternidade conscientes [alínea d)]; – quanto à regulamentação da procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana [alínea e)]; – quanto a uma política familiar de carácter global e integrado [alínea g), 2ª parte].

Por sua vez, o art. 68.º confere aos pais e às mães um direito à proteção da sociedade e do Estado, no que toca ao seu papel de progenitores para que lhes sejam proporcionadas condições dentro das quais possam criar os seus filhos com dignidade.

Ora, se nas ações que nos ocupam o nascimento de uma criança aparece como pressuposto e sendo certo que isso não depende do casamento dos progenitores, a verdade é que já respeita a ambos os progenitores a decisão sobre a procriação, positiva ou negativa. De modo que a legitimidade ativa da demanda se prende, em princípio, com um núcleo familiar restrito, não estando, todavia, sequer afastada a possibilidade de uma demanda de responsabilidade por parte de outros sujeitos, que, sem serem os pais, integram o núcleo familiar²⁶.

Por outro lado, na medida em que o planeamento familiar é uma dimensão do direito a constituir família, as ações em apreço colocam em relevo tal posição subjetiva. É que o comportamento do médico que não aconselha o casal a submeter-se a diagnóstico pré-concetivo ou pré-natal (quando se verificarem razões objetivas que o aconselhem, mormente situações indicadoras de risco conhecidas do profissional, de acordo com o estado da ciência) ou que falha na interpretação do diagnóstico, ou na transmissão da informação, lesa o direito a constituir família, por via da privação do direito de procriar em total liberdade.

O direito a constituir família inclui, por isso, o direito à informação sobre a descendência futura, constituindo o falso negativo uma lesão daquele direito.

Do mesmo modo, neste ponto, é igualmente discutível se o direito de constituir família, associado à obrigação do Estado de assegurar o acesso aos meios de planeamento familiar, não inclui um contraponto centrado em obrigações reprodutivas dos pais, cuja violação fundamente pretensões indemnizatórias da criança nascida com deficiências exercitadas contra aqueles²⁷.

Neste contexto, o raciocínio que segue será, logicamente, o de questionar se o direito a constituir família, que inclui um segmento de planeamento familiar e integra, dentro de condicionamentos legais, a faculdade de interromper a gravidez, dá igualmente abrigo à concretização de um dever de abortar, quando os pais sabem antecipadamente que a concretização do seu projeto concetivo será o nascimento de uma criança seriamente deficiente ou gravemente afetada de malformações congénitas. Ou, antes disso, se a pretensão

²⁶ MORILLO, Andrea Macia, dá conta que “os irmãos ou outros parentes poderão pretender uma indemnização pelo dano que lhe causa o nascimento da criança enferma e, de facto, em alguns casos juntaram-se à ação dos progenitores. A responsabilidade nestes casos ficará condicionada à aplicação da teoria do dano indireto ou reflexo”, em “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)”, p. 82.

²⁷ “A pretensão contra os pais pode fundar-se em comportamentos de risco adotados antes ou após a gestação (abuso de certas substâncias); na recusa de tratamentos médicos indispensáveis; na desconsideração consciente de informações médicas acerca do estado da criança (...); ou ainda porque, dado o seu estado de saúde, os pais nem deveriam ter procriado (a questão é particularmente pertinente nos casos de portadores de HIV). Neste último caso o filho reclama pelo facto de os pais não terem absterido de procriar ou por não terem abortado”, 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, Dez. 2010, Ano XIX, nº21, p. 78-79.

de constituir família não inclui a obrigação de submissão a testes pré-natais, sempre que tal seja concretamente aconselhado, com a conseqüente opção pela interrupção de uma gravidez em curso quando se verifique que o desfecho será o acabado de descrever.

Questões estas que, inequivocamente, fazem refletir sobre o direito a constituir família sob enfoques distintos dos habituais e a que voltaremos oportunamente.

3.5. Proteção aos cidadãos portadores de deficiência

O art. 71.º, sob a epígrafe *Cidadãos portadores de deficiência*, impõe ao Estado a obrigação de desenvolver políticas que promovam a reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência.

Tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (art. 13.º CRP), impõe o texto fundamental que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente, e, neste caso como noutros, a concretização de tais princípios passa pelo sistema de segurança social, que a Constituição também prevê como um direito geral (art. 63.º CRP).

O sistema de segurança social é uma alternativa à responsabilidade civil, assumindo o Estado a obrigação de promover a subsistência dos cidadãos, em caso de riscos mais graves e elementares, como sucede com os cidadãos portadores de deficiências físicas, proporcionando-lhe a cobertura de despesas médicas ou outras derivadas da deficiência.

A segurança social oferece-se, assim, como um mecanismo de proteção independente do ato lesivo, tendo por fundamento uma ideia de repartição coletiva dos riscos, o que a diferencia da responsabilidade civil que emerge daquele ato e tem em vista constituir uma forma de equilíbrio entre a posição da vítima e os interesses do autor do facto danoso.

Uma das vias alternativas que tem sido apontada como forma de solução dos problemas económicos em que se encontram os progenitores e a criança deficiente em caso de falso negativo é exatamente o recurso a prestações públicas no quadro da segurança social.

Foi essa a solução legalmente encontrada no seio ordenamento jurídico francês (pela Lei 2020-303, de 4 de Março) quando aí os tribunais entenderam ser de deferir a pretensão de uma criança exercitada contra o médico e o laboratório que falharam em diagnosticar ao feto malformações decorrentes da rubéola que atingiu a mãe durante a gestação, tendo esta expressamente manifestado a sua intenção de abortar caso tais sequelas fossem detetadas (o famoso caso Perruche que teremos ensejo de abordar mais em pormenor), sendo igualmente o

desfecho por que pugna parte da doutrina²⁸, embora, claro está, não dê resposta legal ao problema, estando longe de constituir a melhor solução até do ponto de vista financeiro perante a reconhecida falência dos sistemas de segurança social²⁹.

²⁸ Cfr. MORILLO, Macía, *ob.cit.*, p. 93, nota 145.

²⁹ Entre nós, são vários os autores que defendem a solução do problema em presença sob mecanismo independente da ilicitude ou da culpa, no quadro de considerações de justiça coletiva. DIAS, João Álvaro, considera que “não raro, o problema é colocado apenas em termos de ser necessário encontrar uma solução assistencial-indemnizatória para pessoas com incapacidades físicas ou psíquicas congénitas, carecidas de cuidados médicos e assistenciais acrescidos” (*in Dano corporal, quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, 2001, p. 502). Por seu turno, MONTEIRO, António Pinto, considera que, pedindo-se demasiado à responsabilidade civil, “a necessidade premente de apoiar uma pessoa com tais deficiências deve é reclamar a intervenção dos mecanismos da segurança social. É por esta via, é através da *segurança social* que se deve intervir em apoio das pessoas deficientes” (*in Direito a não nascer?*, RLJ, 134, p. 384). Já FRADA, Manuel Carneiro, *in A Própria vida como dano*, p. 232, refere que “Nos casos prefigurados impõe-se distinguir muito bem entre dano e necessidade. E a necessidade é dada pela deficiência, não pela vida. A criança deficiente tem certamente necessidade de assistência, mas não experimentou propriamente um dano (...). (...) deve ser ajudada, não através do direito da responsabilidade civil, mas através dos meios assistenciais, de carácter solidário-distributivo, da segurança social estatal”.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. Geral

Até há poucas décadas, os temas médicos e em particular o da responsabilidade médica era questão pouco afluída, quer por médicos, quer por juristas. Talvez pelo peso de um paradigma ancestral, herdado da tradição hipocrática e centrado na sacralização do campo médico, bem como na assimilação da figura do facultativo à de sacerdote ou de mestre espiritual, cujo poder vem diretamente de um plano transcendente e insindicação, qual descendente de Asclépio (deus grego da medicina).

Hipócrates, recorde-se, afirmava: “As coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados, é proibido comunicá-las aos profanos, porque não foram iniciados nos mistérios da ciência”³⁰.

Assim, sucederam-se vários séculos durante os quais “o exercício da medicina era visto como uma espécie de sacerdócio e os médicos mantinham-se tão próximos do divino quanto a própria doença. Inevitavelmente, quando pouco se sabia acerca do mal que acometia as pessoas, a palavra de um sábio tinha o peso semelhante à vontade dos céus, situando-se, portanto, em plano superior ao da “humana prestação de contas”³¹.

Todavia, não se ignora que a medicina hodierna é exercida em moldes distintos - quer em meios e técnicas, quer em estruturas organizatórias - o que a torna substancialmente diferente do passado. Concomitantemente, alterou-se a superestrutura das mentalidades de tal forma que a postura tradicional de aceitação do infortúnio deu lugar a uma atitude de crítica e de sindicância de atuações, que se viram assim secularizadas.

Da figura quase mítica do modelo paternalista de *João Semana* evoluiu-se para um modelo de relação médico-paciente em que a este último se reconhece uma ampla autonomia e um estatuto ativo que não se compadecem com os muros sombrios da *muta ars*³², *maxime* quando estão em causa terapias e procedimentos que espelham avanços técnico-científicos, nem sempre aceites de forma pacífica no seio da própria comunidade médica, sendo disso exemplo os casos de recurso a técnicas de inseminação artificial, as cirurgias de redesignação sexual ou de mudança de sexo e mesmo os diagnósticos pré-concetivos, pré-implantatórios ou

³⁰ Citado por OLIVEIRA, Guilherme, *O fim da «arte silenciosa» (o dever de informação dos médicos)*, in RLJ, 128, p.70.

³¹ GONÇALVES, Carla, *A Responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, 2009, pág. 16.

³² Arte silenciosa era como Virgílio apelidava a Medicina, em OLIVEIRA, Guilherme, *ob. cit.*, pág. 100.

pré-natais, quando com estes pode desenhar-se a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez.

Aumentou-se, por isso, a probabilidade de erro médico, probabilidade essa que se concretizou de tal modo que, segundo um relatório publicado nos EUA pelo Institute of Medicine, no ano 2000, morreram mais pessoas em resultado de erro médico do que de acidente de viação, de cancro da mama ou de SIDA³³, sendo que aí um em cada cinco médicos é acusado todos os anos por práticas erróneas, cifrando-se em 25% a percentagem de condenação³⁴.

A falta médica, contudo, não abrange atualmente apenas as situações em que, de forma ativa ou passiva, o facultativo causa lesões físicas ao paciente ou omite o tratamento que era devido e isto, na perspetiva da responsabilidade civil, que é a que nos ocupa.

Com efeito, mercê da evolução da consciência social crítica e da própria noção da pessoa como centro autónomo, passou a constituir dano a omissão por parte do médico das informações relevantes das quais resulte uma violação da liberdade de decidir por parte do doente (lesão da autonomia individual)³⁵.

O erro médico é, assim, difuso, abrangendo situações distintas de violação das chamadas *leis da arte*, compreendendo-se aqui também a obrigação de informar, obrigação esta que nas ações por nascimento e vida *indevidos* tem a ver, diretamente ou indiretamente, com os meios de diagnóstico genético e com o que se entenda serem as regras de cuidado a adotar, tendo em vista evitar o nascimento com deficiências ou malformações.

Na verdade, como acentua N. PRIAULX, o risco de acidentes reprodutivos não tem atualmente de ser aceite como um fardo ou uma consequência inevitável, porque “the avoidance of conception or termination of pregnancy might actually benefit the prospective children under circumstances where it would otherwise live with intolerable pain and suffering as a result of severe disability”³⁶.

³³ Cfr. *To Err is Human: Building a Safer Health System*, Relatório apresentado pelo Committee on Quality Health Care in América, citado por RODRIGUES, Álvaro da Cunha, in *Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente*, exposição apresentada em ação de formação organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, Novembro de 2010, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/FC-responsab_civil_erro_medico.pdf.

³⁴ BURGOA, Elena, *A cabeça de Jano e a negligência médica. O caso português*, Sub Judice, 13, 1998, pág. 83.

³⁵ Isto porque “tratar bem não é apenas atuar segundo as regras técnicas da profissão mas também considerar o doente como um centro de decisão respeitável”, OLIVEIRA, Guilherme, *O fim da arte silenciosa*, p. 103.

³⁶ PRIAULX, *The harm paradox: Tort law and the unwanted child in an era of choice*, 2007, p. 54

2. *Leges artis*

Na definição do que seja a conduta médica juridicamente reprovável, causa de dano e base de uma pretensão indemnizatória, há que verificar qual a diligência devida pelo “bom profissional”, o que não dispensa o estabelecimento de parâmetros para determinar do comportamento diligente.

A lei portuguesa não regula diretamente a relação entre o médico e o paciente ou o conjunto de direitos e deveres que mutuamente daí emergem.

A disciplina geral há-de assim encontrar-se na conjugação de diplomas nacionais com normas de direito internacional, que por força do sistema monista consagrado no art. 8.º, n.º 2, da CRP, são recebidas com primazia sobre o direito interno.

Convocam-se, por isso, a Lei de Bases da Saúde (Base XIV da Lei n.º 48/90, de 21, 8), o Código Penal, outras leis de saúde³⁷, como ainda o catálogo de direitos fundamentais ínsito na Constituição, a Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina (Diário da República, I.ª Série A, de 31.1.01) e o Código Deontológico dos médicos (regulamento n.º 14/2009, de 13.1, DR, II.ª série).

Mas, genericamente, pode afirmar-se que o erro médico – a conduta negligente - consiste numa falha profissional. Erro é, segundo José FRAGATA, “uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de atividades físicas ou mentais, previamente planeadas e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso”³⁸.

Já para Germano de SOUSA, erro médico é “a conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorretas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente”³⁹.

A lei não enuncia o conteúdo do chamado *dever objetivo de cuidado*, mas, genericamente, este dever consiste na atitude necessária para impedir o resultado danoso, pressupondo que o médico é um profissional da saúde e é nessa medida que atua, i.e, por ter preparação técnica adequada para o efeito.

Quando assim não sucede, alude-se, desde logo, à *negligência na assunção* ou na *aceitação*, isto é, reportada, não ao momento prévio ou concomitante com a produção do

³⁷ V.g. O Estatuto do Médico (Decreto Lei n.º 373/79, de 8.9), o Estatuto Hospitalar (Decreto Lei n.º 48357, de 27.4.68). Sobre os demais diplomas, Cfr. PEREIRA, André Gonçalo, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, p. 11-22, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2007, p. 11-22, em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ADiasP2007.pdf.

³⁸ FRAGATA, José, *Erro em Medicina*, apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade civil por erro médico*.

³⁹ SOUSA, Germano, *Negligência e erro médico*, citado por RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *ob. cit.*

evento danoso, mas ao momento anterior em que o agente assumiu ou aceitou o desempenho, sabendo que lhe faltavam as condições necessárias para o efeito.

Para além deste momento inicial, que reside na preparação adequada ao desempenho cuidado de uma atividade consabidamente perigosa, existem, no domínio dos cuidados de saúde, particulares (ou específicos) elementos típicos do dever de cuidado – são as chamadas *normas corporativas e do tráfego* - também elas um referente ôntico do dever jurídico de cuidado, embora a sua violação não constitua mais do que um indício da infração desse dever.

As *leges artis* são um exemplo de *normas do tráfego*, ou regras pelas quais se afere a diligência devida num particular domínio de atividade, como sucede com as normas profissionais (códigos deontológicos) relativas à atividade dos médicos e dos enfermeiros.

Como adverte F. DIAS:

São “normas escritas de comportamento (não jurídicas), fixadas ou aceites por certos círculos profissionais e análogos e destinadas a conformar as atividades respetivas dentro de padrões de qualidade e, nomeadamente, a evitar a concretização de perigos para bens jurídicos de que tais atividades pode resultar [...], sendo certo que [...] «a estas normas “técnicas” não poderá atribuir-se o mesmo relevo indiciador que se conferiu às normas “jurídicas”, [...] porque aquelas podem ter na sua base interesses meramente “corporativos” [...], e porque o progresso técnico pode ter facilmente determinado a ultrapassagem destas regras por outras mais perfeitas e atuais; não estando assim o tribunal dispensado, em caso algum, de comprovar a sua adequação ao caso de espécie»⁴⁰.

Quanto ao que deva entender-se por erro médico e *leges artis* nas ações de *wrongful birth/wrongful life*, é importante, para aferir da ilicitude e culpa dos agentes, a existência de *guidelines*, designadamente no âmbito dos diagnósticos de preconceção e pré-natal.

Ao contrário de países como o Reino Unido⁴¹, Canadá e Estados Unidos⁴², a Ordem dos Médicos, em Portugal, não reconhece a existência de qualquer texto referente a boas práticas médicas na realização da ecografia pré-natal que possa considerar-se como *guideline* para aquele ato médico. Restam apenas as indicações do Programa Nacional de Diagnóstico

⁴⁰ DIAS, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2004, pág. 643.

⁴¹ Royal College of Obstetricians and Gynaecologists - Supplement to *Ultrasound Screening for Fetal Abnormalities*, in <http://www.rcog.org.uk/womens-health/clinical-guidance/ultrasound-screening>.

⁴² American College of Obstetricians and Gynecologists – *Ultrasonography in pregnancy*, in <http://www.guideline.gov/content.aspx?id=14180&search=ultrasonography+in+pregnancy>.

Pré-Natal, consubstanciadas nos Despachos Ministeriais n.º 5411/97 e n.º 10325/99, enquanto conjunto de procedimentos avaliativos de anomalias congénitas no feto. Tal não impede que as unidades hospitalares determinem as suas próprias *guidelines*, tal como sucedeu com o Centro de Diagnóstico Pré-natal do Hospital Garcia de Orta.

Na ausência de regras escritas, qualquer que seja a sua natureza, o dever de cuidado objetivo é aferível pelo chamado *modelo-padrão*, que consiste em verificar os *costumes profissionais*, não quaisquer costumes ou hábitos, mas os próprios de um profissional prudente ou, na sua falta, “a personificação da ordem jurídica na concreta situação”⁴³, isto é, ao cuidado objetivo que a comunidade vê como socialmente adequado.

Ora, os médicos têm o dever de competência profissional (art.36º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos - Regulamento n.º 14/2009, de 13.1), abrangendo a componente científica, prática e humana.

Aos médicos cabe, pois, atualizar-se em matéria de informação científica e técnica, por forma a melhor aconselhar o seu paciente. Assim, qualquer médico que, sabendo não ter competência para a prática, por exemplo, de uma ecografia pré-natal em paciente com gravidez de risco, ainda assim a leva a cabo, viola as *leges artis*, podendo ver intentada contra si uma ação de responsabilidade civil.

O médico deve ter consciência das suas limitações, aconselhando o recurso a outros colegas, caso não se sinta capaz de praticar determinado ato, por se tratar, por exemplo, de ato de especialidade que não domina. Será o caso do médico obstetra que deteta uma insuficiência cardíaca no feto; ou do médico de família a quem um casal informa que pretende engravidar, conhecendo aquele a relação de parentesco de 3º ou 4º grau que intercede entre os seus membros e não aconselhando a realização de testes pré-natais para afastar qualquer problema genético.

Acresce que, dadas as especificidades destas intervenções, sob pena de responsabilidade, não pode o médico delegar competências em pessoal não qualificado (art. 36.º, n.º 4, CDOM). Suponha-se, por exemplo, o caso do obstetra que delega num colega de pneumologia a prescrição à grávida de medicação que provoca malformações ao feto.

Todavia, esta competência tem limites extrínsecos que se prendem com a indeterminação e limites da própria ciência, começando desde logo pelo tipo de procedimentos disponíveis e com as próprias vicissitudes do paciente concreto⁴⁴.

⁴³ Expressão de Kaufmann, citado por DIAS, F., *ibidem*, pág. 644.

⁴⁴ Tendo em conta a situação casuística de cada pessoa que demanda assistência médica e a necessidade de adaptar o parâmetro de diligência de acordo com as características concretas daquele, das *leges artis* como parâmetro geral de conduta, passar-se-á para a sua adaptação em concreto (*leges artis ad hoc*), de modo que, em caso de aconselhamento

É, pois, relevante definir em traços largos quais são estes procedimentos e quais são os comportamentos medicamente exigíveis no contexto do diagnóstico pré-natal em sentido lato.

3. Os meios de diagnóstico pré-natal

O DNP refere-se, em termos genéricos, “ao conjunto de métodos de exame – amniocentese, cordocentese, citogenética molecular, exames de ADN - que permitem a deteção de defeitos congénitos ou de doenças genéticas durante a gravidez”.⁴⁵

O aumento de testes genéticos como o chamado diagnóstico pré-concepcional (que tem lugar antes mesmo da fecundação), pré-implantatório (que ocorre no âmbito da reprodução medicamente assistida com vista a avaliar a condição dos embriões a implantar no útero da mãe) e pré-natal (que é realizado no decurso da gestação), aliados ao avanço da tecnologia médica, alteraram a posição dos médicos e de todos quantos neste campo intervêm (v.g. laboratórios e pessoal auxiliar) em qualquer das fases do aconselhamento genético prestado aos futuros pais. Consequentemente, expandiram-se as hipóteses de negligência médica derivadas de qualquer falha na conclusão do diagnóstico (ou no aconselhamento), na avaliação do resultado ou na transmissão da informação aos progenitores.

Os meios de diagnóstico ao serviço da genética permitem despistar cerca de 80% das malformações que afetam as crianças ⁴⁶, como sejam a síndrome de Down⁴⁷, a doença falciforme, a deficiência do tubo neural, a fibrose cística, a doença de Tay-Sachs, etc...⁴⁸,

genético, o profissional de saúde deve avaliar todas as circunstâncias que, conhecidas, impliquem risco de anomalias genéticas, apenas não lhe sendo imputável atitude negligente quando eventual diagnóstico erróneo resulte de uma particularidade do doente que não foi possível evitar (ex.: contaminação da colheita de líquido amniótico em função do tipo de placenta apresentada), ou quando o médico se afaste das *leges artis* tendo em conta as especiais condições físicas ou psíquicas da paciente (ex.: não submissão da grávida a amniocentese por motivos de contra-indicação – Cfr. MORILLO, A. Macia, *ob. cit.*, ps. 274 e ss.

⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)*, Revista do Ministério Público, 132, p. 72. Por sua vez, o Despacho do Ministério da Saúde nº 5411/97, de 6.8 (DR, II.ª série), define o DPN como sendo “o conjunto de procedimentos com o objetivo de avaliar se um embrião ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita”. Mais informação sobre DPN em COSTA, Amélia, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, p. 151-152.

⁴⁶ Conforme informa SILVA, Marta Santos, *Sobre a inadmissibilidade das ações por “vida indevida” (wrongful life actions) na jurisprudência e na doutrina. O Arrêt Perruche e o caso André Martins*, in *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2013, p. 119 e ss.

⁴⁷ Sobre uma revisão sistemática da literatura publicada entre 1997 e 2012 relativa ao diagnóstico pré-natal não invasivo de trissomia 21 (NIPT – NonInvasive Prenatal Testing), pode ver-se MERSY et al., 2013, *Noninvasive detection of fetal trisomy 21: systematic review and report of quality and outcomes of diagnostic accuracy studies performed between 1997 and 2012*, disponível em <http://apdpn.pt/news/2013/10/detecao-invasiva-trissomia-21-fetal>. Os autores referem que o NIPT de trissomia 21 é muito promissor e que poderá substituir o rastreio bioquímico. Contudo, serão necessários mais estudos para a validação da segurança de diagnóstico no 1º trimestre de gravidez, bem como da relação custo-benefício e da possibilidade de disponibilização do teste a todas as grávidas que tenham indicação para estudo.

⁴⁸ Em *Before birth, prenatal testing for genetic disease*, 1990, Elena O. NIGHTINGALE, M.D. e Melissa GOODMAN descrevem em pormenor o tipo de doenças congénitas que são, em regra, objeto deste tipo de testes nos EUA:

“Each year over 100, 000 infants in the United States are born with a genetic disease. Down syndrome is one of the five most common, potentially affecting 1 in every 1,000 births. Other common genetic afflictions are

assim se permitindo aos casais em risco de conceber um filho com deficiências desta natureza a possibilidade de virem, ao invés e noutra ocasião, a conceber uma criança saudável⁴⁹.

Existem inúmeros métodos de avaliação da condição genética dos potenciais progenitores (testes de compatibilidade), do embrião e do feto, sendo alguns mais invasivos do que outros⁵⁰, mas tendo todos em vista o aconselhamento genético, especialmente nos casos em que existe história familiar de doenças transmissíveis de forma hereditária.

Contudo, a mulher não pode ser forçada a efetuar qualquer tipo de diagnóstico,⁵¹ e, em caso de recusa, não poderá o médico responder no contexto das ações em presença.

Entre nós, o diagnóstico pré-natal foi contemplado legislativamente pela primeira vez em 1984, quando, pela Lei n.º 3/84, de 24 de Março, relativa ao planeamento familiar, se postulavam ações de aconselhamento genético tendo em vista o acesso aos conhecimentos científicos necessários para uma decisão responsável no campo da saúde, da maternidade e da paternidade.

Posteriormente, o Despacho n.º 5411/97 do Ministério da Saúde (publicado no Diário da República, II.ª série, de 6.8), regulamentando a matéria e estabelecendo os objetivos, princípios e modelo de organização das atividades de diagnóstico pré-natal refere que as técnicas de DPN são importantes meios de aconselhamento genético.

Já a respetiva estrutura, os requisitos necessários e as orientações para a sua concretização no terreno foram estabelecidos em 1999, no Despacho 10 325/99, de 26.5 (Diário da República, II série), relativo aos procedimentos invasivos de DPN.

A prática médica parte de uma definição do universo das mulheres ou casais pertencentes às chamadas “classes de risco”, justificando o acesso preferencial aos serviços, “o que significa que os serviços não são obrigados a realizar técnicas invasivas de diagnóstico

sickle cell disease, which affects about 1 in 400 children born to African-Americans; neural tube defects, which affect 1 in 800 Caucasians; and Tay-Sachs disease, which potentially affects 1 in 3, 600 Americans of Eastern Jewish ancestry” (p. 3).

As autoras aludem, ainda, à atitude da população em geral perante a necessidade da sua realização, relatando (p. 59 e ss.) a reação massiva de desaprovação que manifestaram pais de crianças portadoras de malformações perante um artigo de opinião redigido por colunista, em 1988, no *NEW YORK TIMES*, expondo que, estando grávida e pertencendo a grupo de risco (mais de 36 anos), não se submeteria a DPN, considerando “The Child I Carry Is Wanted, Healthy or Not”.

⁴⁹ Segundo Usandizaga BEGUIRISTÁIN (*apud* MORILLO, Andrea Macia, *cit.*, p. 79, nota 114), atualmente o número de malformações fetais diagnosticadas durante a gravidez ascende a cerca de 400, em fase pré-natal. MORILLO A. , refere ainda que se estima que entre 2 a 6% dos nascidos seja afetado por uma enfermidade genética ou por uma malformação congénita (*cit.*, p. 79).

⁵⁰ DIAS, João Álvaro, menciona que “a fetoscopia (que permite a visualização direta do embrião através duma fibra ótica)” é “o método que comporta uma mais elevada taxa de complicações, que pode atingir os 10%, incluindo o aborto, amniotite, fissuras de membranas, iso-imunização, etc.”, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, 1996, p. 378, nota 293.

⁵¹ Embora se questione se, em determinados casos (mulher com idade superior a 38 anos e mulheres com uma alfa-fetoproteína materna superior à normal), a submissão a tais procedimentos poderá ser medicamente imposta, cfr. DIAS, J. Álvaro, *Procriação*, p. 379, nota 298.

pré-natal em relação às demais mulheres grávidas, ainda que estas se encontrem em situação de risco não tipificado no despacho”⁵², mesmo declarando a grávida que, em caso algum, optará por uma interrupção da gravidez⁵³.

Casais em risco e candidatos preferenciais à despistagem são, desde logo, aqueles em que a mulher tenha trinta e cinco anos ou mais ou em que haja história procriativa de componente genética negativa (por exemplo, pais de um filho portador de cromossomopatia), importando ainda ter em conta a saúde da mulher, a sua exposição a agentes teratógenos, como químicos ou doenças infecciosas.

Existe, igualmente, risco quando um dos progenitores é portador de cromossomopatia equilibrada; quando exista suspeita de anomalia congénita fetal decorrente da realização de uma ecografia: quando se verifique alteração dos valores dos marcadores serológicos maternos e quando haja risco elevado de recorrência de doença genética não cromossómica e risco elevado de efeito teratogénico (infeccioso, medicamentoso ou outro)⁵⁴.

Acresce, no caso da fertilização *in vitro*⁵⁵, uma especial exigência de realização de sofisticadas técnicas de diagnóstico, posto que na reprodução medicamente assistida há “uma taxa mais elevada de deficiências de ordem cromossómica”⁵⁶, avultando a realização de diagnóstico pré-implantatório⁵⁷. Ademais,

⁵² RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, 2001, p. 95.

⁵³ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme, *O direito do diagnóstico pré-natal*, RLJ, 132, p. 9:

“(…) se uma grávida rejeita liminarmente tirar consequências de um resultado infeliz, que poderia suscitar uma interrupção não punível, vai usar o serviço de forma inútil (...). Apesar da valia destes argumentos, creio que não se pode estabelecer a condição de IVG [interrupção voluntária da gravidez] para acesso das grávidas ao DPN. (...) no momento em que a grávida se presta a fazer um DPN, não sabe que o feto sofre de malformação ou doença genética (...). Só poderia prestar um consentimento antecipado, com base em probabilidades ainda não concretizadas. Um consentimento assim não parece ser verdadeiramente informado.”

⁵⁴ A gravidez múltipla é também situação de risco porque implica um aumento três a quatro vezes maior de complicações perinatais, quer devido a prematuridade, quer devido a aumento de anomalias cromossómicas e morfológicas. Estas últimas podem atingir um só feto. Foi realizado um estudo retrospectivo de análise de todos os casos que ocorreram entre 1998 e 2011 na Maternidade Bissaya Barreto em Coimbra. Avaliaram-se 742 gestações gemelares e foram obtidos 39 casos (5,25%) de anomalias diagnosticadas em um dos fetos, 10 dos quais correspondiam a gestações obtidas após técnicas de procriação medicamente assistida. A idade média das mulheres foi de 32 anos. Em 29 casos a malformação foi diagnosticada ao longo do segundo trimestre. Realizou-se feticídio selectivo em 9 gestações, registando-se complicações em 1 destes casos (11,1%): corioamnionite com aborto espontâneo 9 dias após o procedimento ter sido realizado na 21ª semana de gestação. CFR. EIRA-VELHA N [et alt.] - *Gravidez gemelar – e se um dos gémeos é malformado?*, in Livro de Resumos, X Jornadas Internacionais de Diagnóstico Pré-Natal, 2012, disponível em <http://apdpn.org.pt/blog/2012/09/jornadas-internacionais-diagnostico-pre-natal-viana-castelo>.

⁵⁵ No campo da medicina reprodutiva, procedimentos como a dação de ovócitos podem mesmo alargar o objeto das ações de *wrongful birth* e *wrongful life*. Veja-se o caso da falha de testes genéticos envolvendo doação de ovócitos e a possível responsabilização do dador, por exemplo, por ter omitido informações relevantes sobre a sua história genética. Sobre o tema pode ver-se CAREY, Kristen N., *Wrongful life and wrongful birth: legal aspects of failed genetic testing in oocyte donation*, 2005, em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/17294555>.

⁵⁶ Como dá conta DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, 1996, p. 379. Ainda sobre a inseminação artificial no direito português e brasileiro pode ver-se, VARELA, Antunes, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, RLJ 127, p. 162, 194, 266 e 325.

⁵⁷ Sobre os métodos, objetivos e consequências do DPI pode ver-se, NUNES, Rui, *O diagnóstico pré-implantatório, in*

“uma das indicações para o uso da reprodução medicamente assistida é o risco de transmissão de doenças genéticas. Assim, os casais nestas condições recorrem à fertilização *in vitro* e os embriões produzidos podem ser investigados no sentido de se implantarem só aqueles que não sejam portadores dos genes defeituosos que se recebiam”⁵⁸.

Segundo o n.º 3 do despacho acima referido, são oito as regras a observar em relação aos procedimentos de DPN:

- 1 - O DNP só é efetuado se existir *grande probabilidade* de anomalia congénita *grave* (al. a);
- 2 - O casal tem de ser previamente informado sobre os exames e riscos a eles inerentes, bem como sobre as limitações e implicações dos seus resultados (al. b);
- 3 - Técnicas invasivas só podem ser usadas com consentimento da mulher grávida, de preferência escrito (al. c);
- 4 - Cabe à mulher a decisão de optar, ou não, pela IVG (al. d);
- 5 - A atividade relativa às técnicas de DPN tem de processar-se sob responsabilidade de um médico (al. e);
- 6 - Acreditação dos serviços onde se processem as técnicas de DPN (al. f)⁵⁹;
- 7 - Todos os procedimentos – desde o aconselhamento genético à IVG - devem estar concentrados nos mesmos serviços (al. g);
- 8 - Deve garantir-se sigilo das informações fornecidas pelo casal, bem como dos resultados (al. h).

É, assim, visível que o dever de informação, como integrante das *leges artis*, é um parâmetro a cumprir pelo profissional de saúde diligente no âmbito do DPN.

Vejamos, mais detidamente.

Bioética, 1996, p. 183 e ss., observando o autor que DPI será uma “arma terapêutica” visando atuar sobre uma doença genética e não eliminar o embrião.

⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, 128, p. 361.

⁵⁹ O Despacho do Ministério da Saúde n.º 10325/99, de 26.5 (DR, II.ª série) estrutura os Centros de DPN. Sobre estes Centros pode ver-se RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, p. 100-101.

4. Dever de informação e aconselhamento genético

O dever primacial do médico é o tratamento, incluindo-se aqui atividades distintas, que vão da observação ao diagnóstico, da terapêutica à vigilância.⁶⁰

Ora, de acordo com a classificação de René DEMOGUE, a obrigação que recai sobre o devedor não é sempre da mesma natureza, pois umas vezes o devedor promete um resultado (obrigação de resultado), noutros casos promete apenas adotar medidas que são idóneas, abstratamente, a potenciar o resultado (obrigação de meios)⁶¹. Assim, se nas primeiras, o resultado não for atingido, o devedor presume-se culpado, devendo demonstrar, para se eximir à responsabilidade, o caso fortuito ou a força maior. Já nas segundas, compete ao credor demonstrar que o devedor não empregou a prudência e a perícia exigidas pela obrigação assumida⁶².

Considerando que o médico não se vincula à obrigação de curar o doente, não sendo a cura o objeto do contrato, porque depende de fatores aleatórios, endógenos e exógenos, tem-se concluído que a obrigação do facultativo é uma obrigação de meios⁶³. Existem, porém, argumentos válidos para aceitar que, ao invés da cura, o médico se vincula a uma prestação de tratamento. É da violação dessa prestação, dever principal emergente do contrato, que nasce a responsabilidade do prestador do serviço de saúde⁶⁴.

No âmbito das ações por nascimento e vida *indevidos*, está em causa um outro dever, por assim dizer instrumental⁶⁵, embora integrando de igual modo as *leges artis*. É o dever de

⁶⁰ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, Revista de Direito Da Saúde e Bioética, AAFDL, 1996, p. 107 e ss.

⁶¹ A terminologia de DEMOGUE é afastada por alguns autores franceses que entendem que a mesma deveria ser substituída pela distinção entre obrigações determinadas e obrigações gerais de prudência ou diligência - Cfr. DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, p. 224-225, nota 8.

⁶² Sobre a prova na responsabilidade civil médica em função da natureza da obrigação, cotejando a doutrina e jurisprudência alemãs com as soluções jurídicas do ordenamento nacional, pode ver-se FARIA, Jorge Ribeiro, *Da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I, 2004, p. 115 – 195.

⁶³ Cfr. DIAS, Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, p. 251 e 252, onde se lê:

”Se é certo que o diagnóstico é, em grande medida, um percurso lógico e cientificamente fundamentado não é menos verdade que tem uma parte de empirismo, construído à custa de tentativas e hesitações sucessivas que, no mínimo, podem conduzir a uma certa álea e, em casos limite, a situações de redutível impasse. A terapêutica, por seu turno, comporta sempre uma certa margem de desconhecido no que toca aos efeitos secundários de certos medicamentos ou técnicas, às complicações que daí podem advir e, não raro, à sua inexplicável inoperância”, assim, “caberá ao credor fazer a demonstração em juízo que a conduta do devedor não foi conforme com as regras de atuação suscetíveis de, em abstrato, virem a propiciar a produção do resultado almejado”.

⁶⁴ Neste sentido, ALMEIDA, Ferreira, *Os contratos civis de prestação de serviços médico*, 1996, p. 109.

⁶⁵ Sobre os deveres secundários ou instrumentais, cfr. OLIVEIRA, Guilherme, *O fim da arte silenciosa*, cit, p. 101 e ss.

informação, corolário do direito de autodeterminação da pessoa e do direito à integridade pessoal⁶⁶.

O dever de informação está consagrado na Lei de Bases da Saúde [Base XIX 1, al. e)], no art. 44.º e ss. do CDOM e ainda no art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Decreto do Presidente da República n.º 1 /2001, de 3.1, DR I.ª série-A), mas a norma fundamental do ordenamento jurídico português relativamente ao dever de esclarecimento é o art. 157.º do Código Penal que prevê que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, envergadura e possíveis consequências das intervenção ou tratamento...”.

Este dever impõe ao profissional de saúde a obrigação de comunicar ao paciente as hipotéticas ocorrências relacionadas com o ato que demanda a sua intervenção, mormente as características da enfermidade em questão, o diagnóstico e o prognóstico, os riscos e o tratamento.

O cumprimento do dever de informação por parte do profissional constitui pressuposto para o consentimento do paciente, legitimando uma intervenção médica, que, se assim não fosse, poderia consubstanciar uma intervenção ou tratamento arbitrário (art. 156.º Código Penal) e uma violação dos direitos de personalidade do paciente (art. 70.º CC).

O consentimento informado consubstancia o cumprimento das *leges artis*, manifestando o respeito pelo paciente e pelo seu direito moral à integridade. Constitui assim o reconhecimento do paciente como “centro de decisão respeitável”⁶⁷.

O dever de informação tem, todavia, uma outra incidência, dita “humanitária”⁶⁸, visando a informação não propriamente a recolha do consentimento do paciente, mas sim o respeito da dignidade pessoal e do direito à autodeterminação.

É este segundo aspeto do dever de informar, como refere A. M. MORILLO⁶⁹, que se destaca nas ações de que tratamos, isto porque, do que se trata, na maior parte das vezes, é da transmissão de suficiente informação aos progenitores quanto ao resultado de um diagnóstico efetuado, ou mesmo da informação acerca da necessidade daquele.

O objeto da informação no que tange ao diagnóstico pré-concetivo, pré-implantatório e pré-natal, concretizando a investigação genética acerca da presença de doenças ou de deficiências genéticas, constitui o aconselhamento genético, expressão que encerra em si o

⁶⁶ O dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação está consagrado no art. 485.º do Código Civil.

⁶⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da arte silenciosa*, cit. RLJ, 128, p. 103. Para sigilo médico, infeção por HIV e *wrongful birth*, cfr. MORILLO, Andrea Macía, La Responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales, p. 272.

⁶⁸ MORILLO, Andrea Macía, *ob. cit.* 253.

⁶⁹ MORILLO, *Ibidem*.

dever de informação aplicado a este campo, quando estão em causa suspeitas de anomalias genéticas⁷⁰.

Assim, cabe aos profissionais de saúde a operar nesta área a obrigação, desde logo e numa primeira fase, de prestar aos interessados a informação acerca da existência de exames médicos para averiguação de riscos decorrentes de doenças hereditárias ou genéticas, obrigação essa que ocorre, pelo menos, nos casos em que se verifica estar-se perante classe de risco. O diagnóstico pré-concetivo permite, pois, uma gravidez livre de risco ou a opção consciente pelo não início daquela.

Já em caso de recurso a técnicas de reprodução humana assistida, *maxime* de fertilização *in vitro*, o diagnóstico pré-implantatório permite detetar possíveis deficiências cromossômáticas ou alterações genéticas nos embriões antes de estes serem transferidos.

À mulher grávida - pelo menos àquela que se encontre numa das situações de risco já faladas - deve ser comunicada a possibilidade de realização de DPN, informando-a “das finalidades da intervenção, dos riscos que o exame implica para a mulher e para o feto, dos resultados típicos possíveis (ausência de anomalias, anomalia ou doença pequena ou grave, etc.) e das medidas subsequentes possíveis (terapêuticas ou interrupção da gravidez)”⁷¹.

Mais concretamente, no caso das ações por “nascimento indevido” ou por “vida indevida”, o que está em causa é saber se os progenitores foram colocados em situação de poder conhecer exatamente as implicações médicas dos diagnósticos propostos e os motivos que podem invocar como recusa dos mesmos, tudo isto pressupondo que lhes são transmitidos os benefícios e riscos que a evolução da ciência médica potencia⁷².

5. Dever de informação e obrigação de resultado

A obrigação do profissional de saúde, no que tange ao aconselhamento genético, vai referida não apenas à extensão e profundidade da informação, mas igualmente ao momento da mesma e isto mercê da necessidade de respeitar as normas que permitem o aborto dentro de certo prazo, no âmbito do qual a informação poderá ter ainda alguma eficácia.

Já se vê que, nestes casos, o cumprimento do dever de informação (cuja prova se impõe) se estende para além da prestação do ato médico. O dever de informação não encontra

⁷⁰ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme, *O Direito do diagnóstico*, p. 10.

⁷¹ OLIVEIRA, G., *Ibidem*.

⁷² Salienta ARAÚJO, Fernando, in *A procriação assistida e o problema da santidade de vida*, p. 104, “as perguntas a fazer são essencialmente duas: poderia o médico que aconselhou os progenitores ter previsto o tipo de despesas extraordinárias em que eles incorreriam levando a cabo a procriação? e, se pode prever, porque não desaconselhou a procriação ou porque é que colaborou nela?”

o seu fundamento na necessidade de obtenção de consentimento que legitime a intervenção, mas antes na dignidade da paciente. Assim, o objeto principal da prestação médica é precisamente a comunicação do próprio diagnóstico.

Por esta razão, “se o médico se abster de comunicar o resultado dos exames viola claramente as suas obrigações contratuais e deve ser responsabilizado por isso”⁷³; tratar-se-á, por isso, “de casos em que estamos paredes meias entre os problemas do consentimento informado e o *erro médico*”⁷⁴.

Com efeito, “este é precisamente um dos casos em que a atividade médica que, em regra, se resume a uma obrigação de meios, se transmuta numa obrigação de resultado, pois atendendo ao elevado grau de especialização alcançado pelos exames laboratoriais, em que a margem de incerteza é praticamente nula, sobre aquele que analisa os resultados destes exames recai também uma obrigação de resultado”⁷⁵.

Na realidade, é crescente o reconhecimento de que existem áreas em que a componente aleatória ou não dominável pelo médico é reduzida, como sucede quando a sua prestação implica o uso de aparelhos e utensílios mecânicos ou mesmo quando recorre à realização de exames biológicos ou equiparados (por ex. exames de sangue ou de ADN) no âmbito dos quais se verifique existir um grau elevado de certeza quanto aos resultados⁷⁶. Nessas situações, pode afirmar-se que o grau de fiabilidade dos meios co-envolvidos permite postergar a perspectiva tradicional da prestação médica como uma obrigação de meios, trocando-a por obrigação de resultado⁷⁷.

⁷³ PEREIRA, André G. Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, 2004, p. 374.

⁷⁴ PEREIRA, A., *Ibidem*.

⁷⁵ 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, Ano XIX, n.º 21, p. 85.

⁷⁶ A este respeito pode ler-se no sumário do Ac. STJ, de 4.3.08 (Proc. 08A183): “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 incerteza é praticamente nenhuma” (em www.dgsi.pt).

⁷⁷ Tipicamente, apresenta-se como obrigação *fragmentária de resultado* (terminologia de POMBO, Llamas, *apud* PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade civil do médico*, 2008, p. 99) o caso da cirurgia estética ou desprovida de finalidade terapêutica em que a prestação do médico reside em proporcionar a melhoria do aspecto físico ou estético, sendo a sua obrigação inequivocamente de resultado, de modo que, em caso de erro, caberá ao médico demonstrar que a desconformidade não lhe é imputável. Assimilam-se a estes os casos em que o médico se vincula especificamente a um resultado, como a vasectomia, laqueação de trompas, a remoção de quisto sebáceo, colocação de prótese dentária, análises sanguíneas para determinação do factor rhésus, de ureia, de colesterol, de glicemia; exames pelo médico-anátomo-patologista. Neste tipo de intervenção verifica-se uma inversão do ónus da prova, que fica a cargo do lesante, de modo que o médico tem de demonstrar não ter o resultado danoso ocorrido por mau desempenho. Pondera-se, todavia, nestes casos, um elemento suplementar, a prova do consentimento informado do paciente, cabendo ao médico demonstrar ter informado o paciente de todos os riscos associados. Assim, no Ac. STJ, de 17.12.09 (Proc. 544/09, em www.dgsi.pt) considerou-se que, em cirurgia estética, “se esta não pode ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se em absoluto com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos), é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é obrigação em que só resultado vale a pena. (...) Portanto, aqui, em intervenções médico-cirúrgicas deste tipo, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico”. O Tribunal explicitou a referência a *quase resultado*, ponderando as circunstâncias de álea inerentes à intervenção médica desde logo as associadas à imprevisibilidade das reacções do organismo humano (por exemplo a cicatrização cujo tempo varia de pessoa para pessoa). O paciente que se sujeita a intervenções desta natureza tem de ter consciência dos riscos envolvidos.

Nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* é a perícia médica e não a álea que surge em evidência, porquanto certas atuações, neste campo, se caracterizam por serem mecânicas, recorrendo-se a material instrumental de precisão que confere grande certeza e fiabilidade ao resultado final.

Todavia, como assinala A. M. MORILLO, neste campo não pode aceitar-se sem mais a qualificação da obrigação assumida pelo profissional como de resultado, tudo dependendo da prova que em concreto foi efetuada, tendo em conta o avanço da medicina⁷⁸.

A autora ressalta que:

“ (...) cuando se trata de las pruebas específicas de diagnóstico pré-concetivo o prenatal (amniocentesis, ecografía...), la doctrina muestra unas mayores resistencias a la calificación como obligación de resultado, resistencia que se muestra, incluso, respecto de las que resultan más certeras - como es el caso de la amniocentesis -, poniendo em duda la posibilidad de alcanzar un resultado correcto. Se niega, pues, la assunción de un resultado, con independencia de su grado de fiabilidad real o de la posibilidad de garantizar un resultado correcto, quizá por el miedo ya señalado a una «medicina defensiva» [...], tal resistencia no es adecuada [...], en tanto que sea previsible la garantía de un resultado fiable”⁷⁹.

O dever de informação não impõe o recurso exaustivo a todo o tipo de meios de diagnóstico, devendo chamar-se aqui à colação critérios de razoabilidade e de exigibilidade. Todavia, verificando o médico que existem aparelhos e métodos capazes de identificar certa malformação e que a probabilidade da mesma é elevada, ainda que tais meios apenas estejam disponíveis em centros muito avançados, deve disso informar os pais, sob pena de responsabilidade no âmbito de uma *wrong action*⁸⁰.

6. O aborto como pressuposto das *wrongful actions*

⁷⁸ Também para ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida*, cit., p. 105 e ss., a responsabilidade por informações não abarca os *conhecimentos incertos* que *abundam* no campo da genética; excluem-se da obrigação de informar, igualmente, os casos de *dever de compaixão*; há que contar com *assimetrias informativas* (deficiente perceção da informação pelos destinatários) e com os conflitos de deveres (v.g. quando o médico descobre determinado gene presente no feto cuja presença revele que o progenitor não é o marido ou o companheiro da mãe, caso em que se impõe a confidencialidade).

⁷⁹ MORILLO, A., *ob. cit.*, p. 180.

⁸⁰ Neste sentido, RAPOSO, Vera Lúcia, *in Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal*, cit., p. 87.

Os fundamentos das vertentes ações pressupõem duas realidades distintas: a médico-legal, baseada na existência de sofisticados meios técnicos de diagnóstico e na transmissão da pertinente informação, e a realidade legal, traduzida na possibilidade de cessação voluntária da vida intra-uterina, uma vez diagnosticadas - e transmitida aos progenitores a correspondente informação - as deficiências ou malformações detetadas no feto.

Com efeito, nos sistemas anglo-saxónicos, onde a questão se colocou pela primeira vez, a reação inicial foi de rejeição destas pretensões exatamente porque as mesmas se baseavam num suposto direito que os ordenamentos não acolhiam⁸¹.

Na verdade, o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* precludiria a pretensão do demandante de se prevalecer de um ato ilegal – o aborto – como base de pedido.

Mesmo que não punível em termos criminais, pode colocar-se a questão da licitude do aborto em termos civis⁸². Por outras palavras, o facto de o aborto não ser, em certas circunstâncias, objeto de censura penal não o torna, para alguns, lícito em termos civis⁸³.

É difícil, no entanto, concordar com esta perspetiva; sobre defender uma solução manifestamente incoerente, o que faz é imputar ao legislador essa mesma solução, o que os melhores critérios hermenêuticos proscvem, salvo melhor opinião (lembre-se o critério do legislador razoável do art. 9.º, n.º 3, do Código Civil).

Nos ordenamentos em que o aborto não é admissível, à partida não se colocam os problemas das *wrongful claims*, embora sempre reste um espaço para considerar – como já se considerou judicialmente⁸⁴ - que os pais podem pretender indemnização pelo facto de serem

⁸¹ Assim no caso *Gleitman v. Cosgrove*, julgado pelo *Supreme Court* de New Jersey em 1967, em que foi indeferida pretensão da criança e pais porque “the right to life is inalienable in our society. A court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate de existence of a defective child in embryo can support a cause of action”, tendo os juízes considerado, em *obiter dictum*, “only the endangerment of the mother’s health and life (the so called medical indication) would form reasonable grounds for an acceptable abortion” http://www.leagle.com/decision/19677149NJ22_160.

⁸² É o que refere FRADA, Manuel A. Carneiro, em *A proteção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 70.

Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751: “Os tribunais comuns podem, portanto, nas suas decisões concretas, decidir pela relevância civil do aborto como necessidade decorrente da imposição constitucional da proteção do direito à vida. Estando em causa a (mera) ilicitude civil, não se incorre na proibição do *nullum crimen sine lege*”.

⁸³ Na Alemanha e na Áustria, com efeito, parte da doutrina revela-se cética quanto à licitude da indicação eugénica. A este propósito escreve Anastasios Moraitis:

“In German and Áustria the lawfulness of abortion is regarded as one of the necessary prerequisites of the doctor’s liability (...). Jurisprudence and in part case law, however, also addressed the question, to which extent the impunity of abortion by law also precludes its unlawfulness as a tort (*Tötungsdelikt*). This means that a claim for compensation in tort could eventually not be asserted, when the damage could be averted only by means of an act, which is legal from a criminal law point of view, but still unlawful in terms of civil law;” (*in When childbirth becomes damage: a comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims*, Lex Medicinæ, ano 4, n.º 8, p. 43-44).

⁸⁴ Decisão do Tribunal de Perugia, de 7.9.98, referido por RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal*, RMP, 132, p. 101, nota 84.

surpreendidos pelo nascimento de uma criança não saudável, quando esperavam uma criança saudável, não tendo sido – e podendo/devendo sê-lo – alertados para tal situação.

O problema não se coloca no caso do DPC ou do DPI, uma vez que nessas fases iniciais, antes de concebido um feto, a não informação sobre a possibilidade de realização de exames médicos ou o falso negativo afetam apenas o direito de procriar em liberdade. Nessa situação, a detecção de problemas congênitos terá como consequência uma decisão de não conceber ou de não transferir os embriões, isto é, a não implantação dos embriões no útero da mulher, não se desencadeando, pois, uma gravidez (alude-se à seleção terapêutica de embriões ou à terapia génica).

No caso do DPN, o aconselhamento genético, havendo identificação de doenças ou anomalias genéticas no nascituro em gestação, determina, se tal for possível, a realização de uma terapia génica fetal (situação que não é a pré-figurada nas ações de responsabilidade civil aqui em causa), ou, caso o não seja, a faculdade de interrupção terapêutica da gravidez.

Neste último caso, alude-se a aborto eugénico, embriopático (ou fetopático) ou reprodutivo (ou por lesão do nascituro)⁸⁵.

Com efeito, a interrupção voluntária da gravidez, sendo em princípio passível de punição criminal, não é punível quando se verificarem determinadas circunstâncias que as diversas legislações penais⁸⁶ preveem e que se reconduzem basicamente aos dois seguintes modelos⁸⁷, que podem combinar-se entre si:

1. Modelo dos prazos (*Fristenmodell*), em que o aborto não é punido dentro de certos prazos (em geral, no primeiro trimestre da gravidez), sem dependência de fundamento ou argumentação.
2. Modelo das indicações (*Indikationsmodelle*), no âmbito do qual o aborto é sujeito a punição, com ressalva da existência das chamadas indicações. O aborto livre de indicação, ainda que dentro de um certo prazo, não é permitido. As indicações são, em regra, as seguintes:

⁸⁵ DIAS, Figueiredo, em anotação ao art. 142.º do Código Penal, considera *infundamentado* denominar a indicação em apreço de *eugénica* porque a indicação em causa “*nada tem a ver com preocupações eugénicas e tudo tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo*”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 1999, p. 186.

⁸⁶ Na Irlanda – único país da União Europeia que não previa situações de não descriminalização da IVG -, em Agosto do corrente ano (2013), introduziu-se a não punição criminal do aborto em caso de “risco real e substancial” para a vida da mulher, o qual tem de ser certificado por médicos. O *Protection of Life During Pregnancy Act* de 2013 (<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2013/a3513.pdf>) foi a resposta a uma política restritiva que vitimou, no ano de 2012, uma mulher de 31 anos que fora impedida de interromper uma gravidez que acabou por provocar-lhe a morte.

⁸⁷ Seguimos de perto a exposição de WIKUS, Priska, “*Just birth – wrongful decision*”, von *Gesetzen, Urteilen und deren Auswirkungen*, 2007, p. 4 e ss.

2.1 – Indicação eugénica: permitido o aborto, se há risco de o conceturo ou de o nascituro nascerem com deficiência física ou mental. Em alguns países é, igualmente, estabelecida uma fronteira temporal, que acresce à indicação.

2.2. – Indicação médico-terapêutica: condições rigorosas para excluir a punição, designadamente perigo grave para a vida ou saúde da grávida, não removível de outra forma.

2.3 – Indicação médico-social (ética, jurídica ou humanitária): considera, não o perigo para a saúde da gestante, mas antes a componente social da vida da grávida (ex. gravidez resultante de agressão sexual). É esta a solução do direito alemão (*Beratungsmodell*).

3. Modelo das combinações: modelo intermédio entre o modelo dos prazos e das indicações, no âmbito do qual o aborto não é punido dentro de um prazo determinado. Depois disso, a gravidez está sujeita a indicações para que o aborto não seja punido.

O sistema consagrado no art. 142.º do Código Penal é do modelo combinado. Tal preceito, na redação da Lei nº 16/2007, de 17.4, passou a prever o aborto a pedido da mãe até às 10 semanas (n.º 1, al. e), caso em que, se as malformações ou doenças congénitas forem detetadas dentro de tal período, não se colocam obstáculos de natureza criminal.

Contudo, como os problemas subjacentes aos chamados *birth torts* têm a ver com o DPN e o aconselhamento genético, e como estes geralmente só podem fazer-se para lá das 10 semanas de gestação, o que está em causa é o chamado aborto embriopático ou fetopático (art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal), admitido até às 24 semanas de gravidez, devendo verificar-se nestes casos se a doença ou a malformação congénita é grave e incurável⁸⁸.

Só o DPN efetuado dentro desse período e que deu origem a falso negativo pode ser fundamento de uma pretensão indemnizatória no quadro das ações em apreço.

Se o diagnóstico dito incorreto, ou omitido, apenas foi realizado – ou era realizável – após as 24 semanas, mesmo com observância das *leges artis*, já não se pode alegar violação da liberdade procriativa⁸⁹. Isto sem prejuízo de surgir aqui o direito a compensação por outro

⁸⁸ Sobre a necessidade de considerar que o adjetivo *grave* se refere não só á doença mas também à malformação congénita, veja-se RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico*, p. 104. A autora considera que, não existindo uma listagem de doenças ou malformações graves, deverá o juiz socorrer-se de pareceres de comissões de ética a fim de poder concluir se a doença de que padece o nascituro é suficientemente grave para fundamentar o aborto. Que a definição de gravidade depende de um critério médico e não judicativo é algo igualmente por MORILLO, Andrea Macia, *ob. cit.*, p. 356, e por OLIVEIRA, Guilherme, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, 128, p. 363.

⁸⁹ Sendo certo que na execução de exames para despiste de doenças genéticas se exige, por vezes, mais do que as dez semanas ou mesmo as vinte e quatro, o que pode criar sobre os médicos pressão para incumprir os comandos criminais, conforme alerta OLIVEIRA, Guilherme de, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, 128, p. 362.

dano não patrimonial, o da frustração da expectativa de ter uma criança saudável – como se esperou durante 9 meses – sem poderem os pais (como poderiam, caso o DPN fosse efetuado ou corretamente efetuado) preparar-se para tal evento, situação que, em todo o caso, não se enquadra nos parâmetros da *wrongful birth action*, a não ser que o atraso no DPN seja imputável ao médico, que deveria fazê-lo mais cedo, segundo as *leges artis*.

Caso os embriões ou fetos inviáveis nasçam mortos ou pereçam imediatamente após o nascimento, o art. 142.º, n.º 1, al. a), parte final, do Código Penal, não coloca exigências de prazo, admitindo o aborto a todo o tempo. Nessa situação, ainda que se entenda que se está no âmbito de uma *wrong action*, se se considerar que não é requisito desta estar em causa o exercício da liberdade de decidir continuar a gravidez ou não⁹⁰, o dano consiste apenas na privação da liberdade de abortar, sendo indemnizável a surpresa por ter sido prosseguida uma gestação, com a manutenção de expectativas, quando afinal o feto era inviável. Acrescem despesas materiais que possam ter sido feitas em função da gravidez (v.g. consultas médicas ou outras).

7. Destinatários do dever de informação

Quanto à obrigação de informar, importa saber quem deve ser informado, se a mãe ou também o futuro pai. Na verdade, como já vimos, as regras relativas ao aconselhamento genético referem um dever de informação e de esclarecimento do casal, mas as que respeitam ao consentimento restringem-no à mulher, o que parece revelar uma *aparente contradição*⁹¹.

Ora bem, estando em causa conceturos, a informação deve dirigir-se a ambos os progenitores porquanto o futuro da sua descendência é algo que depende das condições atuais de ambos e, por tal motivo, a informação sobre o projeto concetivo acaba por ser uma informação sobre o estado de saúde de ambos⁹².

Do mesmo modo, na fase de seleção pré-implantatória de embriões, num momento posterior à conceção e antes da implantação, considera G. OLIVEIRA que “parece difícil

⁹⁰ A identificação do dano nestas ações com a privação da liberdade de decisão sobre a procriação futura (no caso de falso negativo pré-concetivo ou pré-implantatório) ou com a privação à gestante da faculdade de decidir acerca da interrupção voluntária da gravidez (no caso de diagnóstico pré-natal erróneo), como consequência da negligência médica que impede a decisão, acaba por centrar o dano no nascimento e, como veremos, a identificação do dano com o nascimento não é aceite pacificamente, uma vez que “le plus élémentaire bon sens repugne à l’idée d’octroyer une réparation pour n’avoir pu commettre une injustice”, SÉRIAUX, *apud* MORILLO, Andrea Macia, *ob. cit.*, p. 347, nota 53. Por outra parte, partindo o ordenamento da ideia a indemnização surge quando se viola um direito, poderá mais facilmente aceitar-se a procedência destas ações à luz da noção de dano como violação da dignidade pessoal e do livre desenvolvimento da personalidade – assim, MORILLO, *ob. cit.*, p. 358-359.

⁹¹ Como é posto em evidência por RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, 2001, p. 96.

⁹² Cfr. MORILLO, *ob. cit.*, p. 372.

excluir o futuro pai do ato jurídico da prestação de consentimento”, posto que nesse caso os embriões ainda se encontram fora do corpo feminino⁹³.

Recorde-se ainda que, no âmbito de uma das técnicas de reprodução medicamente assistida (a fertilização *in vitro*), a seleção pré-implantatória visa exatamente a detecção de genes defeituosos, pelo que deve aceitar-se como indispensável o consentimento do homem⁹⁴.

Ora, no tocante à posição do pai no projeto concetivo, deve lembrar-se que o mesmo pode ter uma dupla qualidade, a de pai e a de marido da mãe.

Assim, enquanto progenitor, assiste-lhe o direito de participar nas decisões relativas ao nascituro, do qual é, com a mãe, representante legal, por força do disposto no art. 1878.º, n.º 1, do Código Civil. E, como marido, cabe-lhe o direito de decidir sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o bem da família (art. 1671.º, n.º 2, Código Civil).

Todavia, ainda assim, estando em causa a saúde e a integridade física da mulher grávida e posto que as intervenções clínicas – mormente em sede de DPN – hão-de atuar sobre o corpo da mesma, não parece restar alternativa senão dar prevalência à vontade da mulher, tanto mais que não se poderia – mesmo judicialmente, no âmbito de hipotético procedimento de decisão judicial de conflito (art. 1901.º, n.º 2, Código Civil) – executar decisão que passasse por intervenção sobre o corpo da mulher contra a sua vontade.

Também a decisão sobre o aborto cabe à mulher, uma vez que a sua vontade de não procriar preleva a vontade do homem em contrário⁹⁵, sendo expressa a lei em aludir apenas ao consentimento dela para o aborto (art. 142.º, n.º 4, Código Penal).

Daqui parece decorrer que a obrigação de informação tem por destinatário somente a mulher⁹⁶. Pensamos, todavia, poder concluir outra coisa, de que a informação deve ser transmitida a ambos os progenitores⁹⁷.

Vejamos, para lá da questão de saber quem deverá receber a informação ou dar o consentimento, a verdade é que nas ações por *wrongful birth* a prestação de saúde, quer em sede de diagnóstico pré-concetivo ou pré-implantatório, quer em sede de diagnóstico pré-natal, é dirigida à descendência futura, que é conjunta, pelo que o diagnóstico erróneo afeta a liberdade de procriação de ambos os progenitores.

⁹³ OLIVEIRA, G., *O direito do diagnóstico*, RLJ, 132, p. 7.

⁹⁴ Sobre o caso concreto da decisão sobre os embriões excedentários, pode ver-se RAPOSO, Vera Lúcia, *O dilema do Rei Salomão: conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários*, Lex Medicinæ, Ano 5, n.º 9, 55-80.

⁹⁵ E o mesmo no caso inverso, i.é, o direito da mulher a ter um filho vence o direito do homem a não o querer, já que este não pode forçar a mulher a abortar, porque acima da liberdade de procriar estará o direito à integridade física da mulher.

⁹⁶ É essa a posição de OLIVEIRA, Guilherme de, *O direito do diagnóstico*, RLJ, 132, p. 11.

⁹⁷ Veja-se a posição da doutrina citada por MORILLO, *ob. cit.*, p. 373, nota 118.

Assim, apesar de o n.º 3 c) do Despacho n.º 5411/97 mencionar o consentimento da grávida para a realização de procedimentos de DPN, o dever de informação do art. 44.º do Código Deontológico alude genericamente a *doente*, assumindo tal posição todo aquele que demanda a prestação médica. Ora, a demanda médica no quadro dos diagnósticos genéticos ocorre, geralmente, por solicitação de ambos progenitores, sendo ambos parte do contrato, o que não significa que o progenitor não interveniente não possa reclamar indemnização em sede de responsabilidade extracontratual⁹⁸.

Ademais, releve-se que o dano, nas ações de *wrongful birth*, não reside propriamente na lesão do direito à informação em si mesma. A informação é importante apenas na medida em que a sua falta ou deficiência priva os progenitores da faculdade de decisão sobre a descendência futura ou a continuação da gravidez.

A informação interessa a ambos os progenitores, pelo que a ambos deve ser transmitida, podendo a falta ou deficiência da mesma ocasionar danos exercitáveis por via destas ações⁹⁹.

⁹⁸ Embora a doutrina estrangeira considere a contrato celebrado por um dos progenitores extensível ao progenitor não contratual, seja por via das regras do regime de casamento (se existir casamento), seja pelas da figura do contrato com eficácia relativamente a terceiros – cfr. MORILLO, Andrea M., *ob. cit.*, p. 167, e MORAITIS, Anastasios, *When childbirth becomes damage*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º 8, 2007, p. 49, nota 51.

⁹⁹ “(...) en el marco de la libertad de procreación quedan legitimados ambos progenitores, ya que se trata de una libertad atribuida actualmente a toda a persona de forma individual, como derivada de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad. Esta regla general, no obstante, se exceptúa en los casos em que únicamente uno de los progenitores sea designado como receptor del diagnóstico en cuyo seno se produce el falso negativo (...)”, MORILLO, Andrea M., p. 361. Já RAPOSO, Vera Lúcia, considera que “em bom rigor, a ilegítima limitação da autodeterminação reprodutiva apenas se verifica em relação à mãe, Porém, tal não impede que o pai intervenha igualmente nestas ações, na medida em que os restantes danos consequenciais que identificámos também a si dizem respeito” (*in Responsabilidade médica em sede*, RMP, 132, p. 105-106).

IV – RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E *WRONGFUL ACTIONS*

1. *Wrongful claims e birth torts*

Na doutrina, as ações de *wrongful life* (“vida indevida” ou “vida errada”) e de *wrongful birth* (“nascimento indevido” ou “nascimento errado”)¹⁰⁰ enquadram-se naquilo a que os autores anglo-saxónicos chamam de *birth (related) torts* (ilícitos civis resultantes do nascimento), *tort of negligence* ou *troubled pregnancy*¹⁰¹.

A origem dos termos é incerta, mas estas ações surgiram nos Estados Unidos da América onde se dá conta do conceito de dano pré-natal há décadas, com início no caso *Zepeda v. Zepeda*, Illinois, 1963¹⁰², em que se arguia a possibilidade de um filho nascido fora do casamento intentar uma ação de responsabilidade civil contra o pai biológico, invocando o dano de ter nascido como filho ilegítimo. O tribunal considerou que, de facto, a conduta do réu gerava objetivamente um dano ao autor, privado do direito de filho legítimo, de ter um *lar* como todas as outras crianças, bem como do direito de ser perfilhado e de herdar do pai e dos avós paternos. Todavia, nem por isso acolheu a pretensão do demandante, por entender que se o fizesse, estaria a abrir portas à tutela das situações mais absurdas, fundadas exclusivamente na subjetividade de qualquer criança que entendesse que o seu nascimento havia ocorrido em situações adversas.

Por isso, na altura, estas ações também se denominaram ações por *disadvantaged* ou *dissatisfied life*, porquanto teriam na sua génese a invocação de um nascimento em situações

¹⁰⁰ Expressões que PINTO, Paulo M., *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de vida indevida* (“*wrongful birth*” e “*wrongful birth*”), *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, 2008, Vol. III, p. 918, considera não serem “felizes, por sugerirem, à partida, muito mais do que aquilo que real e concretamente pode estar em causa nos litígios respetivos”. Também ARAÚJO, Fernando, entende que “as expressões «nascimento indevido» e «vida indevida» são infelizes, sugerindo muito mais do que aquilo que verdadeiramente está em causa (...). 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 menos ainda se trata de sustentar a posição absurda de que a ordem jurídica assegura a alguém o «direito a nascer normal», a ponto de dizer-se que uma «negação» desse direito envolveria *ipso facto* o mecanismo da indemnização”, in *A procriação assistida e o problema.*, p. 96 e 99. CORDEIRO, Menezes, em *Tratado de direito civil português, I, Parte Geral*, 2004, p. 283, recorre à designação de *vida indevida* para referir *wrongful life*.

¹⁰¹ Assim, MASON, J. K., *The Troubled Pregnancy*, 2007, p. 5

¹⁰² Disponível em http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240_1238. O uso da nomenclatura *wrongful life* surge por oposição às ações de *wrongful death* em que se reclama que foi posto termo a vida que deveria ter continuado. Assim, enquanto nestas se questiona se alguém, representado pelos sucessores, pode invocar a própria morte como dano, nas ações por *wrongful life* questiona-se se alguém pode invocar a vida como dano. Cfr. SIMÕES, Fernando Dias, *Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana*, Revista de Estudos Politécnicos, 2010, Vol. 13, p. 188.

familiares ou sociais desvantajosas, pelas quais os filhos pretendiam responsabilizar civilmente os pais.

O passo seguinte residiu na mudança do polo passivo da demanda, pretendendo-se responsabilizar os profissionais de saúde pelo nascimento – ainda que sem deficiências ou malformações – em situações desfavoráveis (ex. quando a progenitora sofria de problemas mentais e a criança foi concebida em consequência de violação); tendo-se posteriormente avançado para as demandas em que a criança reclama, não pelo nascimento, mas pelo nascimento com enfermidades, sejam elas causadas diretamente por terceiro (mormente pelos profissionais de saúde), seja por não terem sido evitadas (*wrongful birth life*), para culminar nas ações propostas pelos pais de uma criança que, apesar de sã, não foi desejada (*wrongful conception e wrongful pregnancy*)¹⁰³.

Em geral, o termo *wrongfulness* pode ter a ver com o facto de as medidas de contraceção (entendidas estas de forma abrangente, incluindo procedimentos que vão desde a esterilização até à tentativa de aborto) não serem bem sucedidas ou com o falso diagnóstico quanto a malformações que poderiam tornar preferível o aborto.

Assim, na doutrina e na jurisprudência, é possível identificar quatro situações de responsabilidade relacionadas com o nascimento de uma criança¹⁰⁴:

a. Pedido por *concepção indevida* (*wrongful conception*) ou também por *gravidez indevida* (*wrongful pregnancy*), por parte de um ou ambos progenitores, pelo nascimento de um filho não planeado, mesmo que são¹⁰⁵, baseando-se a demanda em erro numa intervenção de esterilização, na falta de informação sobre os riscos de insucesso ou sobre os cuidados após a sua realização, no uso de métodos contraceptivos que não produzem o resultado esperado de impedir a gravidez¹⁰⁶, em erro na interrupção voluntária da gravidez ou na descoberta negligente da gravidez depois do prazo em que o aborto é permitido.

b. Pedido, dos pais ou do filho, com base no nascimento de uma criança com lesões causadas pelo profissional de saúde, ou por terceira pessoa, por ação ou por

¹⁰³ Sobre a evolução destas ações pode ver-se MORILLO, Andrea M., *ob. cit.*, p. 44 e ss.

¹⁰⁴ Sobre o tema, podem ver-se, entre outros, MORILLO, *ob. cit.*, p. 53 e ss., MORAITIS, *ob. cit.*, p. 38 e ss. e PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de vida indevida*, p. 915 e ss.

¹⁰⁵ Se não nascer saudável o pedido indemnizatório será superior.

¹⁰⁶ Aqui se incluem os chamados “pharmacist cases”, vide MORAITIS, *ibidem*, p. 39, nota 3.

omissão, numa fase anterior à concepção (por exemplo, na manipulação dos gametas na fecundação *in vitro*), numa fase pré-natal, ou no parto.

c. Pedido deduzido pelo filho contra os pais, por procriação irresponsável, com fundamento numa procriação contra indicação médica ou contra aconselhamento genético, ou mesmo com fundamento em negligência dos progenitores, antes ou durante a gravidez, por exemplo, consumo de substância estupefacientes pela mãe, recusa tratamentos médicos indispensáveis, ou uso de medicação potencialmente teratogénica, dando assim causa a lesões no feto ou a sequelas para o recém-nascido¹⁰⁷.

d. Pedido formulado em caso de *nascimento indevido* (*wrongful birth*), fundado em aconselhamento pré-concetivo erróneo que determinou os progenitores a procriar, apesar de predisposição genética negativa, nascendo uma criança afetada de doença ou malformação transmitida pelos pais. Ou fundado em falso diagnóstico pré-natal, residindo o erro médico (ou de outro profissional) em não aconselhar o DPN em situação de risco ou apreciar de forma errónea o diagnóstico, levando os progenitores a excluir o aborto. Neste grupo inscrevem-se ainda as ações por *vida indevida*, os *wrongful life cases*, interpostas pela própria criança, nascida com grave doença ou malformação congénita. Compreendem-se aqui dois tipos de demanda: a deduzida contra os médicos, por falta de informações necessárias para abortar, solicitando o demandante indemnização pelas deficiências graves que os médicos não detetaram ou sobre as quais não informaram devidamente os progenitores; e a deduzida contra os progenitores, um ou ambos, com fundamento em procriação contra aconselhamento.

Nestes casos, do último grupo, “nasce uma criança com uma malformação que não foi diagnosticada, porque o médico não recomendou a realização de um exame – e ele era aconselhável – ou o realizou de forma indevida, não detetando a patologia, ou ainda, apesar de realizado de forma devida, incumpriu o dever de comunicação do diagnóstico (correto) formulado”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre os limites do *direito de procriar* e contraposição entre os interesses da mãe e do feto, ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema*, p. 89 e ss.

¹⁰⁸ PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico, reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, 2008, p. 273.

Assim, as ações *sub a.* baseiam-se no nascimento não planeado e indesejado, seja a criança saudável, seja deficiente, pretendendo os progenitores – autores – indemnização pelos danos que resultam da gravidez inesperada.

As ações *sub d.*¹⁰⁹ assentam no nascimento de uma criança portadora de malformações detetáveis na fase pré-natal, pretendendo os pais (ou a pessoa com deficiência) agir judicialmente contra o médico ou outros profissionais de saúde, por falta de deteção das anomalias no diagnóstico pré-natal, ou omissão da informação aos progenitores.

Não há, contudo, uniformidade na utilização dos conceitos, já que para alguns autores a expressão *wrongful birth* cobre quaisquer ações movidas pelos pais por nascimento de filhos indesejados, incluindo os casos acima referidos de *wrongful conception* e de *wrongful pregnancy*¹¹⁰.

No entanto, geralmente, reserva-se a denominação de *wrongful birth* para os casos em que a criança nasce com doenças ou malformações congénitas e a ação é proposta pelos pais (por oposição às ações de *wrongful life*, propostas pelos filhos). De modo que aquelas duas primeiras denominações respeitam aos casos em que os pais simplesmente não desejam ter filhos, mas estes, por falhas na contraceção ou em procedimentos abortivos, acabam por nascer saudáveis.

Em ambas as situações (*sub d.*), parte-se da consideração de que, embora a malformação do feto não seja imputável ao médico, este, ou falhou no diagnóstico da patologia ou falhou na transmissão do resultado aos progenitores. Fosse o diagnóstico correto e fossem os progenitores informados, teriam a *chance* de optar pelo aborto, resultando, assim, afetado “o poder de autodeterminação dos pais (e especialmente da mãe) quanto ao planeamento familiar”¹¹¹.

Há diferenças entre as duas ações referidas.

A primeira prende-se com a identidade dos demandantes, que são os pais e não as crianças, nas *wrongful birth actions*, invocando danos por si sofridos, patrimoniais ou não patrimoniais.

A segunda diferença respeita à solução que têm merecido; enquanto as ações de *wrongful birth* procedem, em regra, recebendo os autores uma compensação pelo sustento

¹⁰⁹ A que os alemães chamam *Schaden der Eltern* (as ações propostas pelos pais) e *Schaden des Kindes* (as propostas pelos filhos), vide PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, 2004, p. 375, nota 846.

¹¹⁰ Sobre a utilização das expressões e seu emprego erróneo, mormente na jurisprudência espanhola, pode ver-se MARTÍN-CASALS, Miquel, e FELIU, Josep Sole, *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001, Arrêts 278, 279 and 280 – Spanish case note*, in *European Review of Private Law*, Vol. 11, nº2, 2003, p. 203 e ss.

¹¹¹ MONTEIRO, Pinto, *Direito a não nascer?*, p. 379.

(*full maintenance*), incluindo os custos adicionais de educação de uma criança deficiente, as ações propostas pelas crianças improcedem geralmente, por se negar à criança a invocação de dano fundado no não nascimento.

São inúmeros os argumentos que se avançam, a favor e contra a procedência destas ações de responsabilidade civil e está longe de ser pacífica, como veremos, a solução final destes casos, que têm na sua génese implicações de natureza primacialmente ética.

2. Manifestações do tema em direito comparado

Sendo o reconhecimento das ações em apreço relativamente recente, sobretudo em Portugal, onde, como veremos, pouco se tem colocado judicialmente situações enquadráveis no âmbito das *wrongful ations*, é apreciável o contributo do direito comparado, quer para conhecer os argumentos invocados nos processos judiciais e nos autores, quer para saber que tipo de danos são considerados no ressarcimento.

Na verdade, tanto nos sistemas anglo-saxónicos, onde o problema emergiu, como nos sistemas da Europa continental, a primeira reação às demandas foi a argumentação de que à mãe não assistia o direito a abortar, já que o aborto era efetivamente punível na maioria das situações.

A tendência apenas se alterou nos anos 70, apesar de se manter a controvérsia quanto às ações de *wrongful life* e estas serem geralmente votadas ao insucesso.

Tem sido discutido se a factualidade inerente às ações de *wrongful* pode gerar uma obrigação de indemnizar, por não se afigurar razoável considerar o nascimento como dano.

Negando a pretensão indemnizatória em ação sustentada em *wrongful birth*, convoca-se desde logo a impossibilidade lógico-jurídica de sustentar a vida humana (ou, antes, o seu surgimento pelo nascimento) como *dano* ou como uma alteração da estrutura de direitos e obrigações *de outro*, por se entender que tal reveste a natureza de uma diminuição ou desqualificação da vida e da dignidade humana (art. 23.º da CRP) da *pessoa nascida*¹¹².

Conceber o nascimento de um filho como integrando o conceito dogmático de dano ressarcível resultaria, pois, num fenómeno de menorização do indivíduo, assente numa insustentável concetualização do filho como elemento integrante da esfera jurídica dos pais, pressupondo-se um relacionamento funcional entre *uma pessoa* e *outra*, que as premissas

¹¹² Tomando esta linha de argumentação, E. PICKER, *Schadensersatz für das unerwünschte Kind* ("Wrongful birth"), *Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?*, AcP, 1995, Ac. Hoge Raad de 21.02.1997 do Ministério Fiscal Holandês, Ac. do Tribunal de Milão de 20.10.1997, *apud* MORILLO, Andrea Macia, *ob. cit.*, p. 330-331, nota 2.

maiores do Direito não outorgam nem permitem, ao mesmo passo que se degradaria o bem jurídico vida.

Seria, assim, impossível de aceitar como ilícito civil a lesão do direito à autodeterminação procriativa ou o incumprimento contratual do agente de saúde enquanto pressupostos da pretensão indemnizatória, já que a interseção de princípios de ordem pública impediria a formulação de uma proposta interpretativa que incluísse como dano a factualidade causal que deriva do *wrongful birth* ou *life*, fazendo assim claudicar um dos requisitos fundamentais para a constituição da obrigação de indemnizar.

Em contraste com este entendimento não falta quem lhe aponte um certo «conservadorismo» na concetualização de dano, assinalando-se-lhe também um certo «desfasamento cultural» entre o progresso médico-científico, sua relevância como realidade e referente ético-social, o pensamento jurídico e a positivação legal, que enfermiariam de alguma obsolescência¹¹³.

A doutrina e a jurisprudência alemãs, visando a superação da crítica, sustentam ser possível, do ponto de vista teórico, e arrancando do mesmo pressuposto factual (que se trataria de um nascimento indesejado), operar uma *cisão* real entre *o nascimento*, por uma parte, e os *custos decorrentes desse nascimento*, obviando à colisão com qualquer comando ou princípio que implicasse uma perversão da vida e da dignidade do filho¹¹⁴.

Examinemos, por isso, algumas experiências de direito comparado mais significativas, quer em função da extensão e natureza dos casos judiciais que aí surgiram, quer da larga doutrina que a respeito destes vem sendo elaborada.

2.1. Estados Unidos da América

Como referimos, as ações de *wrongful life* e de *wrongful birth* surgiram na experiência americana nos anos 60 do século passado e só muito recentemente se expandiram ao espaço europeu, justificando-se, por isso, examinar de perto o contributo do país neste domínio.

Já em 1934, o *Supreme Court* de Minnesota fora chamado a decidir o pedido de um casal reclamando indemnização pelas despesas de uma segunda gravidez, gerada por erro médico na execução de uma vasectomia (caso *Christense v. Thornby*¹¹⁵). O caso improcedeu, por se considerar que a finalidade da vasectomia era apenas a de salvaguardar a vida da mulher - em risco, no caso de gravidez - mas esta veio a transcorrer com normalidade, sendo

¹¹³ Neste sentido, PETERS, J.D., PETERS, B.M., *apud* MORILLO, *ob. cit.*, p. 332-333, também notas 6 e 7.

¹¹⁴ Cfr. MORILLO, Andrea Macía, *ob. cit.*, pp. 336-344.

¹¹⁵ Em http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622_0002.MN.htm/qx.

além disso a vida um bem a valorar. Posteriormente, muitas ações de *wrongful conception* vieram a ser julgadas procedentes.

Já no tocante às ações de *wrongful life* e de *wrongful birth*, os autores indicam como marco inicial o famoso caso *Gleitman v. Cosgrove*¹¹⁶, julgado pelo *Supreme Court* de Nova Jersey, em 1967. Nesta ação, discutia-se a situação clássica de uma grávida infetada por rubéola no início da gestação, a quem o médico informou erradamente não haver risco de a criança nascer deficiente. O caso regista atraso mental grave, além de sérias deficiências de visão, audição e fala.

A criança peticionou indemnização pelo dano de nascer deficiente. Por sua vez, os progenitores fundaram idêntico pedido indemnizatório nos danos psicológicos derivados da doença do filho, bem como nas despesas acrescidas a suportar na educação e desenvolvimento do mesmo¹¹⁷.

O tribunal estadual de Nova Jersey, não acolheu as pretensões, considerando, quanto ao pedido da criança, não demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta dos réus e as malformações; por outro lado, acrescentou-se, o prejuízo dessas malformações era incomparável com o prejuízo do vazio total de vida (sendo “logically impossible” “to measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence”), deparando-se como questão de ordem pública reconhecer o valor do bem jurídico “vida”¹¹⁸.

O Tribunal não acolheu tão pouco o pedido dos pais. Apesar de reconhecer a falta do médico de não os informar da possibilidade de o filho nascer com deficiências graves, considerou impossível ou difícil de concretizar o dano sofrido, quando comparado com os benefícios derivados da paternidade (“complex human beneficts of motherhood and fatherhood”), afirmando ainda a santidade da vida e o facto de o aborto ser punido no Estado de New Jersey¹¹⁹.

Dez anos depois, e despenalizado o aborto, a perspetiva alterou-se, dando-se ganho de causa às ações de *wrongful birth*. No caso *Becker v. Schwartz*¹²⁰ - relativo a demanda de progenitora, com idade de 37 anos que o médico não informou sobre os riscos da gravidez, nem tão pouco aconselhou a efetuar amniocentese, vindo o filho nado a apresentar síndrome

¹¹⁶ Em http://www.leagle.com/decision/19677149NJ22_160.

¹¹⁷ CFR. COWDREY, Michael L., DREW, Melinda, *Basic Law for the allied health professions*, 1995, p. 77 e ss., in http://books.google.pt/books?id=T0v9hmVfBpYC&pg=PA77&dq=gleitman+v.+cosgrove&hl=ptPT&ei=qpV3TcSUC4eahQeUt7WHDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=gleitman%20v.%20cosgrove&f=false.

¹¹⁸ Os juízes declaram que apenas quando a vida ou a saúde da mãe estivesse em risco (o já referido caso de indicação médica) poderia aceitar-se o aborto, não sendo admissível a IVG em virtude de deficiências do embrião.

¹¹⁹ Mais desenvolvido, MORILLO, Andrea Macía, *ob. cit.*, p. 363.

¹²⁰ http://www.leagle.com/decision/197844746NY2d401_1413.

de Down - o tribunal de Nova Iorque reconheceu aos pais o direito de indemnização das despesas médicas da criança, mas não por dano *moral* da dor e sofrimento dos pais por terem um filho deficiente.

Desde então surgem com frequência, nos diversos estados, novas ações de *wrongful life* e de *wrongful birth*, nem sempre, já se vê, com o mesmo desfecho. De um modo geral, salvo exceções¹²¹, a tendência é para admitir o ressarcimento nos casos de *wrongful birth*¹²² e para recusá-lo nos casos de *wrongful life*.

Nas ações de *wrongful life*, o argumento principal para a recusa prendeu-se inicialmente com razões de ordem pública ligadas à ilicitude do aborto, mas caducou com o caso *Roe v. Wade*¹²³, que considera o aborto direito fundamental da progenitora, decorrente da 14.^a Emenda, embora sujeito a alguns condicionalismos.

Apesar da licitude do aborto, nem por isso passou a haver uma admissibilidade geral destas ações, surgindo novos argumentos em contrário.

Em alguns estados, é certo, passaram a admitir-se as ações de *wrongful life* de forma mais ou menos generalizada, mas limitando a indemnização aos gastos especiais que a criança tivesse de suportar em virtude da deficiência.

O caso inicial foi o conhecido *Curlender v. Bioscience Laboratories*¹²⁴, de 1980, em que os pais do demandante receberam do laboratório informação errada quanto à possibilidade de o filho ser portador do gene da doença de Tay-Sachs, seguindo-se o nascimento com graves deficiências. O tribunal californiano considerou que a criança existe e sofre por causa da negligência de terceiros, sendo outras considerações secundárias face a tal sofrimento, afirmando ainda ser a reparação coerente com os princípios da responsabilidade civil, ao contrário do que antes sucedera, nos casos em que a criança reclamava uma situação de desvantagem psicológica ou social (exemplo, o estado de filho ilegítimo).

A decisão concedeu, por isso, indemnização das despesas médicas (com base numa expectativa de vida de quatro anos), bem como do dano não patrimonial (“pain and suffering”), sofrido pela criança, indo mesmo mais longe, em *obiter dictum*, ao afirmar não haver obstáculo a que os próprios pais respondessem pelos “pain, suffering and misery” dos

¹²¹ No Estado Maine reconheceu-se de forma expressa a possibilidade de ressarcimento nas ações de “wrongful life” e de “wrongful birth” no caso de criança nascida com malformações, em que se reclamem, tão-só, danos com “gastos especiais”.

¹²² Embora haja tribunais que continuam a julgar improcedentes estas ações com base em argumentos ideológicos – Cfr. Morillo, *ob. cit.*, p. 123.

¹²³ Disponível em http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html.

¹²⁴ Disponível em <http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/106/811.html>.

filhos, já que deveriam impedir o nascimento, caso tivessem recebido a informação corretamente.

No caso *Turpin v. Sortini*¹²⁵, em 1982, o Supremo Tribunal da Califórnia foi posto perante um casal que tinha já uma filha afetada de surdez congênita e não foi informado da possibilidade de um segundo filho nascer com igual problema físico, pelo que levaram por diante uma segunda gravidez que culminou com o nascimento de uma filha igualmente surda. Os juízes deram procedência à ação de *wrongful life*, concedendo indemnização pelas despesas médicas e com a educação especial para surdos durante toda a vida da filha. Neste caso foi utilizado o conceito de “direito a morrer” para refutar a ideia de que toda a vida é preferível à “não vida”, sugerindo-se que a própria vida pode ser um dano.

Atualmente, há três estados que admitem estas ações (Califórnia, Nova Jersey e Washington), sendo as indemnizações, em geral, limitadas aos danos especiais (despesas médicas e gastos extraordinários), enquanto os outros estados consideram que “life burdened with defects is better than no life at all, and thus that the plaintiff child suffered no legally cognizable injury in being born”¹²⁶, especificando-se, em algumas situações, como sucedeu no caso *Glasco v. Laserna*¹²⁷, julgado pelo Supremo Tribunal da Virgínia, em 1994, que uma ação de *wrongful life* apenas poderia proceder com certas condições prévias: (a) Um dever do médico relativamente ao embrião; (b) Uma violação desse dever; (c) Um nexo causal entre o dano e a violação.

Contrariamente, as ações de *wrongful birth* são aceites pela maioria dos estados (por trinta e um estados e pelo distrito da Columbia¹²⁸), sobretudo após o reconhecimento do aborto como direito fundamental da progenitora, embora não haja unanimidade quanto aos danos indemnizáveis. Por um lado, nem todos admitem o ressarcimento dos danos morais sofridos pelos pais; por outro, a maioria dos tribunais limitam os danos patrimoniais indemnizáveis em função dos gastos especiais com a educação, alimentação e desenvolvimento da criança, assim como em função da sua idade.

Os argumentos esgrimidos na defesa destas ações têm como justificação axial a intenção de evitar a negligência na realização de testes pré-natais, assim se preservando a liberdade reprodutiva dos pais.

¹²⁵ Disponível em <http://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626>.

¹²⁶ HENSEL, Windy F. – *The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Vol. 40, 2005, p.161.

¹²⁷ Referido por MORAITIS, *ob. cit.*, p. 47.

¹²⁸ Cfr. HENSEL, *ibidem*, p.153. Sobre os estados que aprovaram leis que impedem as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* pode ver-se MORILLO, *ob. cit.*, p. 124, nota 233.

Em todo o caso, não há unanimidade na indenização, já que nem sempre os pais recebem compensação do dano não patrimonial (*emotional distress*) e, quanto aos danos patrimoniais, a maioria dos tribunais só admite indenização pelos gastos especiais ou extraordinários (não, por exemplo, pelos gastos comuns com alimentação, vestuário, etc.); outros limitam mesmo os valores em razão da idade do filho, ou aplicam a chamada *benefit rule*, segundo a qual, no cálculo dos danos, deve subtrair-se a vantagem que resulta para os pais das *alegrias* da paternidade¹²⁹.

Na doutrina, há autores que se opõem à procedência das ações por *nascimento indevido*¹³⁰, com o argumento principal de que as mesmas contrariam um direito à não discriminação proclamado pelo *Americans with Disabilities Act*, de 1990, invocando-se ainda razões de natureza económica (a realização de exames médicos atinge valores que as seguradoras não estão dispostas a pagar), de cariz político-ideológico (visando limitar o aborto) e ético-filosófico (realçando o valor da vida e repudiando a ideia de que existam *bastardos emocionais*).

Mas a maioria dos autores¹³¹ considera as ações em causa favoravelmente, o que, todavia, não altera a posição da jurisprudência maioritária, nem o sentido da legislação, apesar de serem muito relevantes os argumentos que se invocam, *maxime* a favor das ações por *vida indevida*: a limitação aos casos de deficiências mais graves, sendo aí fácil concluir que o melhor para o demandante seria não estar vivo; a mudança de perspectiva do facto de “nascer” para o de “nascer com deficiência”, para não falar ainda da tática de alteração da designação das ações para “prejuízo injusto”, considerando-se a designação *wrongful life* um “misleading term”¹³².

¹²⁹ Cfr. MORAITIS, *ob cit.*, p. 48-49.

¹³⁰ Assim, STRASSER, Mark, *Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: Can reasonable jurisdictions recognise all but one*, in *Missouri Law Review*, 1999, Vol. 64, p. 29, em <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol64/iss1/7/>.

¹³¹ HENSEL, *ibidem* p. 143, nota 14 (onde são exaustivamente enumerados os autores norte-americanos que consideram que as ações de *wrongful life* e de *wrongful birth* encaixam nos princípios tradicionais da responsabilidade por negligência).

¹³² Assim, HANSON, F. Allan, *Suits for wrongful life, counterfactuals, and the nonexistence problem*, in *Southern Californian Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 5:1, 1996. Disponível em <http://kuscholarworks.ku.edu/dspace/bitstream/1808/4273/1/SoCalInterdisLJ.pdf>.

2.2.Reino Unido

De acordo com *Abortion Act* inglês, de 1967, independentemente de prazo, o aborto não será punido se “there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped” (secção 1) ¹³³.

Todavia, as ações no campo dos *birth torts* têm sido limitadas, verificando-se aqui uma maior resistência a reconhecer a responsabilidade médica. Se nas ações de *wrongful conception* e de *wrongful pregnancy*, não há problema na concessão da indemnização, porque está em causa a surpresa pelo nascimento de uma criança indesejada, já nas *wrongful birth actions* os tribunais mostram relutância, com base em que os pais pretendiam o filho, tendo obrigação de o sustentar, com ou sem deficiência.

Ora, quanto às ações de *wrongful birth*, os tribunais acentuaram desde logo a necessidade de os demandantes demonstrarem que, não fora o falso diagnóstico, teriam optado pelo aborto (exemplo, o caso *Gregory v. Pembrokeshire Health Authority*, de 1989)¹³⁴.

Mas dessa forma, observa-se, está-se a “tornar os juízes em psicólogos”¹³⁵, acusando a perspetiva de demasiado subjetiva, a trocar ou substituir pelo critério da *reasonable woman*.

Já no caso *Salih v. Enfield Health Authority*¹³⁶, de 1991, de criança nascida com severas malformações físicas devido a rubéola da mãe, essa doença não foi diagnosticada por erro, impedindo a opção de interrupção da gravidez. O direito à indemnização à mãe foi reconhecido.

O problema que veio a colocar-se foi o de saber quais os danos a ressarcir, entendendo o tribunal deferir o *burden of care* (despesas suplementares determinadas pela deficiência), com exclusão dos gastos normais de educação e sustento que legalmente caiba ao pais suportar. Quanto ao *burden of care*, a decisão limitou a indemnização ao tempo da menoridade do filho, remetendo o encargo subsequente para o *National Health Service*¹³⁷.

¹³³ *Apud* MASON, J.K., *The Troubled Pregnancy*, p. 53.

¹³⁴ Citado por MASON, J.K. *ob. cit.*, p. 72.

¹³⁵ MASON, *Ibidem*, p. 73.

¹³⁶ Citado por MASON, *ob. cit.*, p.83 e por PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado*, p. 378-379, nota 851.

¹³⁷ No caso *McFarlen and Another v. THA* [1999], 2 Sll. E. R., 961, que pode consultar-se em <http://archive.is/ASS1>, numa ação de *wrongful conception*, veio já a excluir-se indemnização pelo sustento da criança (a mãe foi indemnizada pela perda de rendimentos e outras despesas associados ao parto), entendendo-se que apenas seriam indemnizáveis despesas adicionais se o filho nascesse deficiente.

Nesta decisão falou-se do dano como *loss of opportunity*¹³⁸ *to bear further children and to increase the family*, no sentido de que com o ato negligente dá-se uma modificação do projeto de vida familiar, a qual merece indenização.

O fundamento destas ações, que aí se põe em evidência, é o reconhecimento do direito da mulher a ser informada das deficiências do feto, para interromper a gravidez, se assim entender.

Já quanto às ações de *wrongful life*, não têm as mesmas vingado neste sistema, desde que o problema se pôs, pela primeira e única vez, em 1982. Com efeito, o caso *McKay v. Essex Area Health Authority*¹³⁹ é considerado um guia para as ações de *wrongful life*, debatendo-se aí um pedido de uma criança com graves malformações congénitas, por erro do serviço de saúde na interpretação das amostras do sangue colhido à mãe, infetada com rubéola.

O *Court of Appeal* fez improceder a ação, por entender que não havia um dever do médico de evitar o nascimento da criança e o único direito que esta poderia invocar seria o direito a não nascer deficiente, ou seja, o direito a ser abortada, direito esse não reconhecido pela ordem jurídica. Ademais, pontuou-se, seria impossível calcular o dano, já que haveria, para tal, que estabelecer a diferença entre a vida deficiente e a não existência.

Logo a seguir à decisão deste caso - argumentando-se que as ações de *wrongful life* seriam um apelo ao aborto e poriam às costas dos médicos um fardo moral intolerável - o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*¹⁴⁰ veio a ser alterado no sentido de redefinir as circunstâncias do dano pré-natal, excluindo as ações em apreço, mas mantendo o fundamento das ações de *nascimento indevido*, limitando, todavia, os danos às despesas adicionais relacionadas com a deficiência do filho. Isto porque, tendo a mãe continuado uma gravidez pretendida, aceitou suportar as despesas de criar e manter a criança, mesmo que não deficiente.

Na doutrina, porém, há manifestação em contrário, *de iure condendo*¹⁴¹.

¹³⁸ Perda de *chance* referida por PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico*, p. 276, nota 717.

¹³⁹ Cfr. MASON, *cit.*, p.205, PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado*, p. 378-379, nota 851 e MORILLO, *ob. cit.*, p. 125.

¹⁴⁰ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/contents/enacted>.

¹⁴¹ Considera MASON, *ob. cit.*, p. 196, 237-238, que, pelo menos no caso de erro de DPN, o médico que atende a mãe viola um dever relativamente ao feto, pelo que são inaceitáveis os argumentos judiciais em *McKay v. Essex Area Health Authority*, uma vez que: “(...) this question reveals an underlying misconception – the child bringing a wrongful life action is not complaining of being born but of being born disabled. (...)”. Para além disso – refere -, “the courts are perfectly able to assess the monetary equivalent that separate a normal and a disabled life (...). It is the neonate who suffers and every instinct tells us that this should be recognised (...)”.

2.3.França

Em França, inicialmente, a discussão centrou-se nas ações de *wrongful conception*, explicitando a *Cour de Cassation* (decisão de 1991), assim como o *Conseil d'État* (por decisões de 1982 e de 1989¹⁴²) a recusa de indemnização com base em dano do nascimento, sob o argumento de que o “nascimento de uma criança é sempre um acontecimento feliz” e só um dano especial, para além dos encargos normais da maternidade, poderia dar origem a reparação.

Esta mesma jurisprudência, contudo, veio a servir de pedra de toque à consagração das ações de *wrongful birth*, ao sufragar que em circunstâncias excepcionais, agravando-se os encargos normais da maternidade, o nascimento podia ser considerado um dano (seria o caso, por exemplo, das crianças nascidas com deficiências ou malformações).

A partir desta jurisprudência, tanto a doutrina, como a *Cour de Cassation* e o *Conseil d'État*, passaram a reconhecer as ações de *wrongful birth* como forma de reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelos pais, visando a indemnização concedida compensar as despesas com educação especial e cuidados extraordinários derivadas da deficiência do filho, toda a vida, bem como compensar os pais pelos danos de natureza não patrimonial.

É, porém, no âmbito das ações de *wrongful life* que a experiência francesa se revela mais profícua e merecedora de atenção, uma vez que os argumentos que aqui se encontram revelam a maior valia na ponderação sobre as vertentes ações.

Em 17 de novembro de 2000, com o conhecido *Arrêt Perruche*¹⁴³, a *Assemblée Plénière* da *Cour de Cassation* veio, pela primeira vez na Europa, dar indemnização em ação intentada por uma criança deficiente, além de conceder de igual modo indemnização aos pais.

Discutia-se, no caso, a situação de uma progenitora que contraíra rubéola durante a gravidez e que, prevenindo a possibilidade de o feto nascer com malformações, se submeteu a exames médicos para garantir que o mesmo não estaria contagiado pela doença, avisando o médico que abortaria no caso de o exame ter resultado positivo. O médico, porém, confiando nos resultados patentemente erróneos atestados pelo laboratório, informou a progenitora de que o feto não estava contagiado. Simplesmente, nascida a criança, verificou-se que o

¹⁴² Decisões enumeradas por MORILLO, Andrea M. *ob. cit.*, p. 128. Outras decisões da *Cour de Cassation* proferidas no âmbito das ações de *wrongful conception* mencionadas por PINTO, Paulo Mota, *ob. cit.*, p. 920, nota 11.

¹⁴³ Decisão que pode ser consultada em <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>.

diagnóstico fora incorreto e a criança padecia de malformações neurológicas e cardíacas (síndrome de *Gregg*)¹⁴⁴.

Em tal situação, argumentou o tribunal que a indemnização deveria ser concedida, não pela circunstância de a criança ter nascido, mas por ter nascido portadora de dolorosas deficiências que a acompanhariam para o resto da vida, sustentado ainda que, devido à negligência médica, não pôde a mãe optar pelo aborto. Daí que a pessoa, nascida com deficiência, pudesse pedir reparação pelos danos resultantes dessa deficiência.

Tendo a *Cour* estabelecido que “l’élément de préjudice constitué par la perte d’une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu’est constatée la disparition, par l’effet du délit, de la probabilité d’un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d’une chance ne soit jamais certaine”¹⁴⁵, entende-se que o tribunal, face à dificuldade de estabelecer um nexo causal entre a *faute* – a negligência do médico - e o nascimento da criança, considera que a contribuição causal do erro se traduz na privação do direito de autodeterminação, o que tem sido entendido como a aplicação da teoria da perda de *chance* ao dano concreto aqui verificado: a *chance* malograda de exercer o direito de optar pela procriação ou pelo aborto¹⁴⁶.

Esta decisão abriu um precedente, permitindo na evolução que as ações de *wrongful life* passassem a ser acolhidas. Mas não foi pequeno o impacto na sociedade civil, nomeadamente na classe médica – sobretudo ginecologistas e técnicos de diagnóstico pré-parental – e nas associações de pais e crianças deficientes, que lavraram protestos, alegando que decisões do género se traduziam no reconhecimento de que há vidas indignas de ser vividas, acentuando-se a discriminação de pessoas deficientes, com evocação de questões de eugenismo e um retrocesso no caminho da inserção social das pessoas com deficiência.

As dissensões ético-jurídicas que estiveram na base da contestação levaram à divisão entre *perruchistas* e *anti-perruchistas*, conforme nos dão conta O. CAYLA-Y. THOMAS¹⁴⁷.

¹⁴⁴ O *Arrêt* encontra-se mais profundamente analisado em MONTEIRO, António Pinto, *Direito a não nascer?*, RLJ 134, p. 379.381; PEREIRA, André Gonçalo, *O Consentimento informado*, p. 381 e ss.; CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful life action*, *Comentário ao acórdão do STJ de 19 de junho de 2001*. Sub Judice, 38, 2007, p. 102; VICENTE, Marta Nunes, *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Peruche*, *Lex Medicinæ*, ano 6, nº11, p. 117 e ss.; MORAITIS, *When childbirth becomes damage...*, *cit.*, p. 53 e ss. MASON, J.K., *The Troubled Pregnancy*, *cit.*, p. 233; CAYLA, Olivier-THOMAS, Yan, *Du droit de ne pas naître, A propos de l’affaire Perruche*, p. 28 e ss, e LEWIS, Penney, *The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France*, in *European Journal of Health Law*, 12, 2005, p. 135 e ss.

¹⁴⁵ Cfr. local citado.

¹⁴⁶ Neste sentido PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico*, p. 274-275 e VICENTE, Marta N., *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life*, *Lex Medicinæ*, Ano 6, nº 11, p. 122.

¹⁴⁷ Em *Du droit de ne pas naître*, CAYLA-THOMAS afirmam que na discussão em apreço o *temporal foi desarmado pelo espiritual*, pois os argumentos jurídicos sucumbiram perante os argumentos éticos, já que “en cas de contrariété entre ces deux ordres normatifs, la disqualification officielle du premier par le second (...) pouvait fulminer avec efficacité, (...) contre les décisions coupables du pouvoir temporel” (p. 23).

Também MASON, J. K., *The Troubled Pregnancy*, p. 232 e ss., descreve de forma pormenorizada a reação da sociedade

Assim, de um lado, aqueles que consideram, como a *Cour*, que a criança sofreu um dano reparável derivado do *handicap* e que reconhecê-lo é uma exigência de respeito da sua dignidade humana. Os que assim pensam não vislumbram obstáculo em matéria de nexo de causalidade, opondo mesmo que “voir la maladie de la rubéole de sa mère la seule cause du handicap de Nicolas Perruche devrait aussi conduire, au sein de la fameuse affaire du sang contaminé, á voir dans le sang des donneurs la seule cause de la contamination des transfusés”¹⁴⁸. O fiel da balança, entendem, deve pôr-se a montante, na questão da responsabilidade do médico quanto à liberdade da mãe e ao seu direito de interromper a gravidez, uma vez que aquela expressamente manifestou a vontade nesse sentido, caso o diagnóstico fosse positivo¹⁴⁹.

Por seu turno, do lado *anti-perruchista*, reconhecendo-se que existe um erro médico (o falso negativo) e um prejuízo (a doença congénita), nega-se a relação de causa e efeito entre ambos. Este pensamento, apelidado de *paralogista*¹⁵⁰, acaba por considerar que o efeito do erro médico é o próprio nascimento e o nascimento não pode ser nunca considerado um dano.

Não obstante, a *Cour de Cassation* manteve a sua orientação em várias decisões posteriores¹⁵¹.

A agitação foi de tal ordem, na sequência, que veio a ser publicada uma lei sobre os direitos dos doentes e a qualidade do sistema de saúde, a Lei 2002-303, de 4 de Março¹⁵², também conhecida por *Loi Kouchner* (então Ministro da Saúde) ou *Loi Anti-Perruche*. No art. 1.º regulam-se as ações de *wrongful life* e de *wrongful birth*, admitindo estas últimas, mas excluindo da indemnização “os encargos especiais decorrentes, ao longo da vida, dessa deficiência”, limitando na prática o ressarcimento dos progenitores à compensação do dano moral. As ações de *wrongful life* são excluídas¹⁵³, a lei dispendo que a pessoa nascida com deficiência devida a erro médico pode obter indemnização apenas quando o erro cause

francesa ao *Arrêt Perruche*.

¹⁴⁸ CAYLA-THOMAS, *Ibidem*, p. 31.

¹⁴⁹ Aliás, esse mesmo fundamento funciona na concessão de indemnização aos pais nas ações de *wrongful birth*, como sublinham MARTÍN-CASALS, Miquel, e FELIU, Josep Sole, in *Cour de Cassation... Spanish case note cit.*, p. 217.

¹⁵⁰ CASALS-FELIU, *Ibidem*, p. 34.

¹⁵¹ Sobre estas decisões *vide* PINTO, Paulo Mota, *Indemnização*, p. 920, nota 11, MONTEIRO; António Pinto, *Direito a não nascer?*, p. 380, e CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful life action*, p103, notas 12 e 13.

¹⁵² *Vide* nota seguinte.

¹⁵³ Dispendo expressamente que *Ninguém pode prevalecer-se de um dano decorrente, apenas, do facto de ter nascido*. Esta lei foi, depois, alterada pela Lei 2005-102, de 11.2, que aditou o art. L 114-5 ao Código da Ação Social e das Famílias, que dispõe que « la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap ». Todavia, esta reparação não visa indemnizar senão certos encargos (necessidade de ajuda humana ou técnica, equipamento de veículos, etc...), ao contrário da reparação integral possibilitada pelo *Arrêt Perruche*.

Vide: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?jsessionid=B9FC200C214C6A3648A1AC664F1C9D43.tpdjo05v_3?idArticle=LEGIARTI000006697384&cidTexte=LEGITEXT000005632379&dateTexte=20131114.

diretamente a deficiência ou a agrave (art. 2.º)¹⁵⁴, enquanto remete para o sistema de segurança social a prestação pecuniária a atribuir à criança.

Apesar da intervenção do legislador, nem por isso a discussão ficou encerrada, erguendo-se vozes a considerar que o teor da norma não impede, em definitivo, as ações de *wrongful life*, porquanto o que se reclama nelas não é da vida ou do nascimento, mas dos sofrimentos derivados da doença ou das malformações¹⁵⁵, não proibindo a lei tal reclamação. A jurisprudência, no entanto, vem seguindo a linha *anti-Perruche*¹⁵⁶.

Dá que, em duas decisões de 6 de outubro de 2005 (*Affaires Maurice e Draon*¹⁵⁷), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem condenou a França por aplicação retroativa da lei *anti-Perruche*, baseando-se no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”). O tribunal observou, então, “que a simples remoção retroativa de uma parte essencial de pedidos de compensação que poderia reivindicar a criança nascida com deficiências perante a lei francesa anterior privou os demandantes de uma herança pré-existente”, apontando também o facto de, desde 2002, o compromisso assumido pelo Estado para suportar os custos de um parto com deficiências não ter sido efetivado¹⁵⁸.

A esta luz, parece estar ainda em aberto a discussão, no seio do ordenamento¹⁵⁹.

2.4. Alemanha

Na Alemanha, tal como alhures, são as ações de *wrongful conception* que têm suscitado maior interesse, quer por parte da doutrina, quer do lado da jurisprudência.

¹⁵⁴ Considera PEREIRA, André Dias, *O consentimento*, p. 385, nota 867, que aqui se distingue o dano pré-natal (*pré-natal injury*), que merece tutela delitual, do “dano de vida indevida” cuja tutela é afastada.

¹⁵⁵ Assim, BELLIVIER, Florence e ROCHFELD, Judith, *apud* CORREIA, Vanessa, *ob. cit.*, p. 103, nota 16 e FABRE-MAGNAN, Sériaux, *apud* MORILLO, A., *ob. cit.*, p. 131.

¹⁵⁶ Como assinala PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento.*, p. 386, nota 869.

¹⁵⁷ Jurisprudência mencionada por SILVA, Marta Santos, *Sobre a inadmissibilidade das ações por “vida indevida” (wrongful life actions) na jurisprudência e na doutrina. O Arrêt Perruche e o caso André Martins*, in *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, 2013, p. 161, nota 133.

Estas decisões estão disponíveis em <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-6-octobre-2005-draon-c-france-affaire-numero-1181003/#.UoTbYHC8Dow> e [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-1464002-1529999#{"itemid":\["003-1464002-1529999"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-1464002-1529999#{).

¹⁵⁸ Depois disso, tanto a *Cour de Cassation* como o *Conseil d'État*, em decisões diferentes do ano de 2006, entenderam que a *loi Kouchner* se aplicaria apenas aos nascimentos ocorridos após a sua entrada em vigor. O Conselho Constitucional, em 2010, considerou válida a interpretação segundo a qual a lei *anti-Perruche* se aplicaria aos casos propostos após a sua entrada em vigor, ainda que o nascimento tivesse ocorrido anteriormente.

¹⁵⁹ VINEY, Genevière, afirma mesmo existir um paradoxo quando se aceita que os pais possam ter direito a uma indemnização, mas não a criança, pelo que melhor seria que se rejeitassem ambas as demandas. Citada por PEREIRA, André G. Dias, *O consentimento*, p. 389.

O problema discutiu-se, primeiro, a propósito dos erros médicos no aconselhamento e prática do planeamento familiar, inicialmente considerados insuscetíveis de gerar um dano ressarcível, mas caminhando-se depois para a aceitação generalizada do dano e da indemnização¹⁶⁰.

Todavia, as ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* não foram esquecidas, tendo sido alvo de debate, a partir de 1980, marco da despenalização do aborto (*nicht rechtswidrig*)¹⁶¹, num sistema misto de indicações e de prazos, admitindo-se então a possibilidade de ressarcimento dos casos de *wrongful birth*, tutelando-se como danos indemnizáveis os alimentos devidos à criança¹⁶².

Ao contrário de outros sistemas, no direito alemão nem sempre se distingue entre os casos das crianças deficientes e o das crianças sãs, uma vez que se parte do princípio de que em ambos os casos se produz um nascimento indesejado.

Por essa razão, não há uma verdadeira distinção entre as ações de *wrongful birth* e as de *wrongful conception*, sendo as mesmas analisadas de forma homogénea, através do prisma da “teoria da separação” (*Trennungslehre*).

A teoria assenta na distinção entre o dano do nascimento da criança, por um lado, e o dano decorrente dos gastos de manutenção e educação necessários para o seu desenvolvimento, por outro, entendendo-se que o ressarcimento só colhe quanto aos danos da segunda espécie.

Na verdade, o debate centra-se, não tanto na privação da liberdade de os pais abortarem, mas antes em que o reconhecimento da indemnização pelo dano do nascimento pode ser considerado uma lesão da dignidade da pessoa humana. Assim, a discussão em torno desta questão terá levado à “separação” antes referida, como forma de superar a dificuldade.

Deste modo, nas ações de *wrongful birth* em sentido lato (aqui se incluindo as de *wrongful conception*), os danos considerados os alimentos devidos à criança (i.e, despesas necessárias à educação e desenvolvimento), ressarcindo-se os mesmos sob a forma de uma

¹⁶⁰ Famoso ficou o caso analisado pelo Tribunal de Apelação de Bamberg, em 6 de fevereiro de 1978, em que, na sequência de um pedido de indemnização cível baseado na ocorrência de uma esterilização mal realizada, que deu origem ao nascimento de gémeos, o Tribunal veio a considerar não existir dano passível de ressarcimento. Esta decisão foi rejeitada pelo Tribunal Federal Supremo, numa outra ação com factualidade semelhante, em 18 de março de 1980, sendo o médico condenado a pagar indemnização e alimentos à criança (*Vide* Menezes Cordeiro, Tratado de direito civil português, vol. I, tomo III, p. 282 e ss e RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions*, p. 69).

¹⁶¹ Sobre a lei criminal alemã relativa ao aborto, mormente § 218 a do dStGB (*Strafgesetzbuch* - Código Penal alemão), podem ver-se MORAITS, A. *ob. cit.*, p. 44 e LEJEUNE, Christine, *Wrongful life, das Kind als Vermögensschaden*, 2009, p. 8.

¹⁶² O tribunal de Apelação de Munique, em 1982, rejeitou a pretensão dos pais cujo filho nasceu com malformações graves por não ter sido diagnosticada à mãe rubéola durante a gravidez, tendo vindo o Bundsgerichtshof, por decisão de 18.1.1983, a reconhecê-la. A pretensão de *wrongful life* foi indeferida. A decisão é analisada por CORDEIRO, Menezes, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, Tomo III, 2004, p. 284, nota 1050, bem como por RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong action*, p. 69.

renda, calculada nos termos legais¹⁶³. Admite-se, ainda, a indemnização do dano moral decorrente da dor e do sofrimento causados pela gravidez e pelo nascimento, bem como, nos casos de *wrongful conception*, pela dor e pelo sofrimento da operação de esterilização a que o progenitor ou a progenitora se submeteram inutilmente.

Já quanto às ações por *vida indesejada*, o sentido geral das decisões é de improcedência¹⁶⁴, apontando-se a contradição entre considerar possível eliminar a vida do nascituro deficiente, mas não a do recém-nascido que se encontra na mesma situação; donde o absurdo de considerar “tecnicamente impossível [...] a vida (extra-uterina) como um dano, para efeito de penalizar a não “interrupção” da vida intra-uterina”¹⁶⁵.

Lembre-se que, tendo o Tribunal Constitucional considerado¹⁶⁶, em *obiter dictum*, que em virtude da dignidade reconhecida pela Lei Constitucional a todas as pessoas, jamais a existência poderia ser concebida como um dano, em 1995 desapareceu a indicação embriopática (§ 218 do *Strafgesetzbuch*) como causa de exclusão do aborto, deixando apenas como motivo de indicação o risco para a saúde da grávida, nas primeiras doze semanas. O que significa que o risco de malformações no nascituro só pode levar à IVG quando isso põe em perigo a saúde da gestante, assim se diminuindo o campo factual das vertentes ações.

2.5. Holanda

A recensão de direito comparado, na matéria que nos ocupa, não poderia passar ao lado do caso holandês, sobretudo por mor de certa decisão judicial, largamente citada pelos autores¹⁶⁷.

Na verdade, a experiência francesa no caso *Perruche* e a acesa discussão que despertou não impediram a Holanda de seguir um caminho idêntico no caso de Kelly Molenaar decidido pelo *Hoge Raad* (Supremo Tribunal), em 2005¹⁶⁸.

¹⁶³ Em MORAITIS, *ob. cit.*, p. 44 e ss., podem ver-se enunciados os critérios apontados pela jurisprudência alemã na fixação dos alimentos devidos.

¹⁶⁴ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento.*, p. 379, nota 852, e MORAITIS, A., *ob. cit.*, p. 47, MORILLO, A., *ob. cit.*, p. 138 e LEJEUNE, C., *ob. cit.*, p. 11

¹⁶⁵ Cordeiro, António Menezes, *Tratado.*, p. 289, dá conta de doutrina alemã influente protagonizada por Eduard PICKER; pode ainda encontrar-se extensa referência aos autores que argumentam contra e a favor, em PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em caso...*, p. 921, nota 20. Assim, a favor do reconhecimento das *wrongful life actions* na doutrina alemã assinalam-se, v.g., DEUTSCH, JUNKER, HARRER e MERKEL. Contra OSTHEIDE, FISCHER e LILIE. Veja-se, ainda, MORILLO, A., *ob. cit.*, p. 138, nota 274, que assinala que os fundamentos da recusa da admissibilidade destas ações resultam da impossibilidade em identificar um dever contratual do médico frente à criança, sendo que, do ponto de vista extra-contratual, se não alcança um direito lesado pelo profissional de saúde.

¹⁶⁶ Decisão de 28.5.1993, citada, entre outros, por RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions no início da vida*, p. 70 e PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em caso...*, p. 921.

¹⁶⁷ A Holanda, pelo menos, desde 1997, já conhecia casos jurisprudenciais de *wrongful birth*, sendo então já deferidas as pretensões dos progenitores, como referem STOLKER, C.J.J.M, e DOORM, M.P. Sombroek-Van, *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 – Dutch case note*, in *European Review of Private Law*, Vol. 11, nº2, 2003, p. 227 e ss.

A ação combina, como é habitual, a pretensão dos pais (*wrongful birth*) e a da criança (*wrongful life*), e demanda a médica obstetra que acompanhou a gravidez, além do hospital onde ela prestava serviço. A médica é acusada de não submeter a mãe a DPN, mormente amniocentese, apesar de solicitação expressa da gestante, pois existia na família certa alteração genética, tendo a gestante sofrido antes dois abortos espontâneos.

A médica recusou o DPN, alegando que o mesmo era indicado só no caso de três abortos seguidos, mas o tribunal considerou a opção errada, apoiado em prova pericial. A criança veio a nascer com séria deficiência cromossômica que a impede de ver, ouvir e andar, padecendo de dores permanentes.

A ação improcedeu quanto ao pedido da criança, em primeira instância, mas procedeu em recurso, no tribunal supremo, sendo a médica e o hospital condenados a pagar indemnização pelos danos não patrimoniais. Aos pais, a decisão atribui as despesas médicas e de sustento da criança até aos 21 anos, compensação pelos danos não patrimoniais resultantes da violação do direito à autodeterminação, mais as despesas de tratamentos psiquiátricos da mãe.

Os fundamentos da decisão assentaram em dois argumentos. O primeiro, o de que o médico estava contratualmente vinculado com a grávida e o nascituro podia ser considerado parte no contrato¹⁶⁹. O segundo, o de que ao serviço de saúde cabia a obrigação legal de zelar pelos interesses do feto como entidade independente, baseando-se no princípio de que um ser *in utero* pode ser considerado como uma pessoa já nascida, se tal for do seu interesse.

O tribunal considerou, ainda, apesar de não ter sido feita prova direta do facto, que poderia presumir-se razoavelmente, dadas as circunstâncias, que a mãe teria abortado, caso tivesse recebido a informação correta.

Entretanto, no plano doutrinal, também aqui a aceitação das ações em presença não vai sem controvérsia, mormente as de “vida indevida”. Consideram alguns¹⁷⁰ que não são equiparáveis as lesões pré-natais causadas diretamente pelos médicos (ou que os mesmos poderiam ter tratado, mas não trataram, por negligência) e as deficiências congénitas não diagnosticadas durante a gravidez, por ser difícil a prova de relação causal entre o falso diagnóstico e as malformações, tal como a prova de que a mãe teria abortado.

¹⁶⁸ Caso *Kelly Molenaar*, comentado, entre outros, por CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful birth e wrongful Life*, Sub Iudice, 38, p. 104-105, HENDRIKS, Aart, *Wrongful suits?* European Journal of Health Law, 2005, 97-102, e MASON, J. K., *Troubled pregnancy*, p. 234 e ss.

¹⁶⁹ Fundamentação que fora considerada válida no caso *Baby Joost*, de 2000, mencionado por MASON, *ibidem*, p. 234, nota 178.

¹⁷⁰ Assim, HENDRIKS, A., *ob. cit.*, p. 100-01.

Respondem outros¹⁷¹, positivamente, à questão de saber se o médico viola algum dever jurídico com relação ao feto. Observam que os pais, no tocante ao aconselhamento genético, não visam apenas um conhecimento abstrato de uma hipotética situação congénita, mas antes poder evitar o nascimento de uma criança portadora de deficiências, aquele feto em concreto. De modo que os pais agem, no contrato que estabelecem com o médico, por si e em representação do nascituro. E assim, considerando-se o nascituro parte no dito contrato, temos que ao violar esse mesmo contrato – não propondo o DPN ou interpretando erradamente o seu resultado – o médico estará a lesar o direito do próprio nascituro.

2.6.Espanha

Em Espanha, as ações de *wrongful life* e de *wrongful birth* só muito recentemente começaram a ser alvo de discussão.

Apesar de casos pontuais de *wrongful conception*, já debatidos anteriormente¹⁷², só em 1997¹⁷³ veio a primeira decisão relativa à problemática das ações de *wrongful birth* (em sentido estrito).

De um modo geral, segue-se aqui a tónica realçada nos restantes países, embora ainda não se tenha alcançado a amplitude do debate em outros ordenamentos jurídicos.

A doutrina, na sua maioria, admite o ressarcimento no caso das ações de *wrongful birth*, mas diverge quanto aos danos suscetíveis de indemnização, já que o dano moral derivado da dor de dar à luz um filho deficiente é admitido em certas circunstâncias¹⁷⁴.

Por outro lado, quanto aos danos patrimoniais, se uns defendem a ressarcibilidade de todos as despesas de educação, alimentação e cuidado da criança, outros só consideram as despesas especiais decorrentes da deficiência da criança.

Na jurisprudência, refira-se, não há traços uniformes que permitam delinear uma tendência clara quanto à ressarcibilidade e aos danos presentes nestas ações. Pelo que toca aos fundamentos das sentenças de procedência, avultam a liberalização do aborto (desde 1985 – art. 417.º *bis* do Código Penal), mormente em situação de indicação eugénica (nas primeiras vinte e duas semanas de gestação), exigindo-se a prova de que a mãe teria abortado, caso tivesse informação das deficiências ou malformações congénitas do feto.

¹⁷¹ Neste sentido, STOLKER, C.J.J.M, e DOORM, M.P. Sombroek-Van, *ibidem*, p. 230 e ss.

¹⁷² MARTÍN-CASALS, Miquel, e FELIU, Josep Sole - *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001, Arrêts 278, 279 and 280 – Spanish case note*, p. 205, referem-se a uma decisão de 25.4.94, do Supremo Tribunal espanhol, como sendo a primeira relativamente a vasectomia.

¹⁷³ CASALS-FELIU, *ibidem*, p. 209.

¹⁷⁴ Como explica MORILLO, A. Macía, *ob.cit.*, p. 141.

Quanto aos casos de *wrongful life*, a posição mais sufragada é a de improcedência, com base em argumentos relacionados com o valor da vida e com a falta de nexo causal entre a conduta ilícita e o dano reclamado pela criança.

V - AS AÇÕES POR NASCIMENTO *INDEVIDO* E POR VIDA *INDEVIDA* EM PORTUGAL

1. O panorama jurisprudencial

Referimos inicialmente que o interesse e atualidade do nosso tema foram renovados por uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2013¹⁷⁵, sobre ação em que se combinaram, mais uma vez, pretensões de *wrongful birth* e de *wrongful life*.

Outras decisões serão referidas adiante, mas de forma mais breve, uma vez que já foram objeto de apreciação doutrinal.

A ação do aresto de 2013 foi proposta pela mãe de um menor, por si e em representação dele, contra um centro de radiologia, o seu diretor clínico - médico radiologista que acompanhou a autora na realização de ecografias obstétricas - e a médica obstetra que a assistiu num hospital público. Esta última, porém, veio a ser absolvida da instância no despacho saneador, por se entender que a jurisdição competente para conhecer o pedido, nessa parte, era a administrativa.

A ação alegava que o menor nasceu com malformações graves, deficiências que o médico réu não diagnosticou, por negligência, nos procedimentos de DPN, assim impedindo a autora de as conhecer e de proceder à IVG.

Provou-se que o menor, nascido em 2003, apresentava síndrome polimalformativa (agenesia de antebraços e braços, pé boto, agenesia de dedos dos pés, hipoplasia da mandíbula, micropénis, etc...), lesões que eram detetáveis nas ecografias, de acordo com as *leges artis*, a que se havia submetido a progenitora, às doze e às dezanove semanas de gestação, não as tendo o médico, no entanto, detetado. Mais se provou que a mãe teria interrompido a gravidez, caso tivesse sido informada das deficiências.

O Supremo rejeita a pretensão do menor, mas acolhe a da mãe, valendo-se quanto a esta dos fundamentos de uma decisão anterior, de 2001¹⁷⁶.

Condena, assim, os demandados a pagar à autora uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, incluindo despesas de acompanhamento clínico permanente da criança, tratamento e acompanhamento técnico, próteses, educação e instrução especial.

¹⁷⁵ STJ, 17.1.2013, processo 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado pela Cons. Ana Paula Boularot e disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebbd3b80257af7003ca979?OpenDocument>.

¹⁷⁶ Decisão de 19.6.2001, no Processo 01A1008 que veremos adiante.

A pretensão do menor improcedeu, dizendo-se a mesma contrária aos princípios constitucionais de proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, além de não estarem no caso verificados os pressupostos de ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre a atividade do médico e as malformações do menor. Do mesmo modo, afasta-se a possibilidade de um qualquer efeito externo, extensivo ao feto, do contrato celebrado entre o médico e a mãe, com o argumento de o feto carecer de personalidade jurídica, nos termos do art. 66.º do Código Civil. Adita-se, por último, não constituir “o nascimento deficiente” um dano reparável.

O interesse do aresto, para além do sentido da decisão, reforça-se com a emanção de uma declaração de voto¹⁷⁷ e de um voto de vencido¹⁷⁸. Aquela, frisando que o direito da autora foi violado, refere-se à possibilidade de opção pelo aborto, não punível, nos termos do art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, por caber no prazo da lei, das vinte e quatro semanas. Alude-se à condenação solidária dos réus – centro de radiologia e médico –alicerçada na verificação dos pressupostos da responsabilidade civil quanto a ambos, radicando a responsabilidade da pessoa coletiva no art. 800.º do CC. Com relação à pretensão do menor, enfatiza que, inexistindo um *direito a não nascer*, não é de excluir a figura do contrato com proteção para terceiros, nem também a ilicitude, culpa e o nexo de causalidade. Por isso, repudia a argumentação de que o reconhecimento abriria a porta a ações contra os pais. Quanto à indemnização da mãe, a declaração realça a conveniência de autonomizar no património dela o valor recebido a título de danos patrimoniais, colocando-o a salvo dos credores e protegendo-o em benefício do filho, também no caso de morte daquela, propondo que assumisse a forma de renda, pelo menos em parte.

No voto de vencido, visando a procedência do pedido de *wrongful life* por danos não patrimoniais, sustenta-se que o falso negativo constitui uma violação contratual por parte do médico, sendo a obrigação deste uma obrigação de resultado e não de meio, ao contrário do que afirma a fundamentação do acórdão. A atribuição de indemnização à criança, aduz-se, ao invés de diminuir a sua condição humana, permitir-lhe-ia suportar de forma mais digna o *encargo de viver*. Acrescenta-se que, não tendo o feto personalidade jurídica, o contrato celebrado com a mãe, grávida, estende-se-lhe por intermédio dela, ainda que o direito derivado da violação contratual apenas se autonomize com o nascimento. Interessante, ainda,

¹⁷⁷ Da responsabilidade da Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

¹⁷⁸ Apresentado pelo Cons. Pires da Rosa.

é o ponto de vista expresso quanto ao direito da mãe à IVG, dentro do prazo previsto no art. 142.º Código Penal, que se diz ser exercido por ela também em nome do filho¹⁷⁹.

A decisão baseou-se também na argumentação de uma decisão anterior, de 2001¹⁸⁰. Nessa altura, em apreciação estava um pedido de *wrongful life* formulado pela criança, aliás representada pelos pais. O demandante invocava danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes de malformações no nascimento, alegando que as mesmas não tinham sido detetadas pelo médico e pela clínica privada onde a mãe fora assistida durante a gravidez. O tribunal rejeitou o pedido, com base nos seguintes argumentos:

a) Desconformidade (?) entre o pedido e a causa de pedir, significando que a violação do dever de informar a progenitora sobre as malformações não se reflete na esfera da criança que;

b) O aborto embriopático e fetopático visa apenas o interesse da mãe e não o interesse do filho;

c) Sendo a malformação fetal independente dos atos do médico, nenhum direito do autor foi violado, a não ser um suposto “direito à não existência”, que a lei não prevê nem tutela;

d) Finalmente, a ter fundamento, a pretensão da criança só poderia ser exercitada pela própria, quando maior, sendo inadmissível a representação pelos pais, dada a natureza eminentemente pessoal da reivindicação¹⁸¹.

Há outras situações posteriores em que o tema aflora na jurisprudência e que cabe referir. Em 2012, a Relação de Lisboa¹⁸² conhece o recurso de uma ação de *wrongful birth*¹⁸³.

¹⁷⁹ O voto de vencido é aplaudido por SIMÕES, Fernando Dias, que o considera uma quebra do anterior consenso, in *Nascimento indevido mas não vida indevida*: um voto de vencido, disponível em: <http://pearlriverdelatlaw.wordpress.com/2013/01/27/nascimento-indevido-mas-nao-vida-indevida-um-voto-de-vencido/>.

¹⁸⁰ STJ, 19.6. 2001, processo 01A1008, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument&Highlight=0,pinto,monteiro,perruche>. A decisão encontra-se, ainda, publicada na RLJ 134, p. 371 e ss., seguida de anotação de MONTEIRO, António Pinto, tendo-a este autor também analisado na *European Review of Private Law*, 2003, Vol. 11, n.º 2 - *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001, Portuguese case note*, p. 220 e ss. Mais comentários ao mesmo acórdão podem ver-se em CORDEIRO, António Menezes, *Tratado.*, Parte geral, Tomo III, 2004, p. 287; PEREIRA, André G. Dias, *O consentimento informado.*, p. 387 e ss.; PINTO, Paulo Mota Pinto, *Indemnização...cit.*, p. 925 e ss. e 944; KERNE, Gisela Hildegard, *O valor absoluto da vida humana – Limite para a responsabilidade civil?* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, 2007, p. 81 e ss.; CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful birth*, *Sub Judice*, 38, 2007, p. 104; SIMÕES, Fernando Dias, *Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana*. *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. VIII, n.º 13, p. 196; RAPOSO, Vera Lúcia, *As Wrong action*, p. 72, e, da mesma autora, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal.*, p.78 e ss. Do relator do acórdão, Conselheiro MONTEIRO, Fernando Pinto, pode ver-se *Direito à não existência, direito a não nascer*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Vol. II, 2006, p. 131 e ss.

¹⁸¹ A questão da representação processual, na perspetiva adiantada pelo STJ, é censurada pela doutrina posto que, na maioridade, o filho pode continuar a não ter capacidade de exercício de direitos (v.g.interdição por anomalia psíquica profunda). *Vide*, PEREIRA, André Gonçalo D., *ibidem*, p. 388, nota 873 e CORREIA, Vanessa, *Wrongful birth*, p. 106.

Questiona-se se a prova de que as malformações eram detetáveis nas ecografias da mãe poderia ser prova testemunhal ou teria que ser pericial, concluindo-se não haver razão que imponha esta última. Por outro lado, o tribunal não exige a prova de que os pais teriam optado pela IVG, caso tivessem informação sobre a existência de malformações. Pontua ainda o aresto que a posição subjetiva no caso violada é a liberdade de decidir de forma esclarecida, considerando – quanto à faculdade de abortar - não ser exigível a demonstração de que o aborto seria autorizado no caso concreto pela comissão de ética do hospital.

No mesmo ano, a Relação do Porto¹⁸⁴, em ação que discutia o caso de uma criança nascida com síndrome poliformativo não detetado pelo médico radiologista das ecografias, às doze e dezanove semanas de gestação, considera haver erro ao indicar nos relatórios que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional. Tal erro, acrescenta-se, impediu a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade.

A ação de *wrongful birth* procede, sendo a mãe indemnizada por danos patrimoniais (o lucro que deixou de obter por abandonar a atividade profissional) e não patrimoniais (da violação do direito de autodeterminação, mais do desgosto e angústia perante o sofrimento do filho). O pedido de “vida indevida” é rejeitado, com o argumento de que a criança deficiente não tem um direito próprio de indemnização pelo facto de ter nascido, já que o mesmo violaria a sua dignidade pessoal. O tribunal, contudo, junta à indemnização da mãe um valor relativo a despesas de sustento e educação da criança nascida naquelas condições desfavoráveis.

De referir que temos ainda notícia de uma decisão de primeira instância, de 2008¹⁸⁵, em que um tribunal administrativo, no âmbito de um pedido de *wrongful life*, chega a um resultado inédito, o de conceder indemnização por danos não patrimoniais, mas rejeitá-la quanto ao dano patrimonial.¹⁸⁶

2.As *wrongful actions* e a responsabilidade civil

¹⁸² No processo 1585/06.3TCSNT.L1-1. Decisão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument>

¹⁸³ Em primeira instância, o pedido de *wrongful life* foi julgado improcedente não tendo a sentença sido objeto de recurso nessa parte.

¹⁸⁴ Em acórdão de 1.3.2012, no processo 9434/06-6TBMTS.P1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>

¹⁸⁵ TAF Coimbra, 9.5.2011, no âmbito do processo 533/97.

¹⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico.*, p. 83 e ss.

Há quem pretenda, como dissemos, a inscrição dos danos destas ações, mormente de *wrongful life*, fora dos quadros da responsabilidade civil¹⁸⁷. A lei francesa (*Loi* n.º 2002-203, de 4 de março), por exemplo, considera que as necessidades especiais dos cidadãos portadores de deficiências ou malformações congénitas graves devem ser respondidas no domínio da segurança social, fora e para além da geografia contenciosa.

Todavia, remeter a solução do problema para o plano social, além de não responder na prática aos danos concretos em presença¹⁸⁸, acaba por obnubilar o facto que lhes dá origem: o ilícito dos profissionais de saúde, ao errarem um diagnóstico ou uma informação que é tudo o que lhes é pedido no campo do aconselhamento genético, isto numa era em que o avanço da ciência e da tecnologia médicas permite evitar sofrimentos escusados¹⁸⁹.

Deste modo, sem prejuízo de intervenção complementar na cobertura dos riscos, parece bem que o direito civil, mormente no capítulo da responsabilidade, se mostra adequando para responder às solicitações em presença, como evidenciam aliás as tendências evolutivas da doutrina e da prática judicial estrangeira¹⁹⁰.

Vejamos como, de seguida, e em que medida.

2.1. Natureza da responsabilidade nas *wrongful actions*

Em termos genéricos, e não apenas quando está em causa o aconselhamento genético, no campo da responsabilidade médica, temos de ter em conta a distinção entre duas fontes de responsabilidade civil, a contratual e a extracontratual.

Atendo-nos ao caso das *wrongful claims*, o panorama é muito semelhante ao da responsabilidade médica em geral. Assim, se o médico atua sob impulso do doente num quadro de oferta privada de serviços, há entre ambos um encontro de vontades com vista à produção de um efeito jurídico de natureza contratual.

O contrato em causa é consensual, no sentido de que não está sujeito a forma (art. 219.º Código Civil)¹⁹¹ e tem um cunho eminentemente pessoal, a escolha do médico pelo

¹⁸⁷ Vide I, 3.5.

¹⁸⁸ Conforme nota MORAITIS, A., in *When childbirth becomes*, p. 57 e 58, o qual propõe para estas situações um “new, independent scheme (probably privatised or at least only partially financed from the State)”, adiantando: “positive intervention on the legislative level in the field of *wrongful birth* and *wrongful life* cases is the best witness to the considerable difficulties in regulating the relevant matters and dilemmas”.

¹⁸⁹ Pondo, ainda, em causa as finalidades ressarcitória e sancionatória da responsabilidade civil, conforme bem acentua PEREIRA, André G. Dias, in *O consentimento*, p. 388.

¹⁹⁰ Segundo PINTO, Paulo Mota, in *Indemnização*, p. 945, “antes de passar do plano da justiça *correctiva* para o da justiça *distributiva*, típica da segurança social, há que esgotar todas as potencialidades dos mecanismos jurídicos da responsabilidade civil”.

¹⁹¹ Sobre a distinção entre negócios consensuais e negócios solenes ou formais pode ver-se, entre outros, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., p. 430 e ss.

cliente sendo feita em função da confiança que inspira. O contrato tem natureza onerosa, sendo em regra de execução continuada¹⁹².

É pacífica, atualmente, a natureza contratual da responsabilidade médica¹⁹³.

No caso do aconselhamento genético, os pais ou, pelo menos, a mãe, procuram o médico (obstetra, radiologista ou outro) no consultório, estabelecendo-se um contrato de prestação de serviços (art. 1154.º Código Civil) cuja eventual violação se aprecia em sede de responsabilidade contratual.

É também vulgar a atividade do médico inscrever-se no âmbito de uma clínica privada¹⁹⁴, emergindo do art. 800.º do Código Civil que o médico, assim como a clínica, é responsável pelos atos das pessoas que utiliza no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados pelo próprio, sendo ainda responsável pela escolha dessas pessoas, pelas deficientes instruções que lhes preste¹⁹⁵, ou pela forma como acompanha a sua atuação (arts. 798.º e 500.º Código Civil)¹⁹⁶.

Nessa situação, a responsabilidade é solidária (art. 512.º Código Civil), ferindo-se de nulidade quaisquer cláusulas pelas quais o médico, por convenção com o doente, exclua a responsabilidade pelos seus atos ou dos seus auxiliares (art. 800.º, n.º 2, Código Civil).

Assim, se o médico, na execução do DPN, se socorre de terceiros (laboratórios, por exemplo) para realizar exames ou outros procedimentos de diagnóstico genético, a responsabilidade por falso negativo em virtude de erro na execução daqueles procedimentos cabe ao médico e aos terceiros.

Se não sofre dúvida, em tese, a natureza contratual da responsabilidade decorrente do erro médico no contexto descrito, casos há em que a atuação médica se arruma nos quadros da responsabilidade extracontratual. Assim sucede, por exemplo, quando há ofensas corporais ou a morte, que podem mesmo merecer repressão criminal [veja-se a ofensa à integridade física por negligência prevista no art. 148.º, n.ºs 1 e 2, al. a), do Código Penal, ou o crime de homicídio por negligência do art. 137.º ou, ainda, a prática ilegal de aborto prevista no art.

¹⁹² Sobre a distinção entre prestações instantâneas e duradouras podem ver-se, entre outros, ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, 1983, p. 47 e ss., e VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, 6ª ed., p. 93 e ss.

¹⁹³ Ainda que, tradicionalmente, se verificasse uma certa relutância na aceitação da ideia que o médico pudesse presumir-se culpado por erro cometido na execução do tratamento, como ocorre na responsabilidade contratual, por força do art. 790.º do Código Civil - cfr. DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, p. 223, e PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade civil do médico*, p. 56.

¹⁹⁴ O contrato que liga o paciente à clínica é um *contrato total de hospital* por envolver prestações diversas que vão desde a atividade médica propriamente dita até a atividades extra-médicas e paramédicas - assim, MORILLO, *ob. cit.*, p. 162. Sobre o conteúdo da relação entre a clínica e o paciente e a natureza das obrigações assumidas, pode ainda ver-se DIAS, João Álvaro, *idem*, p. 241-242.

¹⁹⁵ A não ser que a direção da clínica não seja exercida por profissionais da medicina pois, nesse caso, não existe possibilidade de aquela transmitir ordens ou instruções aos médicos que ali exerçam.

¹⁹⁶ Mais desenvolvido em DIAS, João Álvaro, *idem*, p. 248.

140.º]. Tais condutas enquadram-se, do ponto de vista indemnizatório, no campo da responsabilidade extracontratual¹⁹⁷.

No caso concreto das ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* qualquer destas hipóteses é de difícil verificação, desde logo porque a emissão de um diagnóstico implicando um falso negativo não é configurável como ilícito criminal.

Em todo o caso, genericamente, o médico que avalia erradamente a condição do paciente ou negligencia a terapêutica e causa danos ao paciente pode responder pelas duas vias, por incumprimento (ou cumprimento defeituoso¹⁹⁸) do contrato de prestação de serviços e pela violação do dever de respeito pela integridade física ou vida do paciente, caso ofenda tais bens jurídicos¹⁹⁹.

Embora haja pontos comuns entre os dois tipos de responsabilidade (contratual e extracontratual), há diferenças desde logo no que tange à extensão do dano indemnizável²⁰⁰, aos prazos de prescrição²⁰¹, aos sujeitos e aos pressupostos da obrigação ressarcitória, com relevo para o ónus de prova da culpa²⁰².

Nesta situação, por que via optar, sabendo-se que há direito a receber uma única indemnização e que a ação a propor é apenas uma, correspondendo a uma só pretensão e a um único dano²⁰³?

Aquando da preparação do atual Código Civil, propôs-se a possibilidade de se cumular as regras das duas responsabilidades, solução que não foi expressamente acolhida.

Não obstante, Figueiredo DIAS e Sinde MONTEIRO²⁰⁴ consideram que:

«se as partes concluíram um contrato, isso significa que querem que para as relações entre elas valham apenas as regras que disciplinam esse contrato (...). Mas, em

¹⁹⁷ Configuram, ainda, hipóteses de responsabilidade extracontratual o exercício da atividade médica em situação fortuita e de urgência, em caso de pessoa inanimada ou de incapaz não representado, ou mesmo quando o contrato médico é nulo. Sobre estas hipóteses, veja-se DIAS, João Álvaro, *idem*, p. 226.

¹⁹⁸ O incumprimento imputável ao médico apresenta-se, na maioria das vezes, não como omissão ou atraso na implementação dos meios em que se traduz a sua prestação, mas no emprego de menor cuidado do que lhe era exigível, pelo que o incumprimento será de “violação contratual positiva” (expressão empregue pela doutrina alemã) ou “cumprimento defeituoso” – vide PEDRO, Rute Teixeira, *Responsabilidade civil do médico*, p. 111.

¹⁹⁹ Neste sentido, SOUSA, Teixeira de, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, p. 136.

²⁰⁰ É hoje pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais tem lugar em sede de responsabilidade contratual (cfr., por ex. MONTEIRO, Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, p.84).

²⁰¹ A prescrição na responsabilidade civil extracontratual é, em regra, mais curta (art. 498.º do Código Civil) do que no caso da responsabilidade civil contratual (cfr. art. 309.º do Código Civil).

²⁰² Na responsabilidade delitual, salvo situações de inversão do *onus probandi*, é sobre o lesado que impende o ónus da prova (art. 487.º, n.º 1, do Código Civil), recaindo sobre o devedor o ónus da prova na responsabilidade obrigacional (art. 799.º do Código Civil).

²⁰³ O qual, contudo, pode ter uma dupla repercussão: violar o contrato e violar o direito absoluto na esfera do credor. Cfr. ALARCÃO, RUI de, *Direito das obrigações*, p. 210.

²⁰⁴ F. DIAS-S. MONTEIRO, *A Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, 334, 1984, pág. 40.

sentido contrário, pode argumentar-se que o facto de terem concluído um contrato não tem de forma alguma de significar que se presume terem querido renunciar à proteção que em geral lhes é garantida pela lei (...). Pensamos que, na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a “solução natural”, a da concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidade»²⁰⁵.

No domínio da responsabilidade médica tem-se considerado que remeter o lesado para o regime da responsabilidade extracontratual, além de o sobrecarregar com o ónus da prova da culpa²⁰⁶, não responde à especificidade da situação, pois o médico está não apenas sujeito a um dever geral de abstenção de lesão dos direitos e interesses de outrem (o paciente), como está também vinculado a uma prestação positiva de *facere*, emergente da finalidade do contrato que o liga ao paciente, admitindo-se assim que o lesado opte por uma ou outra, ou mesmo cumule na mesma ação as regras das duas modalidades de responsabilidade²⁰⁷.

Deste modo, quando abordamos as *wrongful actions*, a primeira questão a colocar é a de saber qual a natureza da situação em causa (contratual ou extracontratual). Mas, deparando-nos com o diagnóstico pré-natal, pode vir a concluir-se que os limites relativos das obrigações contratuais são demasiado apertados, sendo então de apelar às regras da responsabilidade extracontratual.

Vejamos, os sujeitos do contrato celebrado podem ser ambos os progenitores ou apenas a mãe²⁰⁸, como é mais comum. Ora bem, tendo o contrato em vista o aconselhamento genético, visa dar informação sobre a saúde do nascituro durante o período de gestação ou até mesmo antes da conceção.

²⁰⁵ A faculdade de opção pelo lesado entre as duas espécies de responsabilidade é admitida por MONTEIRO, Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 398 e ss. O concurso dos dois regimes foi, ainda, aceite em vários arestos jurisprudenciais, como por exemplo, no Acórdão da Relação de Coimbra, de 4.4.05, em Coletânea de Jurisprudência, 1995, II, p. 31 e ss.

²⁰⁶ Ónus esse que não se verifica nos casos em que exista presunção de culpa, nos termos do n.º 2 do art. 493.º do Código Civil, como sucede quando o médico usa aparelhos perigosos tal como os aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise, as incubadoras, etc. Também é considerada perigosa e, por isso, determinante da inversão do ónus da prova, a atividade de transfusão de sangue; assim Ac. do STJ, de 13.3.07, no Processo 07A96, em www.dgsi.pt. SOUSA, Teixeira considera que a utilização de máquinas que exigem manuseamento atento, como seja o aparelho de anestesia, é um dos casos de inversão deste ónus, não podendo o médico assumir a garantia do funcionamento dos aparelhos mas cabendo-lhe o ónus da prova de que os danos por eles causados não resultaram de negligência sua (*in “Ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*, p. 138).

²⁰⁷ Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *Portuguese Case Note*, *cit.*, p. 222 e ALARCÃO, RUI de, *Direito das obrigações*, p. 211.

²⁰⁸ Poderão cogitar-se quatro hipóteses em que se verifica vinculação contratual de ambos os progenitores: 1. quando ambos surgem como pacientes frente ao médico; 2. quando exista representação voluntária de um pelo outro; 3. quando no contrato celebrado com o médico se incluiu o outro no âmbito contratual; 4. quando exista contrato a favor de terceiro (ex., quando a assistência recebida se inscreve no âmbito de um contrato de seguro que inclui o cônjuge como beneficiário). Sobre estas situações, veja-se MORILLO, *ob. cit.*, p.169.

Isto posto, não é apenas a mãe a interessada nessa informação (sê-lo-á, em regra, quando a prestação médica se produza na fase pré-natal), mas também o pai (que pode até ser o único paciente a consultar o médico, lembre-se a hipótese de diagnóstico em fase preconcetiva), podendo ver-se também a criança como beneficiária do contrato celebrado²⁰⁹. Não será, assim, irrelevante ponderar se, em caso de violação das obrigações contratuais, não poderá igualmente nascer um direito na titularidade de outrem, não apenas da parte contratante.

Como se referiu²¹⁰, o contrato celebrado por um dos progenitores pode ver a sua eficácia alargada, pelo menos, ao progenitor não contratualmente afetado, seja por via das regras do regime de casamento [se existir casamento e se considerar - o que não é certo - que o contrato celebrado por um dos cônjuges com o médico torna o cônjuge que não é parte credor da prestação do médico - arts. 1678.º e 1691.º, n.º 1, al. b), do Código Civil], seja, pelo menos, pela figura do contrato com eficácia relativamente a terceiros, como se pretende na doutrina alemã.

Não sendo assim, o progenitor que não seja parte do contrato – normalmente o pai – perante o falso diagnóstico, poderá valer-se das regras da responsabilidade civil extracontratual.

Para além destes dois quadros, contratual e extracontratual, há ainda que contar com a possibilidade de a prestação médica surgir num outro cenário, do âmbito administrativo, de responsabilidade do Estado ou de pessoas coletivas públicas. Lembre-se que, recentemente, sobretudo no pós-guerra, o exercício da Medicina foi sendo encarado pelos Estados como uma função a centralizar em serviços públicos, passando a *cura* a praticar-se em hospitais e centros estatais, dotados de meios técnicos e humanos capazes de dar satisfação à exigência, até constitucional (art. 64.º da Constituição), de assegurar o acesso universal aos cuidados de saúde, de forma tendencialmente gratuita.

Assim, em muitos casos, o erro de diagnóstico no aconselhamento genético ocorrerá no seio de hospitais públicos ou de instituições de saúde públicas, onde prestarão serviço os profissionais responsáveis pelo falso negativo.

Nesse caso, o conhecimento da ação de responsabilidade emergente caberá aos tribunais administrativos, além de a responsabilidade se reger por legislação especial, de direito público²¹¹.

²⁰⁹ Sobre esta matéria nos deteremos com mais desenvolvimentos a propósito da ilicitude nas ações de *wrongful life* - 3.1.2.

²¹⁰ Cfr. II, ponto 7.

²¹¹ A Lei n.º 67/2007, de 31.12, aplica-se aos pedidos de indemnização contra o Estado e demais pessoas coletivas de

2.2.Requisitos gerais da responsabilidade civil

2.2.1.Ilicitude e culpa

Entre nós, a responsabilidade civil extracontratual tem assento no Código Civil (art. 483.º e ss.), onde se expõem os fundamentos basilares da obrigação de indemnização baseada na culpa do autor da lesão (responsabilidade subjetiva²¹²).

Já a responsabilidade civil obrigacional (negocial, contratual) tem raiz numa obrigação, seja esta emergente de um contrato, de um negócio unilateral ou da lei, designando-se, por comodidade, como responsabilidade contratual (art. 798.º do Código Civil).

De acordo com a formulação normativa, a causa de pedir na ação é constituída pelo conjunto de factos donde promana o direito à reparação do dano, a saber:

- facto ilícito;
- culpa (sob a forma de dolo ou negligência), tendo este nexa de imputação subjetiva como paradigma o padrão do homem médio (art. 487.º do Código Civil);
- dano ou prejuízo, consistindo este na perda sofrida pelo lesado e que se reflete na sua situação patrimonial (dano *material* ou *patrimonial*) ou é insuscetível de avaliação pecuniária, mas se mostra digna de *satisfação* (dano *não patrimonial* ou *moral*)²¹³;
- nexa de causalidade, entre o facto e o dano.

Assim, para que surja a obrigação de indemnizar, é necessário que ocorra um ato (ou omissão, caso em que se exige o correspondente dever de agir – art, 486.º do Código Civil), dominável por uma vontade livre que se revele antijurídica, isto é, que viole direitos de

direito público, mormente – no que aqui interessa - por danos resultantes da administração da saúde. Sobre a competência da jurisdição administrativa cf. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002, 19/2, com última alteração introduzida pela Lei n.º 20/2012, de 14.5). Neste quadro, os médicos são responsáveis pelos danos causados se tiverem procedido “com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” (art. 8.º, n.º 1), sendo o Estado ou a instituição pública para que prestem serviço diretamente responsável para com o lesado, gozando depois de direito de regresso contra o profissional (art. 8.º, n.º 3) e existindo solidariedade entre agente e instituição se o ato tiver sido cometido no exercício das funções e por causa desse exercício. Sobre a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas em caso de erro médico, pode ver-se PEREIRA, André Gonçalo D., *in Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 17, 2007, p-11-22.

²¹² Os casos em que a obrigação de indemnizar não depende de culpa – responsabilidade pelo risco – são excepcionais e tipificados, como resulta do n.º 2 do art. 483.º do CC, não se tratando aqui dos mesmos por no caso da responsabilidade por erro médico não ser esse o perfil que quadra à situação em presença, baseada na culpa.

²¹³ Para maiores desenvolvimentos sobre os requisitos em apreço, vejam-se obras mencionadas *supra* na nota 1 em II.

outrem ou uma disposição legal destinada a proteger interesses de terceiro²¹⁴, decorrendo dano causalmente ligado ao ato.

A ilicitude, como se sabe, traduz-se num juízo de caráter objetivo face à conduta do agente, ou seja, trata-se de apurar se o comportamento do agente é, em abstrato, merecedor de censura à luz do ordenamento jurídico.

A culpa, por sua vez, redonda num desvalor subjetivo, procurando apurar se a conduta do agente em concreto é em si reprovável, ou seja, se o agente podia agir de forma diferente e em conformidade com o dever ser.

No capítulo da responsabilidade médica está e causa, por regra, uma culpa negligente ou não intencional, caracterizada pela omissão da diligência devida, uma vez que, dada a formação ética dos médicos, serão raros os casos em que haja dolo ou intenção de prejudicar o doente.

A culpa do médico é considerada uma deficiência da vontade, consistente na falta de cuidado e aplicação, mas também uma deficiência da conduta, cifrada na impreparação técnica.

Se a ilicitude implica a violação de uma obrigação contratual, dos deveres de diligência ou de um direito subjetivo, a culpa, na forma de negligência, deriva, nas ações *wrongful birth/wrongful life*, da omissão do dever de cuidado exigível, pelo que “haverá então, nestas situações, uma assimilação entre o incumprimento e a atuação culposa”²¹⁵, assim se justificando o seu tratamento conjunto.

Uma e outra, ilicitude e culpa, são avaliadas de acordo com o critério do médico com experiência média, isto é, o padrão de comparação é do *bonus paterfamilias* da medicina, o médico normalmente diligente e sagaz, reunindo os conhecimentos adequados à especialidade e de acordo com a evolução do seu tempo, tendo em conta a experiência do médico em concreto, as condições disponíveis, de diagnóstico e de tratamento, o tempo e o local da prestação, etc.

2.2.2.O dano

O dano consiste no prejuízo causado ao bem ou interesse juridicamente protegido na esfera do lesado, podendo ter uma repercussão de natureza patrimonial, imediatamente

²¹⁴ Para que se verifique ilicitude, neste tocante, é necessário: “que à lesão dos interesses do prejudicado corresponda a violação de uma norma legal; que a tutela dos interesses particulares figure entre os fins da norma violada; que o dano se verifique no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar”, ALARCÃO, Rui, *ob. cit.*, p. 243-244. Há, ainda, a assinalar o abuso de direito (art.º 334º do CC) como fonte de ilicitude.

²¹⁵ PEDRO, Rute Teixeira, *ob. cit.*, p. 107.

avaliável em termos pecuniários, ou ser insuscetível de tal avaliação, quando tem por objeto um bem ou interesse imaterial.

Nas ações em tabela, as reclamações formuladas são pedidos de indemnização por danos patrimoniais (na terminologia original onde emergiram as ações fala-se de *loss of wages, medical expenses e costs of raising the child*) e de compensação por danos morais (*pain and suffering, emotional distress e loss of consortium*).

A obrigação de indemnizar é o dever que impende sobre o responsável de repor o lesado na situação hipotética em que estaria se não tivesse ocorrido o evento lesivo, dando a lei prevalência ao princípio da reposição natural (art. 562.º do Código Civil).

Calcula-se o montante do dano (e não o dano propriamente dito) comparando a situação atual do lesado e a que existiria caso não tivesse havido lesão (teoria da diferença). Com efeito, dispõe o art. 566.º, n.º 2, do Código Civil, que “a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e que teria nessa data se não existissem danos”.

2.2.3. Nexo de causalidade

Por ser no capítulo do nexos de causalidade que maiores objeções se erguem às ações *wrongful life*, vejamos este requisito com mais detida atenção.

O nexos de causalidade respeita ao tipo de relação que intercede entre a ação do lesante e o dano do lesado.

Em oposição à teoria instalada, da equivalência das condições (teoria da *conditio sine qua non*), formulou-se, na Alemanha oitocentista, a teoria subjetiva da causalidade adequada, segundo a qual não basta que um facto seja condição de um dano para se considerar causa dele, sendo necessário que se trate de uma condição tal que provoque o mesmo resultado, como consequência normal e adequada²¹⁶.

Ao contrário da teoria da equivalência das condições, na causalidade adequada a “causa” é estabelecida em abstrato e não em concreto, sendo necessário que o julgador retroaja mentalmente até ao momento da ação ou da omissão para verificar se esta era ou não adequada a produzir o dano (juízo de “prognose póstuma”).

Ora bem, é para a teoria da causalidade adequada que parece apontar a formulação do art. 563.º do Código Civil²¹⁷. Todavia, o estabelecimento do nexos causal não tem de cingir-se

²¹⁶ Sobre a evolução da dogmática relativa à causalidade podem ver-se, ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, p. 280 e ss., e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, p. 858 e ss.,

²¹⁷ Embora com uma formulação deficiente que deixa ao critério do intérprete liberdade para optar pela solução que lhe

aos parâmetros estreitos desta teoria e, não obstante ser essa a solução que parece decorrer da letra da lei (“*provavelmente não teria sofrido*”), a verdade é que não estão afastadas outras formulações.

Após criticar a teoria da causalidade adequada, Menezes CORDEIRO²¹⁸ refere-se à teoria do escopo da norma violada (também conhecida por teoria da relatividade aquiliana) como sendo o meio idóneo de resolução de casos de fronteira²¹⁹.

Esta teoria funda-se no pressuposto de que não é possível individualizar um critério único e válido para aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil, propondo que o intérprete atenda à função da norma violada, para verificar se o evento danoso recai no seu âmbito de proteção. De modo que, quando o ilícito consiste na violação de regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é proibida²²⁰.

Assim, para Menezes CORDEIRO²²¹, no campo da responsabilidade civil, “tudo quanto tenha a ver com omissões, com normas de proteção e com deveres do tráfego tem um enquadramento causal fácil, à luz do escopo das normas em presença”²²².

pareça mais defensável, como refere VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, p. 871.

²¹⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 1996, p. 534 e ss.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *in O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1974, p. 314-315, ao examinar a responsabilidade do Estado por atos lícitos considerava já ser insuficiente a teoria da causalidade adequada:

“a) Uma vez porque a questão não pode ser solucionável em sede de causalidade. A mudança de uma estrada, a supressão de uma via férrea, a deslocação de uma Universidade serão actos estaduais susceptíveis de acarretarem o aniquilamento económico dos hoteleiros e livreiros (...). A medida estadual é abstractamente causa adequada dos danos sofridos pelos comerciantes referidos. (...) porém (...) alargar a responsabilidade estadual a todos os danos desta espécie, cairíamos na aceitação de uma responsabilidade objectiva geral do Estado (...) b) Noutros casos passa-se o inverso: a teoria da causalidade adequada leva-nos a negar a existência de um nexo causalístico para certos danos que, razoavelmente, se devem considerar merecedores de tutela reparatória a cargo do Estado”.

²²⁰ A teoria em apreço é explicada por Antunes Varela, *in Das obrigações em geral, cit.*, p. 871 e ss., não com a pretensão de substituir o nexo de causalidade adequada, mas detendo a utilidade incontestada de ser um elemento auxiliar na resolução de dúvidas que se suscitam quanto à existência quer da ilicitude, quer do nexo de causalidade, explicando-a deste modo:

“Trata-se da teoria segundo a qual a distinção entre os danos indemnizáveis e não indemnizáveis se deve fazer, não em obediência ao pensamento da *causalidade adequada* do facto, mas tendo em vista os reais interesses tutelados pelo *fim do contrato*, no caso da responsabilidade contratual, ou pelo *fim da norma legal*, no caso da responsabilidade extracontratual”.

²²¹ CORDEIRO, M., *ibidem*, p. 555.

²²² Aliás, CORDEIRO, M. (*ob. cit.*, p. 542 e ss.) examina de forma crítica a evolução do tratamento do tema da causalidade na jurisprudência nacional identificando três estádios de evolução:

“Num primeiro grupo de casos, verificamos que a causalidade é tratada, a nível do Supremo, em termos intuitivos, embora sempre com a possível sindicância normativa. (...)”

Também Menezes LEITÃO²²³ defende a teoria do escopo da norma violada, referindo, por exemplo:

“Já a teoria do escopo da norma violada defende, pelo contrário, que para o estabelecimento do nexo de causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Assim, a questão da determinação do nexo de causalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos (...). Efetivamente a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a averiguação do nexo de causalidade apenas se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de proteção da norma que determina essa consequência jurídica”.

Por outro lado, mesmo a causalidade adequada não afasta a causalidade mediata ou indireta, ocorrendo esta quando o facto não produz o dano, mas desencadeia ou proporciona outro facto que leva à verificação daquele²²⁴.

3. Ilicitude e culpa nas *wrongful claims*

Os pressupostos da ilicitude e da culpa são comuns, já se sabe, à responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Caso o médico incumpra uma obrigação de diligência e viole os deveres de cuidado e atenção que lhe eram exigidos, atua com culpa. Sendo assim a culpa a omissão do cuidado exigido, verifica-se aqui uma identificação entre os pressupostos da ilicitude e da culpa.

Esta identificação é explicada por V. RAPOSO²²⁵, nos termos seguintes:

Num segundo grupo, o Supremo passa, sob clara pressão doutrinária, a apelar à causalidade adequada supondo mesmo, por vezes – o que não é, reconhecidamente, o caso – que ela tem consagração legal. Subjacente há, contudo, sempre uma interpretação das regras jurídicas em presença. (...) Finalmente, o Supremo, embora referindo, ainda, ‘uma causalidade adequada’ passa a ponderar os problemas em termos normativos.”

²²³ LEITÃO, M. *Direito das obrigações*, 2010, p. 348.

²²⁴ Cfr. LIMA, P. - VARELA, A., *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Ed., p. 579. Também a jurisprudência admite a causalidade mediata, vejam-se v.g. Ac. STJ, de 7.4.05, Proc. 05B294, em www.dgsi.pt, onde se lê: *O art. 563.º do Código Civil consagra a doutrina da causalidade adequada na sua formulação negativa e (...) admite. – não só a ocorrência de outros factos condicionantes; - como ainda a causalidade indirecta, bastando que o facto condicionante desencadeie outro que directamente suscite o dano.*

“Se é certo que as *leges artis* materializam a ilicitude apontada ao profissional de saúde, acabam igualmente por se repercutir na culpa, dado que é o conteúdo destas regras que em boa medida conforma o dever de cuidado exigível ao médico, isto é, aquele tipo de comportamento que se esperaria de um médico normalmente diligente e cumpridor”.

Ora, o que se debate nas ações de *wrongful birth* e de *wrongful life*, em primeira linha, é uma doença ou malformação congénita não derivada de uma atuação direta do médico ou do profissional de saúde responsável pelos meios envolvidos no DPN. A situação patológica relaciona-se antes com a omissão do facultativo, quando se encara a mesma na sua concretização prática, isto é, na fase de transmissão aos progenitores da informação procurada pelos mesmos na consulta médica.

Vale isto por dizer que a omissão da diligência devida tem, nestas ações, uma estreita ligação com o dever de transmissão da informação aos progenitores, seja essa informação devida antes da conceção ou da transferência dos embriões, seja em fase de gestação, antes do termo do prazo em que a lei permite o aborto.

A conduta do médico, ou de outro pessoal responsável, integrando atuação ilícita neste campo pode por isso ter lugar na fase de execução do ato de diagnóstico (v.g. ecografia sem observância do protocolo respetivo), na fase de avaliação da situação detetada ou, antes destas duas, na fase inicial de consulta em que o médico omite a prescrição de exames necessários. Todas estas fases visando, como se sabe, um desfecho final, a informação sobre a saúde do conceturo ou do nascituro.

Considerando o exposto, temos que o falso diagnóstico pode reconduzir-se a quatro situações típicas:

- a. O médico omite informação acerca de todos os exames possíveis de DPC, DPI ou DPN que se revelem pertinentes para o caso tendo em conta os riscos concretos em presença;
- b. Perante as provas de DPN, o médico não descobre – sendo-lhe possível – a doença ou malformação futura (relativamente ao conceturo) ou atual (quanto ao nascituro);

²²⁵ RAPOSO, V., *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico*, p. 85.

- c. O médico não informa os progenitores acerca do resultado do DPN;
- d. A doença ou malformação foi detetada ou era detetável nas primeiras vinte e quatro semanas de gravidez e o médico só depois desse prazo informou da situação os progenitores.

A conduta do médico torna-se ilícita e culposa quando o mesmo inobserva as *leges artis*, isto numa situação em que a um médico normalmente diligente e cumpridor não escaparia o seu cumprimento.

Em todo o caso, o médico só é responsável quando o estado da ciência e da técnica - tendo em conta os métodos de exame, reconhecimento e diagnóstico disponíveis - lhe permitia adotar medidas que evitassem danos conhecidos²²⁶, isto é, quando a doença ou a malformação integram o elenco das que são detetáveis em DPN e quando este diagnóstico se impunha, por ser o caso de risco. Essas medidas são, neste domínio, as que permitiriam a correta transmissão aos progenitores da informação necessária e suficiente - não apenas em profundidade, mas também em tempo adequado - para a que estes, em liberdade, pudessem ainda equacionar a possibilidade de optar pela IVG.

A aferição da competência e responsabilidade do profissional de saúde, tendo em conta o estado da ciência à data do ato médico, coloca particulares limitações ao nível da responsabilidade. Pense-se, por exemplo, na realização diligente de uma ecografia pré-natal em que nada de anómalo é detetado, vindo no entanto a nascer uma criança portadora de várias deficiências físicas. É difícil compreender este resultado quando o objetivo primordial do exame é verificar a existência de feto viável e eventuais más formações físicas. Pode, no entanto, suceder que o estado da ciência no momento da realização do exame não permita ao médico aferir da deficiência. Sendo esse o caso, o falso diagnóstico não constitui o profissional de saúde em responsabilidade, mesmo que, posteriormente àquele concreto ato médico, o avanço da ciência venha a permitir a fácil deteção das malformações.

Além disso, há ainda que ter em conta que nos diagnósticos pré-concetivos e pré-natais, na maior parte das vezes, os resultados só podem oferecer-se em termos de probabilidade, pelo que um falso negativo sobrevindo nesta situação não constituirá atuação médica ilícita e culposa.

²²⁶ Já referimos em II, ponto 5, que a falta médica verifica-se mesmo que o erro de diagnóstico resulte da carência de meios técnicos ou humanos adequados para a realização do DPN, bastando que o médico disso não tenha alertado o paciente de modo a possibilitar-lhe a escolha por outros meios ou profissionais.

O médico é ainda responsável por colocar aos progenitores todas as questões pertinentes à descoberta de eventuais riscos teratogénicos. Assim, verificando-se que os pacientes omitiram certa informação ou responderam de forma incompleta ao questionário, sendo tais incorreções detetáveis pelo médico, que não aprofundou o inquérito genético, verificar-se-á concorrência de culpas entre o médico e os progenitores (art. 570.º do Código Civil).

O médico não é, porém, responsável, se certo exame não for realizado por os pais lhe não transmitirem certas informações que justificariam a sua realização, não sendo a omissão detetável por um médico mediantemente diligente, colocado na mesma situação.

No âmbito do diagnóstico pré-concetivo ou pré-natal, a violação do dever de informação pode ainda ocorrer, por exemplo, quando o médico não informou o paciente da probabilidade de gravidez, ainda que escassa, mesmo em caso de esterilização.

De facto, pode suceder que na realização de um ato médico relacionado com a esterilização masculina (vasectomia) ou feminina (laqueação de trompas), o profissional se depare com múltiplas técnicas válidas de procedimento. Ele adotará a que lhe parecer mais adequada de acordo com os seus conhecimentos e experiência. Deverá, no entanto, informar sempre o paciente das várias possibilidades, pois a este caberá a decisão final quanto à realização da intervenção. Caso venha a ocorrer o nascimento de uma criança, mesmo saudável²²⁷, não poderá, em princípio, responsabilizar-se o médico que cumpriu diligentemente a sua obrigação, a não ser que tenha omitido aquela informação.

Já se o médico não ponderou devidamente todas as soluções, *maxime* pelas limitações técnicas com que se debatia, ou não informou o paciente de tais limitações e das consequências das mesmas, não lhe dando assim a possibilidade de recorrer a outro profissional e a outra técnica, caso resulte uma gravidez indesejada, mesmo que de criança saudável, não pode concluir-se senão que o médico agiu ilicitamente e com culpa, violando o direito à autodeterminação do paciente.

3.1. O caso específico das *wrongful life actions*

Do exposto resulta claro que o estabelecimento da ilicitude e da culpa nas ações de *wrongful birth surge*, relativamente aos progenitores, da omissão pelo médico da informação que lhes permitiria a liberdade de se determinarem em consciência quanto ao início ou continuação do seu projeto concetivo.

²²⁷ Situação que configurará já uma ação de *wrongful conception*.

No que concerne aos pais, o falso negativo lesa, em primeira linha, a sua liberdade reprodutiva negativa, valor integrante do direito de personalidade.

É um ilícito com tal conteúdo que constitui pressuposto da argumentação vertida nas ações de *wrongful birth* intentadas pelos progenitores.

Todavia, já não é fácil estabelecer o ilícito cometido relativamente à pessoa ainda não concebida (conceituro) ou não nascida (nascituro) – a criança - que vem a constituir-se como demandante nas ações de *wrongful life*.

A resposta que de pronto se tem apresentado à questão – como fez o Supremo, aludindo a uma desconformidade entre o pedido da criança e a causa de pedir que invoca - é a de que o direito violado em tal situação será um hipotético direito a *não nascer* ou a ser *abortado*, uma e outra destas expressões a merecer reparo e uma forte censura ética.

Porém, afastando a coloração negativa que tais expressões despertam, como fazem alguns autores²²⁸, é útil ponderar se a ilicitude não resultará do facto de o médico, violando o dever para com os pais, violar outrossim um dever para com o filho. Essa ponderação será tanto mais pertinente quanto se aceite que a permissão de IVG, em caso de aborto *eugénico*, tem igualmente em vista, ainda que reflexamente, proteger a criança futura, impedindo que viva de forma gravemente deficiente.

Com isto teríamos uma demanda de “vida indevida” baseada na responsabilidade extracontratual, uma vez que não faria apelo a qualquer vínculo de que emergisse um eventual direito da criança a exigir do médico o cumprimento de uma prestação de base contratual.

3.1.1.A via da responsabilidade extracontratual

Deixando de lado, por ora, o problema da personalidade jurídica de quem ainda não nasceu com vida (art. 66.º do Código Civil), que trataremos mais adiante²²⁹, verificamos que a responsabilização civil do médico, nas ações de *wrongful life*, se afasta do quadro clássico da responsabilidade contratual, por falta de um contrato entre o médico e a criança futura.

²²⁸ PINTO, Paulo Mota, afirma que «no plano da ilicitude, talvez não seja, pois, útil trabalhar com um pretense “*direito a não nascer*”, ou com um “*direito à não existência*”(…). Tal noção (...) parece-nos, (...) susceptível de criar confusões (...) e pode obscurecer a problemática *substancial* (...)», in *Indemnização em caso...*, p.932. Do mesmo modo, SIMÕES, Fernando Dias, *Vida indevida?*, p. 198.

²²⁹ Cfr. *infra* 3.1.3.

Indubitavelmente, sobre o médico recai o dever de não causar lesões ao nascituro e de promover os tratamentos necessários às eventuais malformações que sejam curáveis, ainda que *in utero*²³⁰.

Mas, não terá aquele, similarmente, o dever de prevenir ou evitar o nascimento da criança com doença ou malformação grave resultante de causas naturais?

Colocando a questão de outro modo: demonstrando-se que a criança seriamente deficiente ou malformada não nasceria por a mãe abortar, caso o médico detetasse a deficiência, efetuando corretamente o diagnóstico e informando os pais, não poderá afirmar-se ser a criança também ofendida, embora indiretamente, pela negligência subjacente ao falso diagnóstico?

Para responder às questões, em vez de debater argumentos ideológicos associados a terminologias negativas (*direito a não nascer* ou *a não nascer deficiente*)²³¹, o que cabe verificar é se a norma penal que permite o aborto embriopático/fetopático [art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal] visa apenas o interesse da mulher grávida ou tem também implícito o interesse do filho²³².

Adiantando a resposta, dir-se-á que quando a lei exclui da tutela penal o aborto realizado dentro de certo prazo, o que visa impedir é o nascimento de pessoa sofrendo incuravelmente de grave doença ou de malformação congénita. A lei não vai apenas ao encontro do interesse da mãe; em nome da dignidade humana, propõe-se também evitar o sofrimento da pessoa que está para nascer.

Como veremos adiante, aludindo à noção de dano nas ações por *vida indevida*²³³, a justificação da solução encontra-se numa leitura atualista do que sejam direitos humanos e do

²³⁰ Não se duvida que a pessoa lesada por agressões na fase da vida intra-uterina ou mesmo antes da concepção pode demandar o responsável e pretender indemnização pela deficiência. Pense-se em ação intentada contra hospital, pessoal médico ou de enfermagem por contaminação de sangue que a mãe recebeu antes da concepção e causa da doença que veio a afetar o filho concebido depois. FRADA, Manuel Carneiro, considera este exemplo quando, exatamente, o compara com o pedido de indemnização pelo *dano da existência*, afirmando ser possível, no primeiro, comparar a vida deficiente atual da pessoa contaminada com o padrão de normalidade de vida que teria, caso não tivesse ocorrido a contaminação do sangue, comparação que não pode fazer-se se a deficiência resultar de causas naturais – *in A própria vida como dano?*, p. 234.

²³¹ O recurso a este tipo de expressões está conotado com o conhecido *Arrêt Perruche* e é mencionado por CAYLA, Olivier -THOMAS, Yan, como resultando, exatamente, de *une invention de ses adversaires*. Cfr. *supra* III 2.3 - *in Du droit de ne pas naître*, p. 102.

²³² Como defendem, PINTO, Paulo Mota, *in Indemnização...*, p. 932, RAPOSO, Vera Lúcia, *in Responsabilidade médica*, p. 78, nota 29, e p. 198 (a autora defende que o bem jurídico em causa é um bem jurídico-constitucional), e KERN, Gisela Hildegard, *O valor absoluto da vida humana*, p. 85. Contra, FRADA, Manuel Carneiro, *A própria vida como dano?*, p. 240 e ss. COSTA, J. Faria., identifica este bem jurídico com sendo “qualidade de vida”, apreciada de acordo com padrões de objetividade. Tal bem seria lesado quando a) se verificasse uma diminuição de “patamares mínimos de algumas funções vitais”, b) ocorresse um “contínuo estado de dor”, apenas “debelado por analgésicos cada vez mais forte”, c) “degradação mental” - *O fim da vida em direito penal*, em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 773-774. Assim, o direito em causa neste trabalho não será um *direito a nascer são*, mas a nascer com o mínimo de condições que garantam esta *qualidade de vida*.

²³³ Cfr. *Supra* 4.2.

próprio princípio da dignidade individual²³⁴. Em causa, aqui, uma visão humanista e antropológica, exigindo que o respeito ético do outro e da sua humanidade o subtraia ao jugo injusto e arbitrário de uma natureza por vezes adversa²³⁵.

Combinando a dita norma [art. 142.º, n.º1, al. c)] com o art. 150.º do Código Penal (dos procedimentos médicos que, segundo as *leges artis*, devem ser observados pelo facultativo) e com a do art. 483.º do Código Civil, será possível identificar a ilicitude da conduta médica nas ações de *wrongful life*. É que o médico, com o falso negativo, infringindo o direito dos pais (*liberdade procriativa*), viola também um interesse protegido por lei: o de assegurar a possibilidade de vida da pessoa em condições mínimas de realização como tal²³⁶.

Começámos por realçar o pressuposto do raciocínio, o de se demonstrar que a mãe teria recorrido à IVG se não fosse o falso negativo²³⁷. Ora bem, sem perder de vista tal pressuposto: o âmbito de proteção do art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, abrange também, ao que se crê, o interesse da criança futura. Esta será a segunda constatação a fazer em sede de determinação do ilícito. A criança cujo interesse foi violado pelo falso negativo tem a sua pretensão de *wrongful life* alicerçada, em termos de ilicitude, naquela norma. E tanto bastará.

Num momento seguinte - que é o percorrido pelo raciocínio oposto, como se vê das decisões do Supremo que referimos – caberá verificar se a essa conclusão se opõem outros interesses, designadamente o da mãe, ou de ambos progenitores²³⁸.

De acordo com o raciocínio que se nega a reconhecer um direito na titularidade do nascituro, face ao médico, mesmo aceitando que o nascituro tem um interesse protegido reflexamente pela norma que prevê a não punibilidade da IVG, esse interesse seria suplantado pelo direito da mãe²³⁹.

²³⁴ Não deixa de ser interessante COSTA, J. F. Faria, quando discorre sobre a noção de bem jurídico-penal, ligando-o necessariamente à realidade e às mutações por que a mesma passa incessantemente, *ibidem*, p. 768-769.

²³⁵ É por isso pertinente o que referem BROCK, Dan (“it is morally good to act in a way that results in less suffering and less limited opportunity in the world”) e FEINBERG, Joel (“talk of a ‘right not to be born’ is a compendious way of referring to the plausible moral requirement that no child be brought into the world unless certain very minimal conditions of wellbeing are assured”)- *apud* DAVIS, Dena S., in *Genetic dilemmas*, 2010, p. 56.

²³⁶ Nas decisões *Molenaar e Perruche*, o Hoge Raad holandês e a *Cour de Cassation* francesa enfatizam esta via geradora de responsabilidade, pondo em evidência a dignidade humana como fundamento da pretensão da criança.

²³⁷ E, ao contrário do que possa parecer numa primeira abordagem, essa prova não é impossível, como o não é a prova de qualquer estado emocional subjetivo. Não sendo à partida seguro admitir que a mãe teria efetivamente realizado o aborto, essa dificuldade pode obter-se, como faz a doutrina alemã, com a *presunção de que* [a mãe] *se teria comportado de forma adequada tendo em conta a informação*, não tendo deixado de adotar as correspondentes condutas (IVG) – cfr. *infra* ponto 5.

²³⁸ De facto, uma das objeções às ações por “vida indevida” é a de colocarem “limits on parent’s procreative freedom, particularly when they choose not to abort severely disabled children who will have a life of unbearable sacrifice” como refere VICENTE, Marta, *Wrongful life actions*, p. 246.

²³⁹ Posição de MORILLO, Andrea M., *ob. cit.*, p. 193.

Porém, vimos já que é a gestante, na realidade, dispõe do poder de decisão a respeito da continuação da gravidez, no caso de doença ou malformação do nascituro, desde logo porque está em causa uma intervenção sobre o seu corpo.

Assim, aquele argumento não colhe e surge mesmo, dir-se-ia, deslocado do contexto que pretende comprometer. Na verdade, demonstrando-se – como ocorreu no *Arrêt Perruche* – que a mãe abortaria, caso fosse corretamente informada (e na espécie, de facto, a mãe tinha manifestado ao médico tal intenção), como se pode afirmar um qualquer conflito entre a vontade da mãe e a do filho, para impedir o reconhecimento de um interesse próprio do filho, oponível ao médico?

O. CAYLA-Y. THOMAS²⁴⁰ realçam o seguinte, perante tal argumento: “on ne sera pas surpris d’apercevoir à cette occasion que ce raisonnement s’assoit, fondamentalement, sur une *annulation radicale et corrélative de la parole de la mère* par laquelle celle-ci a exprimé sa volonté de ne pas mettre au monde un enfant handicapé”.

A esta luz, perde relevo o argumento de que a liberdade procriativa da mãe impede o reconhecimento de qualquer posição jurídica do nascituro face ao médico, porquanto são momentos distintos e separáveis do âmbito de previsão da IVG.

O raciocínio põe em evidência a liberdade da mãe de pôr termo à gravidez em nome do feto. O que não resulta daí é que exista, em princípio, uma qualquer obrigação ou ónus de o fazer. De modo que faz pouco sentido afirmar que à criança não assiste qualquer interesse ou direito que o médico viole com o falso negativo e que reconhecê-lo seria abrir a porta a ações contra os próprios pais, responsabilizando-os pelo nascimento em situação deficiente.

A pretensão da criança contra o médico tem o fundamento no falso diagnóstico e na afirmação de que a mãe teria interrompido a gravidez, impedindo o seu nascimento deficiente, caso tivesse sido corretamente informada. E esta pretensão nada tem a ver com outra, que eventualmente a oponha aos progenitores²⁴¹.

²⁴⁰ CAYLA-THOMAS, *ob. cit.*, p. 35

²⁴¹ Do mesmo modo, GREY, Alice:

“(…) the right of a child to sue is mother in respect of a failure to terminate her pregnancy is not the ‘logical corollary’ to recognition of wrongful life actions (...). The maternal-foetal relationship is so unique in nature that the recognition of a doctor’s duty to give advice regarding termination must be seen as conceptually distinct from a woman’s subsequent decision regarding whether to undergo to a termination. The two are merely steps along the same logical continuum, separated by a matter of degrees, but are instead qualitatively distinct. To argue otherwise is to once more resort to a rather unsophisticated jurisprudence regarding the status of the foetus, which, upon recognise that the foetus has interests that third parties must respect, presumes an equivalence between those third parties and the woman carrying the foetus”

– in *Harriton v. Stephens: Life, logic and legal fictions*, Sydney Law Review, 2006, Vol. 28, p. 557.

O que deve ser realçado, em sede de definição da ilicitude nas ações de *wrongful life*, é mais o erro médico em si e a violação das *leges artis* do que propriamente o resultado ou efeito danoso que dele promana.

O campo médico é, aliás, fértil em situações em que, na avaliação da responsabilidade, se coloca a tônica da ilicitude mais sobre o facto (a conduta médica) do que sobre o dano (o efeito da conduta).

A. VARELA²⁴² explica que, não obstante o código ter procurado precisar o conceito da ilicitude a fim de auxiliar o intérprete, não está afastada a possibilidade de apelo a critérios de bom senso e de equilíbrio. Ora, esta referência surge, exatamente, quando o autor alude à noção de *dano injusto*, que o legislador pretendeu positivar a respeito da responsabilidade médica, no âmbito de vigência do Código Civil de 1867 (por via do Decreto n.º 32 171, de 29 de Julho de 1942). Aquela fórmula pressupunha “o reconhecimento de que o conceito [de ilicitude] usado na legislação civil era demasiado estreito, por haver interesses (quer no domínio do direito privado, quer no sector do direito público) cuja lesão deve ser indemnizada, apesar de o seu titular não ser sujeito de um verdadeiro direito subjetivo”²⁴³.

Claro que, ainda assim, resta o argumento *pro-life* que enfatiza o valor supremo da vida e a não obrigação do médico de ajudar a pôr-lhe termo. Há mesmo quem considere estarmos perante o limite da responsabilidade civil, acrescentando que deste jeito se potencia uma medicina defensiva, que levará os médicos a recomendar interrupções em massa da gravidez²⁴⁴.

Porém, esse argumento, de ordem ideológica mais que jurídica, obnubila por completo o interesse subjacente ao avanço da medicina no campo do aconselhamento genético. E não é um argumento relevante, quando se trata apenas de verificar se, com o falso negativo, é cometido um ilícito com relação à futura criança.

As ações de *wrongful life* ocorrem com uma criança que nasce deficiente ou com malformações severas e, na verdade, o que a mesma tem que demonstrar é apenas que, se não fosse o falso diagnóstico do médico, não haveria nascimento naquelas condições. Errado (*wrong*) não é nascimento, é o diagnóstico. E é esse erro que se deve censurar, não o nascimento, não a vida.

²⁴² VARELA, J.M. *Das obrigações*, p. 500-502.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Como nota VICENTE, Marta, *Wrongful life actions: the “ethical maze” between slippery slopes and the non-identity problem*, in *Lex Medicinæ*, ano 9, n.º 17, 2012, p. 245-246: “(...) authors uphold the recognition of wrongful life actions by the courts, *i.é.*, the recognition that some children ought not to have born at all implies, in fact, a public recommendation to abortion in case of fetal disability”.

Neste particular, é de acompanhar a reflexão de F. ARAÚJO²⁴⁵, observando que o que está em causa é:

“em primeiro lugar, que a medicina e a genética tornaram possível o surgimento de vida em condições que de outro modo não o permitiriam (...); “em segundo lugar, que a medicina e a genética podem interferir na procriação, e que esta interferência acarreta não só a responsabilidade pelos meios empregues, como mesmo, até certo ponto, pelos resultados. Por fim (...) o que está fundamentalmente em causa é uma questão de justiça com forte incidência económica, que se centra na legitimação de interrogações sobre a eventualidade de ficar impune uma conduta que negligentemente causa despesas extraordinárias a outrem – no sentido de causar danos físicos que requerem tratamentos especiais -, ou sobre a possibilidade de, contra a regra jurídica, se admitir a irresponsabilidade de médicos e cientistas num domínio onde o potencial de dano é tão vasto, e as consequências individuais podem ser tão onerosas como permanentes”.

3.1.1.1. Colisão de direitos

Outra possível configuração das ações de *wrongful life* é aquela em que, no lado passivo da demanda, estão os progenitores, exigindo-lhes a criança indemnização com base em eles terem sido informados da deficiência ou das malformações do feto, e não terem interrompido o processo concetivo.

Trata-se de ações em que está em causa a apreciação de uma responsabilidade parental por procriação irresponsável.

A noção de procriação irresponsável compreende circunstâncias diversas, que vão desde a hipótese de os pais serem diretamente responsáveis pela patologia, até aos casos em que a responsabilidade é assacada ao médico ou profissional, por negligência na criação de condições que levariam a mãe a abortar.

Integram-se aqui, desde logo, os casos dos pais que causam diretamente lesões ao feto, como sucede com a agressão da mulher grávida pelo progenitor da criança, ou com contágio produzido durante o ato sexual e causador das malformações.

É também exemplo de atuação direta e causal de doença ou malformação a hipótese de enfermidade do nascituro suscetível de tratamento antes do nascimento, recusando a

²⁴⁵ ARAÚJO, F. *A procriação assistida...cit.*, p. 99-100.

mulher grávida intervenção sobre o seu corpo. Ou ainda a doença ou malformação devida a predisposição genética dos pais e deles conhecia. Pode também considerar-se incluído o exemplo da mãe com comportamentos de risco causadores de lesões ao feto (v.g. consumo de estupefacientes)²⁴⁶.

Os casos descritos põem em confronto o interesse da criança, de um lado, e do outro, a autonomia, a liberdade, a privacidade e a integridade dos progenitores, sobretudo da mãe.

A responsabilidade procriativa abrange também o caso dos progenitores que, não tendo estado na origem direta da patologia, são mediatamente responsáveis por esta. Assim sucede quando, tendo um defeito hereditário, adotam técnicas de reprodução medicamente assistida, cientes de que os filhos serão igualmente afetados pela mutação genética causadora do defeito²⁴⁷.

Finalmente, deve ainda considerar-se a doença ou malformação proveniente de causas genéticas e constatada através de DPC, DPI²⁴⁸ ou DPN, decidindo os pais conceber ou levar a cabo a gestação e causando de forma *indireta* o dano. É este o fundamento do pedido formulado pela criança no segundo segmento das ações de *wrongful life*.

Todos estes exemplos encerram colisão de direitos, o alegado direito *a não nascer*, da criança, e o direito à procriação e constituição de família reconhecido aos progenitores (art. 36.º, n.º 1, da Constituição).

A posição jurídica da criança prelevará a dos pais? Em primeiro lugar, a lei não prevê qualquer obrigação dos pais de provocar o aborto, em benefício da criança deficiente. O aborto terapêutico, não sendo punido, também não será de obrigação. Aqui, mais do que alhures, estão em causa a extensão e os limites do “direito de procriar”.

Ora bem, para a doutrina constitucional²⁴⁹, o direito de procriar não é um direito ilimitado, há sempre que ponderar a melhor solução no caso concreto, apelando ao princípio da proporcionalidade.

Deste modo, o conflito entre aquele “direito de procriar”, decorrente do direito de autodeterminação da mulher, e o “interesse social na preservação do feto ou o direito de

²⁴⁶ SCHEDLER, George, *Does the society have the right to force pregnant drug addicts to abort their fetus*, em *Social Theory and Practice*, 17, 1991, p. 369-384, é de opinião que a sociedade deveria forçar ao aborto a mulher grávida que de forma persistente consome drogas, quando está demonstrado que o feto sofrerá danos graves em virtude daquele abuso. Argumenta ainda que o feto tem o direito a não estar exposto a uma vida deficiente e que a autonomia reprodutiva da mãe encontra limites naquele direito do feto.

²⁴⁷ Mais exemplos em ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida*, p. 86 e ss. Sobre as soluções doutrinárias adiantadas, pode, ainda, ver-se MORILLO, Andrea M., *ob. cit.*, p. 64 e ss.

²⁴⁸ O DPI permite a seleção de embriões e a terapia germinal, pelo que é neste campo que a garantia de um nascimento em boas condições de saúde atinge maior grau de certeza. Para a situação de conflito entre o “direito a procriar” e os interesses do embrião, veja-se COSTA, Amélia, *Perspectiva jurídica de um acto de amor*, p. 164 e ss.. A autora entende que o equilíbrio entre as duas posições merece ser regulada por lei.

²⁴⁹ Assim, MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2005, Tomo I, p. 399-400.

qualquer nascituro a nascer saudável”, resolve-se por apelo à figura do abuso de direito, quando o exercício daquele primeiro provoque danos que se “revelam desproporcionados relativamente às vantagens típicas que individual ou coletivamente podem advir do respetivo exercício”²⁵⁰.

O desenvolvimento das técnicas médicas ao serviço do aconselhamento genético permite aos progenitores escolhas reprodutivas conscientes. E, quanto maior for a possibilidade dos métodos de contraceção e diagnósticos genéticos, mais ampla será a noção de procriação responsável.

Se, até agora e no que toca à descendência, os pais apenas tinham possibilidade de decidir quanto ao número de filhos que pretendiam trazer ao mundo, o avanço da medicina reprodutiva conduz a noção de parentalidade responsável “*in the direction of a qualitative choice that begins before birth or perhaps even before conception*”²⁵¹.

Isto altera, paradoxalmente, os dados tradicionais em presença em prejuízo da liberdade reprodutiva e do direito de autodeterminação. Parte da doutrina moderna considera, em matéria de reprodução, imporem os tempos atuais um preço à liberdade: “*a burden to make ‘responsible’ choices under the the new morality of reproduction*”²⁵².

²⁵⁰ ARAÚJO, F. *A procriação*, p. 90. A ideia de “abuso de direito” é realçada, embora noutros termos, por ROBERTSON, JOHN :

«Procreative liberty is constitutionally protected, and therefore can be limited by the state only when its exercise places a substantial burden on others. Unavoidable harm to the children expected to result from an innovative reproductive technology (“noncoital conception”) certainly qualifies as a reason for the state to limit procreative liberty if the harm is likely to be substantial. But as the only way this child could be born at all would be through this new technology, in order for the child to be harmed, it must be put in a state so bad that nonexistence would be preferable».

Também BROCK, Dan, desenvolvendo um argumento extraído da noção de abuso de direito, considera que, do mesmo modo que os pais são responsáveis se o filho perde uma mão por problemas sanguíneos que aqueles resolveram não tratar,

«She [a mãe] also violates that principle if, through her negligence, she conceives a child with one hand when she could almost as easily have conceived a child without that disability. The fact that in the second case we speak of two different children does not change the immoral quality of her act».

Ambos autores são citados por DAVIS, Dena S. (*in Genetic dilemmas*, p. 51-52 e 56), concluindo esta que “parents have an obligation to make reasonable efforts to give their children as good life as possible” (p. 59).

²⁵¹ BECK-GERNSHEIM, *apud* PRIAULX, Nicolette, *The harm paradox*. p. 142-143

²⁵² PRIAULX, Nicolette, *ibidem*. A autora observa que nesta nova “moralidade reprodutiva”, os “acidentes” da natureza se transformaram em “infortúnios evitáveis”, não existindo razão para – como até aqui – as coisas serem deixadas ao acaso da sorte, concluindo «We may live in an era of seemingly endless reproductive possibilities, but if women’s freedom is to be preserved among them, then there are very good reasons for re-evaluating the political effectiveness and the epistemological foundation of a ‘A Woman Right to Choose’» (p. 144). Na decisão *Curlender v. BioScience*, o tribunal norte-americano afirmou em *obter dictum*, a obrigação dos pais de colocarem termo à gravidez, caso tivessem sido informados da doença de *Tay-Sachs*. Na França, CAILET, Henri, membro do *Comité Consultif Nationale d’Étique*, em relatório de 2001 (citado por VICENTE, Marta Nunes, *Algumas Reflexões*, p. 133, nota 65), realça que: “A handicapped child, because he was born with a handicap which he finds unacceptable, may sue his parents. The line of argument will be a simple one:” I did not ask to be born, and I particularly did not ask to be born with a handicap. Your choice is responsible for my handicap”.

Não se trata, note-se bem, de fazer a apologia do *designer child*, um filho concebido de acordo com as expectativas idealizadas pelos pais, mas tão só de apelar à ideia de responsabilidade por terapia génica ou por não procriação, definitivamente comprovadas de nascimento com doenças ou malformações graves e incuráveis.

O aborto será difícil de aceitar como um dever ou um ónus, já que a sua permissão depende de uma indicação material que à mãe caberá ponderar²⁵³. Todavia, salvo melhor opinião, não deverá colocar-se a tónica na (im)punibilidade criminal da conduta, mas antes na responsabilidade (civil) pelas opções conscientes que desencadeiam danos para outrem. Como alguém diz, “são planos que se não identificam”²⁵⁴.

Com isto não se afirma que todos os contextos de *dissatisfied life*²⁵⁵ constituam fundamento de pretensões de *wrongful life* contra os progenitores. Mas não podemos ignorar hipóteses em que, sob alegação do aborto como direito, exercitável nos termos legais, são trazidas à existência pessoas para quem a vida é um fardo insuportável, como sucedeu no caso holandês *Baby Kelly*. Pense-se, por exemplo, no caso de os pais, conhecendo o estado de saúde do feto ou a sua predisposição genética desfavorável, decidirem procriar e ter um filho gravemente deficiente. Do mesmo modo, na reprodução medicamente assistida, embriões relativamente de que os progenitores são informados da grande probabilidade de vir a gerar-se um ser deficiente, o que poderia evitar-se com a seleção de gâmetas ou com a terapia génica adequada²⁵⁶.

Todas estas hipóteses concitam a necessidade de ponderar, em cada caso concreto, as posições em presença, da mãe e do filho, à luz do princípio da proporcionalidade (art. 18.º da Constituição), não podendo afastar-se a necessidade, em certos momentos extremos, de a liberdade e o direito à autodeterminação em matéria de reprodução cederem perante o direito a nascer e a nascer com condições mínimas de *qualidade de vida*²⁵⁷.

²⁵³ Assim, VICENTE, M., *Algumas reflexões*, p.140, para quem “o Estado não pode, num primeiro momento, colocar na esfera de liberdade materna e do seu direito a procriar a faculdade de decidir qual o destino do feto em caso de malformação (...) e vir, num segundo momento, através dos tribunais, admitir a existência de vidas que não merecem ser vividas (...)”.

²⁵⁴ Como assinalado por RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions*, p. 91.

²⁵⁵ A expressão é empregue com o sentido que vimos anteriormente (em III- 2.1) no caso americano *Zepeda v. Zepeda*, isto é, quando o filho não padece de doença ou malformação grave e apenas invoca condições que considera não lhe permitirem realização plena, v.g., não terem os pais possibilidades económicas para lhe proporcionar uma vida melhor ou ser a família monoparental.

²⁵⁶ Sobre os conflitos entre a mãe e o embrião/feto, pode ver-se LOUREIRO, Carlos Gonçalves, *Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto (Considerações em torno do seu estatuto jurídico)*, Cadernos de Bio-Ética, 1997, n.º 14, p. 30 e ss.

²⁵⁷ Noção que tem o conteúdo referido por COSTA, Faria, já citado anteriormente – ponto 3.1.1.

3.1.2.A ilicitude como violação dos deveres específicos de proteção e cuidado

De um ponto de vista técnico, face ao nascituro - e, por isso, destituída de personalidade jurídica - é difícil conceber que o médico cometeu um ilícito de natureza contratual *tout court*, uma vez que o vínculo obrigacional existente é *res inter alios* para aquela e o princípio da relatividade das obrigações implica que as relações contratuais se estabeleçam apenas entre as partes do negócio (art. 406.º, n.º 2, do Código Civil).

Todavia, é inegável que o nascituro ou conceturo é tido em conta nas finalidades do contrato entre o médico e os progenitores (ou a mãe).

Na verdade, quando os pais demandam o médico ou a instituição no âmbito do aconselhamento genético, fazem-no para saber se devem ou não procriar. O conhecimento que procuram, quanto à sua herança genética ou ao estado do feto, não é abstrato, tem um fim específico, de evitar trazer ao mundo uma criança com doenças ou malformações graves.

Assim, pode dizer-se que os pais (ou a mãe, pelo menos) incluem o conceturo ou nascituro no âmbito de proteção do contrato estabelecido com o médico.

Por isso, não será legítimo afirmar que o filho tem um direito próprio a ser indemnizado pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso do contrato, nomeadamente pelo facto de o médico não ter prestado aos pais os esclarecimentos necessários relativamente às doenças ou malformações futuras?

Esta interrogação convoca um tipo de responsabilidade que se apelida de *intermédia* ou de *terceira via*, e que inclui os chamados “contratos com eficácia de proteção para terceiros”²⁵⁸.

Na definição da ilicitude nas ações de *wrongful life*, o recurso a esta solução foi aventado como possível por P. MONTEIRO²⁵⁹. Foi também sugerido por P. M. PINTO, nestes termos: «apesar de o nascituro não ser parte no contrato com o médico (ou outro profissional responsável), é claro que a mãe o inclui (tal como o pai) no âmbito de proteção do contrato de tratamento, não sendo de excluir que se possa mesmo fazer aqui apelo à figura do “contrato com eficácia de proteção para terceiros”²⁶⁰.

²⁵⁸ Esta *terceira* forma de responsabilidade foi desenvolvida maioritariamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs e inclui várias figuras, cfr. LEITÃO, Luís de Menezes, *Obrigações*, 2010, p. 351 e ss.

²⁵⁹ MONTEIRO, P., *Direito a não nascer?*, p. 383.

²⁶⁰ MOTA, P. M., *Indemnização*, p. 933. O autor indica doutrina alemã neste sentido: DEUTSCH, SPICKHOFF, SCHIEDMANN, STAUDINGER/HAGER (*vide* nota 52).

Do mesmo modo, V. L. RAPOSO²⁶¹ considera que «não será errado (...) enquadrar o contrato de prestação de serviços celebrado entre a mãe e o médico no âmbito dos “contratos com eficácia de proteção para terceiros”²⁶².

Trilhemos, pois, esta via que nos abrem.

3.1.2.1. Contrato com eficácia de proteção para terceiros e *wrongful life actions*

O direito civil moderno, longe dos quadros liberais, tende a *constitucionalizar-se*, ou a humanizar-se, se preferirmos. E esta perspectiva antropológica do direito, por assim dizer, reflete-se no modo como se interpretam a autonomia privada e o contrato.

A autonomia privada, princípio cunhado pelo pensamento jurídico oitocentista, não tem um alcance ilimitado, já que a ética individualista e a ideia de liberdade contratual não podem deixar de ser enquadradas por exigências de justiça social, pela via, por exemplo, da figura da boa-fé contratual (art. 762.º, n.º2, do Código Civil) e de outra ideia mais recente, dos chamados *deveres de proteção*.

Estes deveres estão fora do âmbito contratual, mas a sua violação determina a produção de danos (*danos acompanhantes ou paralelos*) do que deriva uma responsabilidade de tipo obrigacional, independente, no entanto, da aplicação das regras do incumprimento contratual, porque tais deveres são alheios à relação de prestação²⁶³.

Tais deveres afirmam-se ou manifestam-se a benefício de terceiros, rompendo-se aqui com a ideia tradicional da relatividade dos efeitos do contrato.

Por via dos “deveres de proteção” não se atribui aos terceiros qualquer direito a uma prestação contratual, como sucederia nos contratos a favor de terceiro (art. 443.º do Código Civil), mas admite-se que o negócio tutele os seus interesses, conferindo-lhes a faculdade de deduzirem pretensões ressarcitórias contra as partes, com base não do dever de prestar, mas no incumprimento dos ditos “deveres de proteção”.

²⁶¹ RAPOSO, V. L., *Algumas reflexões*, p. 129

²⁶² Neste sentido, ainda, PEREIRA, André G., *O consentimento informado*, p. 383, nota 862. Também STOLKER e VAN DOORM, *Dutch case note*, p. 231, entendem que o âmbito de proteção de um contrato tem de ser definido de acordo com uma normatividade social, querendo com isto afirmar que o médico viola uma obrigação para com o filho, já que a mãe o consulta especificamente acerca da sua descendência. Contra, FRADA, Manuel Carneiro, que - num discurso de natureza ideológica - defende que “os deveres de informação do médico não têm como finalidade possibilitar à mãe a prática do aborto” (*A própria vida como dano?*, p. 240 e ss.). Este tipo de argumento – centrado na defesa da vida perante a IVG - leva alguns autores a considerar ser mais fácil a aceitação das *wrongful life actions* quando o erro ocorre antes da concepção e tem como consequência não a inviabilidade do aborto mas a opção (errónea) pela procriação (assim, MASON, J. K., para quem não há dúvida que o médico que atende a mulher grávida tem um dever de cuidado para com o feto, *The troubled pregnancy*, p. 196).

²⁶³ Cfr. FRADA, Manuel Carneira, em *Contrato e Deveres de Protecção*, 1994, descreve exemplos colhidos da jurisprudência alemã em que estão em causa os referidos *danos paralelos* (p. 144 e ss.). LEITÃO, Menezes, *Obrigações*, p. 351, alude a este propósito a uma “auto-responsabilização recíproca”.

Fala-se a este respeito de “contrato com eficácia protetora de terceiros”²⁶⁴. Para além de se reconhecerem deveres principais, secundários e acessórios, do devedor para com o credor, admitem-se certos deveres de proteção em face de uma pessoa não participante na conclusão do negócio.

Os terceiros não são, por definição, partes do contrato, nem adquirem direito a uma prestação contratual. Mas são abrangidos pela tutela que emana dos deveres de proteção e cuidado.

A extensão da defesa a pessoas estranhas à relação contratual, segundo C. M. PINTO, é “exigida pela boa fé, dado o fim do contrato ou a eficácia reconhecível da prestação contratual sobre terceiros”²⁶⁵. Mas não é qualquer terceiro que pode invocar contra as partes contratuais direitos indemnizatórios com base na violação de deveres de cuidado impostos pelo princípio da boa fé, apenas o terceiro que se encontre numa relação pessoal ou de dependência social face ao credor, numa situação de contacto com a prestação principal objeto do contrato.

A relação de proximidade, acentuemos, deve ser cognoscível para o devedor, pelo que o círculo de terceiros abrangidos tem de ser previsível para aquele. Assim, podem conceber-se deveres de cuidado, proteção e informação²⁶⁶, face a terceiros, quando ao credor cabe promover o bem estar dos mesmos, de tal forma que, estando eles ligados ao credor em termos cognoscíveis para o devedor, o primeiro confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua²⁶⁷.

Terceiros abrangidos pela eficácia protetora do contrato são ainda os afetados pelos perigos de uma prestação tão fortemente quanto o credor (posição de GERNHÜBER) e, bem assim, os parentes ou dependentes de uma das partes em contacto com a prestação devida contratualmente, se a parte tem um interesse reconhecível em que eles sejam incluídos na eficácia de proteção do contrato (entendimento subscrito por LARENZ)²⁶⁸.

A estes critérios, M. C. FRADA acrescenta um outro, existir uma comunhão de interesses e vantagens, ou seja, os interesses do credor e de terceiro serem coincidentes²⁶⁹.

²⁶⁴ Denominação que, como referido, surgiu na Alemanha - *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte* - correspondendo a uma figura que a jurisprudência francesa considera serem hipóteses de *stipulation pour autrui*. Sobre a figura podem ver-se PINTO, Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, 1982, p. 419 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, 1997, p. 619 e ss., FRADA, Manuel Carneiro, *Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina, 1997.

²⁶⁵ PINTO, P. M. *ob. cit.*, p. 423.

²⁶⁶ Sobre a extensão da eficácia protetora dos contratos também aos deveres de informação, veja-se CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no direito civil*, p. 624.

²⁶⁷ Critério adiantado pelo Tribunal Federal alemão – *apud* PINTO, C. da Mota, *ibidem*, p. 423, nota 1.

²⁶⁸ *Apud* PINTO, C. da Mota, *ibidem*, p. 423, nota 1.

²⁶⁹ FRADA, Carneiro, *Uma terceira via*, p. 92.

Ora, mesmo a considerar-se que a IVG visa apenas proteger os interesses da mulher grávida, nomeadamente o direito à autodeterminação, não resultarão do contrato celebrado com o profissional de saúde deveres especiais em favor do feto? Manifestamente, quando recorrem a serviços de aconselhamento genético, os progenitores (ou a grávida) não pretendem apenas aconselhamento sobre a sua situação pessoal e a sua segurança, visam sobretudo zelar pela saúde do novo ser em potência. Inequivocamente, os interesses deles são coincidentes com o interesse do filho, o não nascimento em situação de deficiência.

Por outras palavras, e para fazer uso dos critérios acima expostos: aos pais cabe promover o bem-estar dos filhos (mesmo dos não nascidos), de tal forma que, quando demandam aconselhamento genético, os pais visam a segurança desses terceiros (conceituros ou nascituros) tanto como a sua, em termos que são facilmente cognoscíveis para o médico. O filho é, assim, afetado pelos perigos do falso diagnóstico (o risco de nascer deficiente) resultante da prestação médica negligente. E é-o tão intensamente quanto os progenitores.

Do exposto resulta, qualquer que seja o critério adotado quanto à noção de terceiros abrangidos pela eficácia protetora do contrato, caber à criança tal qualidade.

Com o falso diagnóstico, o médico viola a obrigação principal do contrato celebrado. Dessa violação emerge um direito para o filho, pois não há dúvida que o profissional sabia (ou devia saber) que, com o aconselhamento genético, se visava evitar o nascimento deficiente. Sobre o médico impendiam, pois, especiais deveres de cuidado e proteção, sobrepostos aos deveres gerais de *neminem laedere*.

A identificação de deveres laterais ou de proteção quanto ao conceituro ou nascituro tem a vantagem de evitar a utilização de conceitos com carga ideológica negativa (*direito a não nascer*).

A aceitação do direito da criança a indemnização assenta no incumprimento, por parte do médico, do dever de informação para com a mãe, gerando, lateralmente, o dever de proteção para com o filho²⁷⁰.

Este raciocínio não será beliscado por argumentos de ordem ideológico-filosófica relativos ao juízo a fazer (e quem é que o faria?) sobre o interesse da criança (na não-vida). A avaliação da situação e a ponderação subsequente do referido interesse, estando em causa

²⁷⁰ Também na decisão *Baby Kelly, de 2005*, o *Hooge Rade* holandês acentuou: a clínica e o médico “invocaram que Kelly não tem (também contra eles) qualquer direito à própria não existência ou à interrupção da gravidez da sua mãe. Porém, tal é improcedente pois o médico está vinculado por força do seu dever de cuidado (...), existente primariamente para com a mulher grávida, mas também para com o seu filho ainda por nascer, a realizar o diagnóstico pré-natal exigido nas circunstâncias e, se for o caso, a consultar um geneticista clínico para examinar melhor o fruto da gravidez (...). Se o médico falhar no cumprimento destes deveres para com a mulher, atua também para com o nascituro em violação de regras não escritas”- *apud*, PINTO, Paulo da Mota, *Indemnização*, p. 932, nota 48.

doenças e malformações graves, objetivamente diagnosticadas e consabidamente inibidoras de uma vida digna, devem reger-se por uma presunção de razoabilidade semelhante à que assiste no caso da mãe, inferindo-se que naquele quadro concreto a criança não quererá nascer.

Apurada, assim, a ilicitude do falso negativo face ao filho, temos que rejeitar a visão do Supremo no caso antes aludido, de 2013, quando afirma a “completa inexistência de ilicitude, culpa e nexos de causalidade entre a actividade dos réus e as malformações do autor”²⁷¹ e, sobretudo, quando se admite, em declaração de voto, o enquadramento da pretensão de *wrongful life* no “contrato com eficácia protetora de terceiros”.

Uma vez enquadrada a ilicitude no molde dos *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*, e situando-se estes a meio caminho entre a responsabilidade civil delitual e a contratual, cabe verificar por qual dos regimes optar nas ações em causa.

Em termos gerais, poderia preferir-se a responsabilidade contratual, visto que os deveres de cuidado e proteção decorrem de uma relação com tal natureza²⁷². No entanto, ao que cremos, o caso das *wrongful life actions*, pela sua singularidade e relação com direitos e princípios de matriz constitucional, justificará antes a opção por um regime misto, combinando regras das duas categorias de responsabilidade, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com os ditames da integração das lacunas da lei (art. 10.º do Código Civil).

A solução de um regime misto não é novidade privativa destas ações, justificando-se esta opção pela razão que leva à autonomização da figura dos *V.S. Dritte*, ou seja, a circunstância de a ilicitude não se reconduzir aqui a uma simples ofensa de um dever geral de abstenção (*neminem laedere*), nem à inobservância de um dever de prestação contratual²⁷³.

Concretizando o regime, propõe-se enquadrar a situação nas regras da responsabilidade obrigacional em matéria, por exemplo, de ónus da prova (art. 799.º, n.º 1, do

²⁷¹ Quanto ao nexos de causalidade *vide infra*.

²⁷² Como defende PINTO, Carlos da Mota, *Cessão da posição*, p. 421.

²⁷³ Um regime combinado para as figuras que compõem a terceira via da responsabilidade civil é proposto por LEITÃO, Menezes, *Direito das obrigações*, 2010, *cit.*, p. 353. SOUSA, Miguel Teixeira, *O Concurso de títulos*, 1996, p. 322-330, deixando em aberto a questão de saber “se todo o casuismo enquadrável na violação de um desses contratos cabe, na perspectiva do terceiro beneficiado, na previsão do art. 486.º CC” (p. 325), considera não existir razão para fazer distinção entre as “concretizações legais da assunção contratual da responsabilidade (arts. 491.º, 492.º, n.º 2, e 493.º, n.º 1, do Código Civil)” (p. 329) e o contrato com eficácia de proteção para terceiros, porque ambos teriam origem no art.º 486.º do Código Civil (p. 327, nota 20). Mais refere que “todas as omissões de deveres contratuais referidas como fundamento da responsabilidade delitual do devedor perante um terceiro mantêm a inversão do ónus da prova da negligência característica da responsabilidade contratual (p. 324-325). O autor entende que a responsabilidade do terceiro não é contratual nem delitual, sendo que “essa responsabilidade de devedor perante terceiros, legalmente sistematizada, qualificada como delitual (art. 486.º do Código Civil) e constituída através da presunção de culpa característica da responsabilidade obrigacional (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil) contém, na sua hibridiz irreductível a qualquer daquelas responsabilidades mas participada por elementos de ambas, uma consagração legal do concurso de títulos de aquisição” (p. 330).

Código Civil), ou de responsabilidade por atos de representantes legais e dos auxiliares (art. 800.º, n.ºs 1-2, do Código Civil). Mas apelar-se-á, por outro lado, à aplicação de uma norma situada na responsabilidade delitual, a que regula os danos de natureza não patrimonial (art. 496.º do Código Civil).

3.1.3. Personalidade jurídica e indemnização por *wrongful life*

No aresto do Supremo já referido, de 2013, recusou-se enquadrar a pretensão do autor - a criança - na proposta *via intermédia*. Seria impossível, escreveu-se, tomar o feto como terceiro porque “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 art. 66.º do Código Civil (...), possa ser tida como parte interessada num contrato havido entre aqueles que a conceberam (...) e o médico”.

O problema invocado é o da falta de personalidade da criança no momento do erro médico, expressando a dúvida de se poder falar de uma lesão da saúde ou integridade física de um sujeito desprovido de personalidade jurídica.

A questão é mais premente quando o falso negativo ocorre no contexto de um diagnóstico pré-concetivo ou pré-implantatório, isto é, quando se trata de conceturo (aquele que não foi sequer ainda concebido). Mas, quer nesse caso, quer no caso do nascituro ou conceturo, o argumento invocado não é insuperável, tanto assim que a maioria dos ordenamentos ultrapassa o problema através de uma proteção geral ao nascituro, ou então mediante a consideração do momento em que se produz o dano.

A problemática que aqui se coloca é vizinha da das lesões pré-natais do feto seja durante a gravidez, seja anteriormente, no momento da conceção, ou antes mesmo disso. Pense-se, por exemplo, no seropositivo desde o momento da concepção devido a contaminação anterior da mãe por sangue infetado, ou no caso de lesões irreversíveis do nascituro provocadas por negligência médica ou hospitalar, *maxime* por falta de acompanhamento na gravidez ou por falta de tratamento específico que teria impedido a deficiência ou mitigado as consequências. Em tais condições, não se duvida que o sujeito possa demandar o hospital ou os profissionais, invocando um prejuízo anterior ao nascimento²⁷⁴. São frequentes, aliás, as decisões a conceder indemnização em casos do

²⁷⁴ Como refere DIAS, João Álvaro, “O reconhecimento do direito a ser indemnizado pelas lesões sofridas durante a fase pré-natal não parece hoje poder sofrer qualquer contestação séria”, in *Dano corporal*, p. 485.

género, por morte de progenitor, por exemplo, quando o filho ainda se encontrava no ventre materno²⁷⁵.

Do mesmo modo, apesar de não terem personalidade *biológica*, os nascituros não concebidos gozam de proteção em certos casos envolvendo direitos de personalidade (v.g. manipulação genética, ou interferência ilícita nos espermatozóides ou no óvulo destinados à concepção)²⁷⁶.

É verdade que a lei fixa o início da personalidade jurídica no momento do nascimento completo com vida (art. 66.º do Código Civil), mas a norma tem sido alvo de interpretações díspares, impondo-se uma leitura atualista da mesma, que pode passar por conceber ali uma condição suspensiva, o nascimento, à qual se subordina o reconhecimento de certos direitos, que existiam anteriormente e se concretizam com o nascimento²⁷⁷.

4. O dano nas *wrongful claims*

4.1.O dano nas ações de *wrongful birth*²⁷⁸

²⁷⁵ CORDEIRO, Menezes, in *Tratado de direito civil*, I, 2004, p. 303-305, refere-se, com exemplos, à evolução da jurisprudência nacional relativa ao tema do direito do nascituro a indemnizações por lesões causadas antes do nascimento, evolução essa que culminou na sua admissão genérica.

²⁷⁶ A defesa da posição do conceturo, nestes casos, pode explicar-se, por exemplo, com recurso às noções de *direitos sem sujeito* ou de *direito geral de personalidade* ou, ainda, de *direito à integridade física dos progenitores* (como refere SOUSA, Rabindranath, V. A. Capelo, in *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 362, nota 904). Quanto às pretensões indemnizatórias originadas em intervenções sobre o genoma humano, veja-se DIAS, João Álvaro, *Dano Corporal*, p. 463 e ss. Veja-se, ainda, a chamada lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho) cujo art. 3.º afirma que as técnicas de procriação medicamente assistida devem respeitar a dignidade humana.

²⁷⁷ Como refere CORDEIRO, Menezes, *Tratado do direito civil*, I, 2004, p. 305, argumentando que o legislador de 1966 não estava preparado para regular matéria complexa e em mutação como é a que trata de associar a personalidade ao nascimento, pelo que neste preceito apenas se visa a capacidade jurídica. *Lacuna superveniente* é como lhe chama FRADA, Manuel Carneiro, autor que considera que o direito do nascituro à indemnização existe desde a produção do dano apenas tendo os seus efeitos suspensos da verificação da condição legal de eficácia (e de exercício) que o nascimento constitui, pelo que entende que o art. 66.º tem de ser interpretado de acordo com o art. 24.º, n.º1, da Constituição (*A protecção juscivil da vida pré-natal*). Também SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, defende a existência de vida humana desde a concepção, tutelando-lhe o Código Civil a personalidade física e moral: arts. 1878.º, n.º 1 (os pais defendem e representam os filhos, ainda que nascituros), 1826.º, n.º 1 (presunção da paternidade também relativamente aos filhos concebidos na constância do matrimónio) e 1855.º (perfilhação da nascituros), além das doações a nascituros concebidos ou não concebidos (art. 952.º do Código Civil) e o deferimento de sucessões, sem restrições, quanto aos concebidos (art. 2033.º, n.º1 do Código Civil) e testamentária ou contratual, quanto aos não concebidos (artº 2033.º, n.º 2, do Código Civil). Acrescenta que o art. 70.º do Código Civil abrange os nascituros, na medida em que estes são dotados de personalidade física ou moral *naturalística*, pelo que lhe assiste direito à omissão contra ofensas ou ameaças à sua vida e à sua saúde – in *O direito geral de personalidade*, p. 156 e ss. Outras posições são defendidas a respeito, como seja a *direitos sem sujeito* (PINTO, Carlos da Mota, *Teoria Geral*, 1988, p. 201), *meros estados de vinculação, personalidade parcial, reduzida, fracionária* (para um resumo das diversas posições, veja-se VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 2012, p. 66 e ss.).

²⁷⁸ Não sendo o tema central deste trabalho, diremos apenas - quanto às *wrongful pregnancy* e *wrongful conception actions* - consistir aí o dano na violação do direito dos pais ao planeamento familiar ou ao direito à autodeterminação, onde se inclui a liberdade procriativa (negativa). É questionável poder aceitar-se compensação por danos não patrimoniais com base no *mero facto* do nascimento de uma criança saudável (ainda que se admitam outros da mesma natureza, como sejam os relacionados com a própria gravidez ou parto) – cfr. PINTO, Paulo, *Indemnização*, p. 941

Nas ações de *wrongful birth*, os progenitores pretendem uma indemnização pelos danos emergentes de um nascimento inesperado de uma criança com malformações.

O dano, porém, é um dos pontos mais sensíveis, pondo-lhe os autores as maiores reticências. A razão prende-se, mais uma vez, com a assimilação do dano à própria vida (*a vida como dano*), já que tal asserção contraria, segundo se diz, os princípios básicos da cultura jurídica²⁷⁹, embora, por oposição, não falte quem assinale que a proteção do bem vida sofre exceções várias nos diversos ordenamentos jurídicos (legítima defesa, aborto, suicídio, recusa de tratamentos médicos causa de morte, etc...).

Mas há ainda outros obstáculos que se invocam, de natureza ética ou ideológica. Considerar, diz-se, o ser humano como prejuízo (a vida como dano) equivaleria a negar a dignidade da criança, agredindo a sua individualidade (*bastardo emocional*). Chega-se mesmo a argumentar que: “se é indubitável que o nascimento de uma criança comporta alterações no equilíbrio e no estilo de vida dos progenitores, também o normal é que tal nascimento consubstancie uma ocasião de alegria na própria família [...]. Repugna a consideração do nascimento de um filho como dano, especialmente não patrimonial” (S. PEREIRA²⁸⁰).

Em todo o caso, há argumentos para retorquir. O enunciado da “santidade da vida”, por exemplo, não impede, nas ações de *wrongful birth*, a possibilidade de se perspetivar o prejuízo em moldes distintos. A doutrina e os tribunais alemães, refira-se, fazem apelo à *teoria da separação (Trennungslehre)*; afirmam a existência de um dano à margem da vida, distinguindo abstratamente a vida e o nascimento, por um lado, e os gastos necessários à sua manutenção, por outro²⁸¹.

A afirmação do dano é, ainda, possível pela via de o identificar com a lesão do bem jurídico em causa. O dano será a privação da liberdade de decisão dos pais quanto à procriação futura (no caso de falso negativo pré-concetivo ou pré-implantatório), ou a privação da faculdade de interromper a gravidez (em caso de falso negativo pré-natal).

Para a doutrina nacional, quanto aos danos dos pais, o que está em causa não é a identificação com a *existência* ou com a *vida*, mas a “diminuição do seu direito à autodeterminação informada – uma lesão provocada por má prática médica”²⁸².

²⁷⁹ PETERS Y PETERS, por este motivo, alude a um *desajuste cultural (cultural lag)* entre o progresso científico e o direito quando caracteriza as *wrong actions*, *apud* MORILLO, *ob.cit.*, p. 333.

²⁸⁰ PEREIRA, Soares, *apud* SIMÕES, F. Dias, *Vida indevida?*, p. 193.

²⁸¹ Ainda que, ali, não haja consenso relativamente à quantificação dos danos gerados pelo nascimento da criança – mais desenvolvido em MORILLO, A. M., *ob. cit.*, p. 338 e ss.

²⁸² SIMÕES, Fernando Dias, *Vida Indevida?*, p. 192. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme, *O direito do diagnóstico*, p. 12 e ss, PINTO, P. Mota, *Indemnização*, p. 928, RAPOSO, Vera Lúcia, *Responsabilidade médica*, p. 95 e ss.

O apelo aos bens jurídicos violados pelo falso negativo tem a vantagem de responder àqueles que negam a indemnização sob pretexto de lesão da dignidade do filho, auferindo como que um *preço* do nascimento. Na verdade, o que é antijurídico, em *wrongful birth*, não é o nascimento do ser, mas a privação da autonomia procriativa.

A esta luz, a distinção não é entre a vida e os gastos com nascimento, como pretende a teoria da separação, mas entre a liberdade dos pais de regularem a sua vida conceptiva e a vida de outra pessoa concebida por eles.

O dano, pois, reside na privação da faculdade de abortar.

Ao afirmar-se o dano como lesão da liberdade procriativa, parece dispensar-se a prova de que os pais, em concreto, optariam por não procriar. Constituirá essa prova pressuposto do dano e da indemnização?

A dúvida levou a doutrina francesa a acrescentar aqui uma ideia, a perda de chance (*perte de chance*) ou de oportunidade (*loss of opportunity*). O dano identificar-se-ia, então, com a oportunidade perdida ou frustrada. Por outras palavras, o *préjudice* causado aos progenitores estaria na oportunidade perdida de poupar uma despesa extraordinária decorrente do nascimento da criança (sem falar do dano moral associado).

Esta visão coloca o aproveitamento da oportunidade nas mãos da progenitora e por isso continua a não prescindir da prova de que a mesma converteria a oportunidade em facto, abortando a gravidez²⁸³.

A teoria da *perte d'une chance* tem vantagens, sobretudo, no estabelecimento do nexos causal entre a negligência do médico e o nascimento da criança. Por isso que:

«dado o desconhecimento do sentido da decisão da mãe (pais) sobre a interrupção da gestação, os tribunais tendem a optar por considerar a contribuição causal do erro médico para uma outra espécie de dano traduzido na privação da possibilidade “de prendre une décision éclairée à la possibilité de recourir à une interruption de grosse thérapeutique”»²⁸⁴.

Em todo o caso, julgamos, a outorga de indemnização não deveria ser condicionada à dita prova, posto que o dano reside na impossibilidade de decidir, de modo livre e esclarecido, fosse qual fosse o sentido da decisão dos pais.

²⁸³ Sobre a crítica à teoria da perda de *chance* adaptada às ações de *wrongful birth*, veja-se MORILLO, A. M., *ob. cit.*, p. 366 e ss.

²⁸⁴ PEDRO, Rute Teixeira, *A perda de chance*, p. 274-275.

A questão da prova sobre a atitude dos progenitores poderia ainda resolver-se, como fazem a doutrina e a jurisprudência alemãs, recorrendo a uma *presunção* de que os pais se *comportariam de forma adequada, tendo em conta a informação*²⁸⁵, e adotariam as condutas necessárias (entenda-se, a não procriação, a interrupção da gravidez).

Por outras palavras, a prova da decisão posterior dos pais só relevará quanto à extensão do dano, variando o valor a atribuir aos pais podem em função da prova que se fizer. Assim, como refere P. M. PINTO²⁸⁶, demonstrando-se a opção da mãe pela interrupção da gravidez em curso, (ou, antes disso, pela não conceção ou não transferência de embriões), na indemnização devem considerar-se, além das despesas *acrescidas* pela deficiência, também os gastos de sustento e educação da criança²⁸⁷.

Um último argumento que se ergue contra a noção do dano (nos casos de *wrongful birth* e de *wrongful life*) é o extraído da chamada *offset rule* ou “regra do benefício”, pondo à luz as “alegrias da paternidade” e a satisfação que gera o nascimento de uma criança²⁸⁸. Por esta via, pretende-se demonstrar que há não nenhum dano para ressarcir, porquanto os gastos gerados com o nascimento são compensados com as vantagens (a “alegria com a criança”) que a família sempre retira da chegada de um novo membro (*compensatio lucri cum damno*).

Como logo se vê, o argumento prende-se apenas com o cômputo do valor indemnizatório, referindo-se ao *quantum* e não propriamente ao *an* do dano, merecendo algumas objeções: uma, por exemplo, a de não poder aceitar-se a compensação, já que as vantagens não estão todas ligadas causalmente ao dano; outra, a de que a aceitação posterior do filho não faz desaparecer o dano anterior; outra, ainda, não estar demonstrado que o nascimento de uma criança traga apenas alegrias aos pais.

Uma última referência, quanto ao dano nestas ações, para frisar o seguinte. Há danos de natureza patrimonial - danos emergentes, ou seja, despesas acrescidas derivadas da deficiência (assistência médica e medicamentosa, internamentos, ensino especial adaptação de casa e veículo automóvel, etc...), assim como lucros cessantes (os progenitores, ou um deles, deixa, por exemplo, uma atividade laboral para cuidar do filho). E há, igualmente, danos de natureza não patrimonial, o sofrimento resultante da privação da liberdade

²⁸⁵ Como menciona por PINTO, Paulo Mota, *Indemnização*, p. 931, nota 47.

²⁸⁶ *Idem*, p. 940.

²⁸⁷ Neste sentido também VICENTE, Marta Nunes, *Algumas reflexões*, p. 122, 123. Para esta autora, porém, a prova de que a mãe não teria interrompido a gravidez, ainda que a informação lhe tivesse sido corretamente transmitida, parece determinar a improcedência do pedido de *wrongful birth*. A autora entende que a questão é de causalidade, que verifica sempre, apenas variando o *quantum* indemnizatório “em função do grau de violação do direito em causa”, situação que veremos adiante quando tratarmos do nexa causal. Diferente, RAPOSO, V. L., que de modo pouco compreensível considera a prova de que a mãe não teria abortado fundamento de improcedência da ação, ao mesmo tempo que entende que o dano dos pais é a privação da possibilidade de abortar, *Responsabilidade médica*, p.97 e 100.

²⁸⁸ Cfr. MORILLO, A. M., *ob. cit.*, p. 390 e ss.

procriativa e da omissão de informação, o choque de um nascimento em condições inesperadas, a preocupação relativamente ao futuro do filho, etc.

Para os danos patrimoniais, é aceitável um equilíbrio entre vantagens e desvantagens, deduzindo à indemnização os valores a que os lesados não teriam direito, se não fosse o nascimento (v.g. prestações sociais). Esses valores devem abater-se ao cômputo global, em consonância com o princípio legal (art. 562.º do Código Civil)²⁸⁹.

Já no âmbito dos danos não patrimoniais, não fará sentido efetuar a compensação de vantagens. Isto porque, neste domínio, desde que afastado o dolo, a lei impõe a consideração de “todas as circunstâncias do caso” (art. 494.º do Código Civil), incluindo-se aqui, evidentemente, as vantagens imateriais resultantes do nascimento de um filho em condições de deficiência²⁹⁰.

4.2.O dano nas ações de *wrongful life*

Como na ilicitude e na culpa, também o reconhecimento do dano se mostra problemático nas ações de *vida errada*, derivando a dificuldade do próprio conceito de dano, como perda de vantagem em consequência de um evento lesivo, o que para alguns é difícil de admitir, no quadro que aqui tratamos.

Na verdade, aduzem, não podemos afirmar nesse quadro um prejuízo derivado da conduta do médico, pois, fosse ela qual fosse, nunca a criança teria condições para uma *vida normal*. Por isso, em abstrato e face ao conhecimento da deficiência, as hipóteses possíveis seriam só duas, a vida com deficiência, ou a não vida, a não existência.

É certo que a concessão de indemnização aos pais suscita objeção semelhante, já que a “alternativa à vida do filho deficiente seria uma não-vida”²⁹¹. Mas quem admite as ações dos progenitores e proscreve as de *wrongful life*, logo afirma não poderem equiparar-se, já que naquelas o dano é autónomo, decorre da privação da liberdade de não procriar e das consequências morais da falta de preparação para uma paternidade em situação de deficiência. Esses prejuízos, além de causalmente imputáveis ao médico, não se confundem com a vida deficiente do filho.

Ainda assim, não se furtam as nossas ações, quanto ao requisito do prejuízo, a outras críticas, ideológicas e jurídicas de que destacamos as seguintes:

²⁸⁹ Solução acolhida pela jurisprudência alemã, como referem PINTO, P.M. *Indemnização*, p. 943 e MOIRATIS, A., *When childbirth*, p. 51-52.

²⁹⁰ Neste sentido PINTO, Paulo da M., *Indemnização*, p. 943, nota 84.

²⁹¹ Cfr. PINTO, Paulo Mota, *ob. cit.*, p. 930.

- a) A vida não se pode considerar como dano, pois é sempre um benefício;
- b) Pretender indemnização por estar vivo constitui uma *contradição performativa*;
- c) A procedência da ação viola a dignidade da pessoa deficiente;
- d) É impossível quantificar o dano, por inoperacionalidade da teoria da diferença.

4.2.1.A vida como benefício

A primeira objeção deriva de uma abordagem ética e confessional, que sufraga a promoção da vida, mesmo infeliz, face à não existência, reforçando este argumento por um vetor jurídico extraído da consagração da vida como direito fundamental indisponível.

A tese da santidade da vida, proclamando-a como bênção a preservar a todo o custo, apresenta como reverso a impossibilidade do dano, pois sendo toda a existência preferível à não-vida, mesmo a vida deficiente se sobreporia à não existência.

Um passo em frente nesta linha de raciocínio passa pela identificação do pedido da criança com um ato de disposição da própria vida.

Como é sabido, esta ideia tem alicerçado muitas decisões dos tribunais norte-americanos²⁹², mas não é estranha ao panorama nacional.

São impressivas, neste ponto, as palavras de M. C. FRADA²⁹³:

“(…) a vida é enquanto tal inidónea para constituir um dano. Um conceito de dano que se feche aos elementos normativos atrás referidos da ordem jurídica [v.g. art. 69 CC] não é portanto defensável do ponto de vista sistemático.

Se alguém alega um dano para obter uma indemnização, quer sempre prevalecer-se da situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento conducente à reparação (cfr. o art. 562). Assim, pretender que a vida é um prejuízo corresponde objetivamente a um ato, mental embora, de disposição da própria vida, prevalecer-se de não viver”.

M. CORDEIRO expressa a mesma ideia, acentuando que:

²⁹² E não só. Veja-se igualmente no reino Unido a decisão *McKay and another v. Essex AHA*. Também doutrina importante se baseia neste argumento para se opor à procedência destas demandas. Assim, o alemão ZIMMERMANN, citado por Morillo, A., M., *ob. cit.*, p. 404, nota 194.

²⁹³ FRADA, M. Carneiro da, *A própria vida como dano?*

«atribuir uma indemnização à criança... por esta ter nascido equivaleria a considerar a sua vida (atual e, porventura, deficiente) como dano, sendo que a alternativa apontaria não para uma vida “normal”, mas para a não-vida. Pedir-se-ia ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade a qualquer sistema jurídico civilizado»²⁹⁴.

Por sua vez, M. NUNES VICENTE parece considerar o argumento para excluir a indemnização. Embora reconheça que o demandante não pretende abdicar da vida com a pretensão indemnizatória, acaba por admitir o prejuízo, mas tem-no por não indemnizável. Isso resultaria de a pretensão da criança estar em oposição à “liberdade de decisão da mãe de seguir ou não a gravidez”²⁹⁵, argumento que redundaria no receio já conhecido de se caminhar para a admissão do pedido da criança contra os próprios progenitores. Em o caso, a autora alterou entretanto a sua posição²⁹⁶, vindo a admitir a procedência das ações de *wrongful life*, e classificando mesmo o apontado argumento de “paternalista” e “masoquista”²⁹⁷.

A esta luz, porque a reparação dos danos da criança acabaria por constituir o reconhecimento de um “direito à não existência” ou um “direito a não nascer”, posição sem tutela legal²⁹⁸, os tribunais não seriam o local próprio para resolver o problema²⁹⁹.

- Este tipo de censura, mais simbólica do que jurídica, não basta, no entanto, para afastar a configuração do dano na *wrongful life action*.

Na verdade, é legítimo afirmar que o lesado, com a demanda, não pretende pôr em causa a vida ou apelar como preferível à não existência³⁰⁰. O que enfatiza é o erro médico e, por via dele, a situação de deficiência. Por outra parte, aceitando-se a vida como um valor supremo, é preciso colorir-la com algumas nuances (pensemos nos casos de legítima defesa, de estado de necessidade, da não criminalização do suicídio).

Para além disso, a tese da vida como benefício, subjacente ao chamado raciocínio *anti-perruchista*, defendendo a ideia de ser preferível a vida ao *nada*, acaba por conferir-lhe uma extensão e significado que nem os textos constitucionais consentem, a obrigação de viver como contrapartida do direito de viver.

²⁹⁴ CORDEIRO, M., *Tratado de direito civil português*, p. 288.

²⁹⁵ VICENTE, M. N., *Algumas reflexões*, p. 136 e 140).

²⁹⁶ VICENTE, M. N., *Responsabilidade médica*, p. 116-117.

²⁹⁷ VICENTE, M. N., em *As wrong actions*, p. 83.

²⁹⁸ O que é afirmado por MONTEIRO, A. P., *Direito a não nascer?*, p. 383 e ss.

²⁹⁹ Como conclui MONTEIRO, F. P., *Direito à não existência*, p. 132.

³⁰⁰ Pressuposto configurado por DIAS, João A., como sendo o sustentado nas *wrongful life actions*, in *A procriação assistida*, p. 380, nota 301.

Dizendo de outro modo, com O. CAYLA-Y. THOMAS³⁰¹

“(…) en opposant au sujet qui dit préférer pour ce qui le concerne la non-vie à la vie handicapée, l’antiperruchiste l’assigne em réalité au respect d’une norme revêtant une tout autre signification, à vrai dire même exactement inverse, celle d’une *obligation de vivre* [...]. On soit ici au coeur de la position antiperruchiste: fondamentalement, celle-ci est déterminé par une philophie du droit qui fait du *devoir de vivre* un principe normatif sans lequel le droit ne serai pas pensable (...)”³⁰².

Pode ainda invocar-se outra ideia, também de recorte ético, para abalar a noção da vida como preferível à não vida. A ideia de que enfatizar a *santidade* da vida, afirmando a primazia da existência sobre a não-existência, será afinal conferir um conteúdo positivo à primeira e um valor negativo à segunda. Falta, contudo, demonstrar a dimensão negativa da não existência, sobretudo em fase pré-concetiva, não faltando quem observe que “nonexistence, unlike death, is neither good nor bad”³⁰³.

Ademais, o realce do valor da vida esquece a realidade em causa na *wrongful life*, o contrato no âmbito do qual, culposamente, o médico falseia um diagnóstico pré-natal e frustra o direito a uma procriação informada e consciente, ou o direito ao aborto eugénico. Logo, a outorga de uma indemnização à criança reveste também um cariz sancionatório, ultrapassando o momento da comparação entre a vida deficiente e a não-vida e valorizando a vida na sua plenitude.

Pode assim afirmar-se que a indemnização visa, em certo sentido, não a compensação do dano de ter nascido, mas a dor e o sofrimento de um nascimento em condições de infra-vida (*burden of existence*), sancionando do mesmo passo a violação de um contrato³⁰⁴.

Crítico, entre nós, do argumento da *santidade da vida*, F. SIMÕES:

“Há que reconhecer, desde logo que, o nosso ordenamento jurídico não atribui um valor absoluto e indiscutível à vida, uma vez que a sua proteção

³⁰¹ CAYLA, O. e THOMAS, Y, *Du droit de ne pas naître*, p. 62.

³⁰² Mesmo para FRADA, M. C, não é correto aludir-se a um *dever de viver*, pois “tal conduziria à exclusão de um estado de liberdade. [...] Não parece, portanto, viável falar-se de um dever de viver por força do art. 24.º, n.º1, da Constituição” – *A própria vida como dano*, p. 242.

³⁰³ COHEN, *apud*, DAVIS, S. *Genetic dilemmas*, p. 57.

³⁰⁴ Na mesma linha de raciocínio, STOLKER e DOORM, enfatizando não estar em causa efetuar um juízo de valor sobre a vida, posto que “C’est pas l’enfant que constitue le préjudice mais les conséquences financières de son handicap” (*Dutch case note*, p. 232).

sofre algumas relativizações em alguns casos [...]. Ademais, deve ter-se em conta que neste tipo de ações não é a vida, em si mesma, que consubstancia o dano, mas sim a vida com deficiência”³⁰⁵.

E também F. ARAÚJO: “Se este tipo de ações pretendesse pôr em causa o respeito tradicional pelo valor intrínseco e absoluto da via, elas deveriam ser pura e simplesmente banidas”³⁰⁶.

V. L. RAPOSO, identicamente, se bem a compreendemos, afirma que o argumento parte de um pressuposto *altamente duvidoso*, que é o de ver a vida um valor necessariamente positivo³⁰⁷.

P. M. PINTO, por seu turno, sublinha: «Como não está em causa qualquer “reconstituição natural”, consistente na eliminação da criança deficiente [...], não se vê como pode a indisponibilidade da vida humana ser afetada por se reconhecer uma indemnização à própria criança (ou aos pais)”³⁰⁸.

G. H. KERN conclui, por isso: “(...) a classificação como dano jurídico não implica um juízo de valor na vida real”³⁰⁹.

4.2.2. A *contradição performativa*

Intimamente relacionado com o anterior, surge o segundo que elencamos, alicerçado na ideia de *auto-contradição* ou de *não-identidade*.

Trata-se de uma crítica extraída da filosofia contemporânea, onde recebe a denominação de “contradição pragmática ou performativa”, segundo a qual há frontal contradição entre o fundamento de uma demanda alegando o dano da existência (*better of not exist*) e a demanda em si mesmo, que supõe o facto da existência. A argumentação acentua a falta de coerência intrínseca ou a impossibilidade lógica de uma pretensão indemnizatória dirigida contra aquele (médico) sem cujo comportamento o demandante não teria chegado a existir. E, não existindo, não demandaria, não poderia demandar, por definição.

A crítica extraída da lógica sofística de que o discurso do demandante encerra a sua própria negação constitui uma das frentes da tese anti-*perruchista*, sustentando que “Il y aurait donc comme une obligation pour le sujet, inhérente à l’activité langagière elle-même,

³⁰⁵ SIMÕES, F. D., *Vida indevida?*, p. 199.

³⁰⁶ ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida*, p. 96.

³⁰⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *As wrong actions no início da vida*, p. 81.

³⁰⁸ PINTO, Paulo da M., *Indemnização*, p. 936.

³⁰⁹ KERN, Gisela, *O valor absoluto*, p. 86.

de ne rien énoncer qui revienne à souhaiter ou constater l'inexistence ou l'absence du sujet, sous peine de rendre son propos impropre à toute communication (...)”³¹⁰.

Em suma, no cerne da objeção, acentuam STOLKER e DOOM, que a não aceitação estará esta consideração: “Sans transgression de la norme (information correcte sur la rubéole, conseil génétique correct), l'enfant n'aurait pas existé. Peut-être un enfant en pleine santé serait-il né, mais cela aurait été un autre enfant (...)”³¹¹.

A argumentação é acolhida na doutrina portuguesa. C. FRADA, por exemplo, salienta a contradição entre o fundamento da pretensão e o fim do seu reconhecimento:

“O sujeito declara, explícita ou implicitamente, que a sua vida não tem para ele qualquer valor; pretende porém ao mesmo tempo uma reparação em dinheiro para continuar e desenvolver essa mesma vida”. [...] Ora, não se pode não querer viver e querer viver ao mesmo tempo”³¹².

E A. DIAS realça, igualmente, “uma verdadeira impossibilidade lógica que alguém seja prejudicado pelo facto de ter sido trazido à vida, pelo facto de ter passado do nada à existência”³¹³.

- A crítica exposta, algo sofisticada, se se consente a expressão, não é insuperável. Aponte-se-lhe, a começar, uma essência meramente lógico-discursiva, própria de uma “ética da comunicação dialógica”³¹⁴, contemporânea, é certo, mas herdada de concepções subjacentes ao vetusto aforismo cartesiano que ilustra o título deste trabalho [*se penso, existo e, se existo, não poderei pretender a inexistência, sob pena de anular o ato de pensar*].

A existência da criança “é um *dado* real”, como assinala M. Pinto³¹⁵, o fundamento da pretensão ressarcitória é a afirmação de que seria melhor não ter nascido com deficiência. Ora bem, não há evicção dos pressupostos da responsabilidade civil pelo facto de o ato que deu vida ao autor (nascimento) coincidir com o ato que o mesmo põe em crise na demanda. A existência da criança é um facto, insista-se, um dado real não afetado pela dedução do pedido, tal como sucede em todas as ações onde se discute a lesão do bem vida ou da integridade física, imputáveis ao médico.

³¹⁰ CAYLA-THOMAS, *ob. cit.*, p. 64.

³¹¹ STOLKER e DOOM, *ob. cit.*, p. 232.

³¹² FRADA, M. C., *A própria vida como dano*.

³¹³ DIAS, João Álvaro, *Dano Corporal*, p. 504.

³¹⁴ Proposta por HABERMAS e APEL, citados por CAYLA, O.-THOMAS, Y., *Du droit*, p. 65.

³¹⁵ PINTO, P. da M., *ob. cit.*, p. 935.

Já sustentar que o autor destrói a base da pretensão, ao demandar, e com isso rejeitar-lhe o pedido, é renovar uma *ofensa* à criança, já que esta não poderia ter nascido de outro modo, sem as malformações, existindo, em todo o caso, como existe, na sua condição deficiente³¹⁶.

Finalmente, dir-se-á que o argumento não reconhece a realidade subjacente à IVG, em caso de indicação terapêutica. Aceitando-se que, ao optar pelo aborto nas condições em apreço, a tutela subjetiva da mãe abrange o filho, as nossas ações representam a forma de exercitar o direito do descendente. Mais, reconhecido um direito a não nascer deficiente (não propriamente um direito a nascer saudável³¹⁷), a conclusão lógica não pode ser outra senão a da possibilidade de “refus de soi-même”³¹⁸.

4.2.3. O argumento da dignidade da pessoa humana

Terceiro argumento, dos elencados na resistência às ações de *wrongful life*, é o que considera importarem as mesmas uma atitude de desvalorização da vida da pessoa deficiente. Está em causa, sublinhe-se, a oposição daquelas ações à dignidade humana, matriz dos valores da sociedade moderna.

A ideia de intangibilidade da dignidade humana serve como pretexto para obstar a indemnizações pelo nascimento da criança deficiente, dizendo-se a mesma contrária ao princípio inscrito no art. 1.º da Constituição.

A ação implicaria menoscabo da pessoa deficiente, acabando por suscitar a questão da disponibilidade do direito à vida. É o argumento da “santidade” que aqui se reitera, afinal. Como “a *dignitas* humana proíbe a degradação da vida humana a um sem valor”³¹⁹, a argumentação coincide com aquela que vê nas demandas de *vida indevida* uma renúncia à vida, também proibida constitucionalmente.

Por outra parte, afirma-se, o reconhecimento do caráter danoso do nascimento suscitaria desigualdade entre vidas que merecem ser vividas e vidas que o não merecem, além de fenómenos sociais de rejeição de pessoas consideradas *anormais*. Implicar-se-ia, ainda, a

³¹⁶ Para ARAÚJO, F., “A questão filosófica e valorativa podia ser em parte esclarecida recorrendo-se à análise da noção de «potencialidade», na sua primitiva aceção aristotélica – que não tem a ver com *possibilidade* ou *probabilidade* de uma identidade (que ambos se reportam ao futuro), mas antes com a «estrutura ontológica» do ser em questão, que se *vai tornando, no devir presente*, uma identidade” (*A procriação assistida.*, p. 98, nota 170). RAPOSO, V. L., considera que o argumento da “não-identidade” é difícil de sustentar porque reduz a pessoa ao seu genoma (*As wrong actions*, p. 81).

³¹⁷ Como acentua DIAS, J. A., *Dano corporal*, p.504.

³¹⁸ Como assinala CAILLAVET, que extrai o direito de se recusar a si próprio da categoria política da liberdade, “Être libéré, c’est également souvent ne pas faire et refuser”, apud CAYLA-THOMAS, *Du droit*, p. 74.

³¹⁹ FRADA, M. C., *A própria vida como dano?*, p. 247.

imposição do aborto terapêutico, com efeitos encobertos de eugenia social de sabor *orwelliano*.

- Ora bem, custa a compreender como é que a recusa da indemnização à criança deficiente tem a virtude de salvaguardar a dignidade da mesma. E pode até porventura sustentar-se o contrário. A justificar-se o apelo à ideia de dignidade neste domínio, seria exatamente no sentido oposto, de reconhecer a deficiência como prejuízo, pois com isso estar-se-ia a melhorar a vida da criança, por meio da indemnização, tornando-lhe a condição de deficiência de algum modo menos penosa.

À dignidade humana assinala-se uma dimensão de liberdade, a liberdade de cada um se conformar a si próprio e orientar a sua vida segundo o seu projeto pessoal. A dignidade liga-se, por isso, ao desenvolvimento da personalidade. A esta luz, fica em crise o argumento que vê nestas ações uma *renúncia à vida*. É que, sendo essa crítica simbólica, não resiste ao argumento, também simbólico, de que o livre desenvolvimento da personalidade implica igualmente a possibilidade de renúncia à existência.

Para além disso, a dignidade humana tem uma dimensão intersubjetiva pela qual se enuncia uma pretensão de validade universal, mas assinala-se-lhe igualmente um cariz de acentuado carácter individual, consistindo este no sentido da vida escolhido por cada qual e nas condições indispensáveis à sua livre concretização.

Assim, de um ponto de vista jurídico, pode afirmar-se que as ações de *wrongful life* reforçam a ideia de dignidade, permitindo ao próprio afetado reclamar de uma situação que considera lesiva. Compreendem-se, por isso, as palavras de P. da ROSA, no voto de vencido ao acórdão do Supremo, de 2013; indigno “é não possibilitar pela via indemnizatória uma quantia que lhe permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de forma mais... digna”.

Finalmente, para quem admita a indemnização nas ações de *wrongful birth*, é difícil negar a existência de dano nas ações de *wrongful life* a pretexto da dignidade da criança. Na verdade, permitindo a lei o aborto, nomeadamente no caso de indicação *terapêutica*, quando a mãe exerce essa faculdade, também em nome do interesse da criança, não afirma a indignidade ou o desmerecimento da vida do feto, o que, simplesmente, visa é impedir a ocorrência de situação de sofrimento extremo. Deste modo, a ação da criança não se propõe propriamente uma *reconstituição natural*, i.e., terminar a sua existência, não podendo por isso falar-se aqui de qualquer restrição de direito fundamental.

Do mesmo modo, o pedido indenizatório de *vida indevida* “não deve compensar o dano de ter nascido mas sim a dor e o sofrimento”³²⁰, sendo apenas “o equivalente indenizatório do fundamento da responsabilidade, que está no não reconhecimento da deficiência”³²¹. Não se pressupõe por isso, aqui, qualquer juízo de valor sobre a vida, em cotejo com a não-vida.

4.2.4. Teoria da diferença

Vencida a dificuldade de identificação do dano, vem depois o problema da sua medida. Na verdade, reconhecendo a ideia de *diminuição* que subjaz à indemnização, a demanda enfrenta um outro problema, relativo ao *quantum* ressarcitório.

A lei opera com a chamada teoria da diferença, em que o apuramento do dano se faz comparando a situação atual do lesado com a sua situação hipotética, aquela em que estaria, se não tivesse havido a lesão (art. 562.º do Código Civil).

Argumentando, embora se aceite um dano no caso, é possível dizer que a criança não pode alegar que preferia não ter nascido, já que tal implicaria comparar o dano atual (a existência) com a situação anterior (não existência). Dito de outro modo: “in wrongful life claim the child is forced by the rules of the game to compare its handicapped existence with non-existence”³²².

A afirmação do dano, em suma, impõe a comparação entre a vida defeituosa (situação atual) e o vazio da existência, o nada (situação hipotética).

Neste quadro, conclui-se, resultam inoperantes as ferramentas e conceitos aplicáveis do ordenamento jurídico, já que um dos termos da comparação, a *inexistência*, é insusceptível de quantificação ou mesmo de cogitação. Numa palavra, será impossível medir a diferença entre a *não existência*, por um lado, e a vida com deficiência, por outro.

A situação é distinta do caso de lesões pré-natais causadas pelo médico ou por terceiro, em que se opera com a situação atual da criança (a disfunção do nascimento) e aquela que teria na falta de lesão (nascimento em condições normais).

Conjugam-se no argumento dois vetores distintos, por uma parte, a afirmação da dificuldade em admitir o dano, por outra, a barreira à avaliação deste, por falta de um parâmetro de comparação.

³²⁰ Simões, F. Dias, *Vida indevida?*, p. 201.

³²¹ DEUTSCH e SPICKHOFF, *apud* PINTO, P. da Mota, *Indemnização*, p. 937.

³²² STOLKER, *apud* VICENTE, C. N., *Algumas reflexões*, p. 133.

Esta foi a razão principal aduzida contra as ações de *wrongful life* pelos tribunais americanos, mas o discurso também encontra eco entre nós, no já referido aresto do Supremo, de 2001, e do mesmo modo em C. FRADA:

“São intuitivas as dificuldades ligadas ao ressarcimento deste prejuízo. Se, ocorrido um dano, a indemnização tem por escopo, de acordo com a teoria da diferença, colocar o sujeito na situação que existiria se não fosse o evento que conduz à reparação, o sujeito teria de comparar a sua situação atual (de viver) com a situação hipotética de não viver (...)”³²³.

Mas não só. M. SILVA, por exemplo, declara-se impedida de aceitar as ações por *vida indevida*, com base, justamente, na impossibilidade de cotejar a existência e a não existência ³²⁴.

- O argumento em análise não é decisivo para afastar a demanda da criança.

Desde logo, a teoria da diferença tem aplicação limitada, pelo menos quanto aos danos não patrimoniais. Como salientam P. LIMA-A. VARELA, a fórmula do art. 562.º (*reconstituir a situação que existiria*) tem de ser entendida “em termos hábeis”, já que é o julgador quem deve ajuizar, concedendo ao lesado a indemnização que se mostre “capaz de compensá-lo *indiretamente* dos sofrimentos físicos, desgostos, etc., que o facto lhe causou”³²⁵.

Por isso, no apuramento da compensação do dano não patrimonial, a teoria da diferença é inapropriada, por incapaz de estabelecer o cotejo aritmético da situação anterior e da posterior ao dano. O que resulta, vendo bem, do art. 496.º, n.º 3, ao mencionar o recurso à *equidade*. Pela via da equidade não se visa alcançar um valor indemnizatório rigoroso, orientando-se a aferição do dano, no entanto, por padrões objetivos, tendo em conta as regras da boa prudência e uma criteriosa ponderação da realidade em presença.

Aliás, o recurso à equidade não é privativo do dano não patrimonial, visto o carácter subsidiário da indemnização em dinheiro, aplicável só quando não for possível a reconstituição natural da situação anterior (art. 566.º, n.º 1), o montante da indemnização pecuniária mede-se, em regra, pela diferença entre a situação atual do lesado e a sua situação hipotética, aquela que teria se não tivesse ocorrido o facto gerador do dano. Impõe-se,

³²³ FRADA, M. C., *A própria vida como dano?*

³²⁴ SILVA, Marta Santos, *Sobre a inadmissibilidade*, p. 144-145. A autora acaba por remeter para o domínio da segurança social a resolução dos problemas da criança nascida com deficiência grave por falso negativo.

³²⁵ LIMA, P., e VARELA, A., *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., p. 577.

todavia, uma apreciação equitativa do dano patrimonial, quando expresso em dinheiro, no caso de não poder ser averiguado o valor exato dos danos (art. 564.º, n.º 3)³²⁶.

Deste modo, nas ações que abordamos, visando o demandante obter compensação pelos sofrimentos derivados de uma vida gravemente deficiente e não a reconstituição natural de uma situação hipotética, a impossibilidade de recorrer à teoria da diferença não constitui por si só obstáculo ao acolhimento da pretensão. Não estando em causa a apreciação do valor da vida, mas dos sofrimentos e necessidades especiais resultantes de um nascimento deficiente, é possível identificar os termos de comparação, o estado atual de deficiência, por um lado, e a situação de inexistência de sofrimento, ou seja, a vida sem deficiência, por outro.

Parece assim óbvia a existência de um padrão *contrafactual* de comparação, o da pessoa sem mal formações. Não se vê, pois, com P. M. PINTO:

“por que não há-de ser possível calcular aquilo que os pais terão de gastar a mais com uma criança deficiente. Isto sendo certo, porém, que, se se provar que, sem a falta médica, teriam ilicitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas as despesas *acrescidas* pela deficiência, mas *todas* as despesas com o seu sustento e educação. [...] Se for impossível averiguar com exatidão o montante dos danos, o juiz poderá, e deverá, avaliá-los equitativamente, dentro dos limites que tiver por provados, nos termos do artigo 566.º, n.º 3 [...]. E o mesmo vale para os danos não patrimoniais, em resultado dos sofrimentos ligados [...] à deficiência - estes quer dos pais, quer da criança – danos para os quais, aliás, a fixação equitativa é a regra (artigo 496.º, n.º 3)”³²⁷.

Diga-se, a terminar, para rejeitar o argumento, que não pode ser o cálculo a definir a ressarcibilidade ou existência do dano. Aliás, não é preciso trilhar caminhos ínvios como os da noção de *não existência* ou da impossibilidade de comparação da situação presente do demandante com outra que na realidade não existe. Como preconizam alguns autores: “The

³²⁶ E não só. Também *v.g.*, quando a responsabilidade se funda na mera culpa do agente, a indemnização pode ser inferior ao montante dos danos causados (art. 494.º), quanto aos prejuízos causados por inimputáveis (art. 489.º), etc.

³²⁷ PINTO, Paulo da Mota, *Indemnização*, p. 940-941. Também para RAPOSO, Vera Lúcia, a questão da quantificação do dano é uma falsa questão porque “o que se deve é cotejar a situação atual da criança com aquela que existiria se porventura tivesse nascido sem a dita condição [...], partindo do pressuposto que qualquer criança trazida ao mundo deve contar com um mínimo de condições (...)”, *Responsabilidade médica*, p. 109-110. PEREIRA, A. Gonçalo, aceita, de igual modo, a existência de danos patrimoniais, “especialmente os custos adicionais resultantes da deficiência – causados aos pais e à criança nascida, bem como os *danos não patrimoniais* [...]”. Já o dano moral da própria criança (*wrongful life*) afigura-se de mais difícil apreciação jurídica”, *O consentimento informado*, p. 391.

value of non-existence *must* be zero, because non-existence is nothingness, and so has no value – *zero* value. Fixing non-existence at zero value, one can then ask whether the bad things in the child’s life outweigh the good, and if they do, non-existence would be better”³²⁸.

5.0 nexos de causalidade

5.1. Nas ações de *wrongful birth*

Também quanto ao nexo causal há dificuldades assinaláveis, a começar no caso das ações de *wrongful birth*.

Ao invés das lesões pré-natais, nas ações de *wrongful* o médico não causa a deficiência ou malformação nem esta sequer é curável. O facultativo responde porque, ou omitiu a prescrição dos exames necessários, ou interpretou-os erradamente, ou não informou os pais do resultado.

A deficiência, portanto, não pode atribuir-se ao médico, sendo antes resultado da “lotaria genética”, na pitoresca expressão que corre na literatura. Dito de outro modo, com O. CAYLA-Y. THOMAS, a respeito do caso *Perruhe*:

“(…) il est difficilement niable que la faute médicale n’est pas, en elle-même, la source du handicap: si la rubéole avait été correctement décelée, elle n’en aurait pas pour autant été moins nocive pour la santé du fœtus [...]. L’absence de faute médicale n’aurait donc en rien modifié le risque majeur de handicap pour l’enfant q’est, scientifiquement, dû à la seule rubéole contractée par la mère”³²⁹.

Por este motivo, mesmo admitindo a grave deficiência da criança como dano, sempre teria de recusar-se o nexo de causalidade entre o erro médico e aquela, já que a causa da enfermidade é natural ou biológica.

Exceção a este raciocínio constituirá, porventura, o falso diagnóstico pré-implantatório. Nessa situação, o médico não se limita a omitir a informação aos progenitores, contribui diretamente para a concepção da criança a partir da qual se desenvolve a

³²⁸ STRETTON, Dean, *The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life*, Deakin Law Review, vol. 10, n.º 1, p. 356, em <http://www.deakin.edu.au/buslaw/law/dlr/docs/vol10-iss1/vol10-1-16.pdf>

³²⁹ CAYLA, O. e THOMAS, Y., *Du droit*, p. 30-31.

deficiência³³⁰, embora na verdade o problema biológico que lhe dá causa se contenha no material genético selecionado.

Assim, mantém-se a dúvida sobre onexo causal. O problema ultrapassa-se, porém, nas *wrongful birth actions*, porque a ligação entre o erro médico e o dano passa pelo direito que consideramos ter sido aqui violado, o direito dos pais a obter informação sobre o planeamento familiar. Na verdade, com o falso diagnóstico é violado o direito de autodeterminação dos pais, direito geral de personalidade abrangido pela tutela do art. 70.º do Código Civil. Da lesão deste direito nasce a obrigação de indemnizar os danos não patrimoniais resultantes da lesão do direito *a se*, bem como os que decorrem da surpresa e sofrimento de ter um filho deficiente. Além destes, os danos de natureza patrimonial emergentes das despesas extraordinárias causadas pela deficiência.

A asserção, que parece inabalável, é confrontada com a chamada *causalidade hipotética*, que poderá contrariar, diz-se, o fluxo normal do nexo causal. É que, à partida, não é garantido optarem os progenitores por não procriar, ou a grávida por abortar, caso o médico cumpra o dever de informar. Vale dizer que não é seguro evitarem-se os danos, caso o diagnóstico fosse correto, pois cabe à mãe a decisão de abortar e sempre pode avançar com a gestação apesar da deficiência. Assim, “el curso causal que llevaria a evitar el daño es, por tanto, una mera hipótesis”³³¹.

Outra variante do raciocínio, negando a causalidade, passa pela doutrina alemã *do comportamento alternativo lícito*³³², sustentando, embora admita o nexo, que o médico poderá provar que a gestante teria optado por não abortar (ou os progenitores, por conceber), mesmo que ele tivesse cumprido o seu dever.

Nenhuma destas ideias surge como terminante. Por um lado, podemos também aqui acolher uma presunção fundada em critérios de probabilidade (*more probable than not*), inferindo como razoável uma conduta dos progenitores contrária ao nascimento da criança deficiente. Por outro lado, recusando a presunção, poderemos aceitar a causalidade perante a prova positiva do comportamento *razoável* dos pais (a não procriação).

A ideia do *comportamento lícito alternativo*, salientemos, não conduz necessariamente à exclusão do nexo causal. Tal figura, entre nós apelidada de *causa virtual do dano*³³³, respeita ao concurso de causas do mesmo dano, dizendo-se existir “uma causa *real, efetiva*, do dano; e, ao lado dela, um facto que *teria* produzido o mesmo dano, se *não operasse* a

³³⁰ Neste sentido, PRIETO, PANTALEON, *apud* MORILLO, A. M., *La responsabilidad médica...*, p. 469.

³³¹ MORILLO, *ibidem*, p. 473.

³³² Mencionada por RAPOSO, V. L., *Responsabilidade médica*, p. 91.

³³³ Cfr. VARELA, J. M. Antunes, *Das obrigações*, p. 895.

causa real”³³⁴. A causa virtual, podendo ser um facto real ou hipotético, viria sempre a produzir o dano em momento posterior àquele em que operou a causa real.

Ora bem, a solução geralmente aceita é a da irrelevância da causa virtual, a não ser nos casos em que a lei prevê presunções de culpa, afastando em tal situação a culpa do agente, não o nexo de causalidade³³⁵.

Aqui chegados, lembremos que o bem jurídico lesado, em *wrongful birth*, é o direito à autodeterminação ou, se preferirmos, o da liberdade procriativa, e este é irremediavelmente lesado com o falso negativo. Existindo lesão, haverá lugar a reparação. A esta luz, não parece de aceitar qualquer relevo, positivo ou negativo, do facto relativo à causavirtual, pelo que se discordaremos talvez de G. OLIVEIRA, quando afirma que:

“se o médico executa mal um DPN, produz um falso negativo [...] pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada. As dificuldades da prova situam-se, portanto, na demonstração de que, com alta probabilidade, a grávida teria pedido a interrupção da gravidez [...]. Não se verifica um nexo de causalidade se se puder provar que a grávida não teria nunca pretendido a IVG [...]”³³⁶.

Deste modo, pensamos, haverá sempre nexo de causalidade, tendo a prova da *causa virtual*, quando muito, reflexos no *quantum* indemnizatório³³⁷.

Lembremos, entretanto, a teoria *da perda de chance*, para a qual o dano liga-se à perda de oportunidade, não à oportunidade perdida. A ideia pode ser interessante no capítulo do nexo de causalidade, facilitando a aceitação deste em casos mais duvidosos, como quando não existe propriamente falso negativo. É o que sucede quando o médico não prescreve os exames necessários. Aí não pode afirmar-se que o nascimento com deficiência resultou da falta de informação, pois não sabemos se o exame permitiria detetar a patologia. O que existe é a privação da possibilidade de aceder à informação, ou seja, a perda da chance, como salienta V. RAPOSO³³⁸.

Em todo o caso, considerando a evolução dos meios de diagnóstico genético, podemos certamente aceitar que a generalidade dos exames clínicos tem o grau de precisão necessário e

³³⁴ VARELA, A., *Ibidem*.

³³⁵ Assim, nos arts. 491.º, 492.º, 493.º, n.º1, do Código Civil.

³³⁶ OLIVEIRA, Guilherme, *O Direito do Diagnóstico*, p. 12-13.

³³⁷ Assim, VICENTE, M. N., *Algumas reflexões*, p. 123. Também para MORILLO, A. M., é indiferente a prova da reacção dos pais perante a informação, *Ob. Cit.*, p. 476.

³³⁸ RAPOSO, V. L., *Responsabilidade médica*, p. 92.

suficiente. Donde, poder presumir-se, em princípio, que a omissão do exame constitui causa direta da lesão do direito à informação.

5.2. Nas ações de *wrongful life*

Vejam agora o problema do nexo nas ações de *wrongful life*.

O dano da criança, já foi dito, não é o nascimento em si mesmo ou a vida, mas a doença ou a malformação; e causa da deficiência é congénita ou natural, não tendo nada a ver com o médico, nem este podia evitá-la.

Perante estes dados, como afirmar ser o falso negativo causador da deficiência?

A fórmula tradicional da *conditio sine qua non* está aqui definitivamente afastada. Como se referiu, o fundamento da ação é a omissão ou o erro do diagnóstico anterior à conceção ou ao nascimento. Não havendo um comportamento ativo do médico no caso da simples omissão de diagnóstico, claudica logo a ideia subjacente à teoria da equivalência das condições. Para que a teoria pudesse funcionar seria mister que, suprimindo-se a conduta do agente, o diagnóstico fosse correto; para além disso, que da informação correta resultasse a cura, o que não sucede.

Também não se mostra satisfatória a teoria da causalidade adequada.

Embora não se extraia da lei a consagração exclusiva da causalidade abstrata própria da teoria em apreço, é para esta que em geral se aponta, a partir do texto legal (art. 563.º do Código Civil). Considerando o enunciado da doutrina - determinada ação ou omissão será causa de prejuízo se, face à experiência comum, se tem por adequado e normal ser este prejuízo consequência daquela ação ou omissão - o erro médico, no nosso caso, não tendo provocado a deficiência, também não era adequado a evitá-la.

É o que põe em evidência a tese *anti-perruchista*:

“S’il y a bien une faute (l’erreur de diagnostic) ainsi qu’un préjudice (le handicap), il n’y a cependant pas de lien de cause à effet, d’ordre scientifique, entre la faute et le préjudice, puisque le handicap ne saurait, à ses yeux, trouver sa source que dans la seule rubéole contractée par la mère. [...] il y a bien eu faute médicale, toutefois, la conséquence de la faute n’est pas le handicap, mais la seule

naissance de l'enfant, or, en aucun cas la naissance ne saurait être, en elle-même, un *préjudice* pour l'intéressé”³³⁹.

Por outro lado, mesmo mirando o dano pelo ângulo da lesão do direito à informação, e não pelo do nascimento com deficiência, nem por isso se resolve o problema da causalidade. O direito de informação, diz-se, assiste aos pais e é com eles (ou com a mãe) que se estabelece o contrato, *res inter alios* para o nascituro. Tendo a informação os pais por destinatários, sobretudo a mãe, quando está em causa a IVG, argumenta-se ainda que a norma que permite o aborto embriopático e fetopático é dirigida à proteção exclusiva dela, afastando-se portanto o nexo causal.

Dizendo de outra forma:

“el hecho del nacimiento no sólo deriva de la concepción, sino también de la intervención de un elemento jurídico: la decisión de la gestante de no interrumpir el embarazo. [...] ante la existencia de un sistema en el cual se reconoce la posibilidad de aborto embriopático, en el caso de que el enbrión o el feto sufran de un defecto o enfermedad, la concepción por sí sola no es suficiente para producir el nacimiento, sino que es necesario también que se haga un uso negativo de la facultad que ofrece a la gestante en estos casos el Ordenamiento, como salvaguarda y protección de sus intereses”³⁴⁰.

- Do já dito quanto aos requisitos da ilicitude, da culpa e do dano, resulta evidente a fragilidade das objeções opostas à *wrongful life claim* na esfera da causalidade.

Aliás, não são de somenos os motivos que reabilitam o nexo causal neste domínio.

A primeira observação que se impõe respeita à interpretação do art. 563.º, do Código Civil. Ainda que preceito não imponha uma visão excludente da causalidade, não há dúvida que, à sua luz, uma certa ação pode produzir um dano, não apenas de forma direta, mas também indiretamente, como quando o evento não causa ele mesmo o dano, mas desencadeia um outro que lhe dá origem. E, para as nossas ações, essa é a visão sufragada por G. OLIVEIRA:

“o direito civil não exige a demonstração de uma causalidade direta e imediata entre o facto e o dano; basta uma causalidade indireta ou mediata. [...] se o

³³⁹ CAYLA, O.-THOMAS, Y, *Du droit*, p. 33-34.

³⁴⁰ MORILLO, A.M., *La responsabilidad médica*, p. 508.

médico executa mal um DPN, produz um resultado negativo falso e a grávida leva até ao fim uma gravidez que teria podido interromper – e que teria provavelmente interrompido – pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada”³⁴¹.

Apesar de não muito usada pela jurisprudência nacional, a causalidade indireta é admitida, quando se trata de ligar o facto ao dano, e é por essa via que no *Arrêt Perruche* se sublinha a causalidade, assimilando a situação do nascimento com deficiência à contaminação por transfusão sanguínea:

“Voir dans la maladie de la rubéole de la mère la seule cause du handicap de Nicolas Perruche devrait aussi conduire, au sein de la fameuse affaire du sang contaminé, à voir dans le sang des donneurs la seule cause de la contamination des transfusés e, «pourtant, il ne viendrait à l’idée de personne de soutenir que ceux qui pouvaient empêcher la distribution du sang vicié avaient bien une responsabilité dans la contamination des receveurs»”³⁴².

Também no direito anglo-saxónico é admitida a causa indireta, como elo de ligação entre o facto e o dano:

“In wrongful life, the plaintiff suffers disability (...). If the doctor takes reasonable care (by giving proper advice, diagnosis or treatment), the plaintiff will never be born, and so damage [...] will never occur. Thus the doctor can allow or prevent physical damage. (...). Of course, the doctor does not cause the viral or genetic condition that produces disability, and so his conduct is not the *sole or direct biological* cause of disability. But the crucial point is that the doctor’s conduct is still a cause of *physical damage* [...]. So the doctor in wrongful life *can* cause physical damage to the child”³⁴³.

Outra linha argumentativa válida é a que se recolhe da mencionada *terceira via*, considerando o conceturo ou nascituro titular de um direito específico de proteção e cuidado, emergente do vínculo contratual entre os pais e o médico. Partindo da caracterização desta

³⁴¹ OLIVEIRA, Guilherme, *O direito do diagnóstico*, p. 12-13.

³⁴² CAYLA, O-THOMAS, Y, *Du droit*, p. 31.

³⁴³ STRETTON, D., *The birth torts*, p. 354.

relação como fenómeno complexo, chega-se à integração do filho no âmbito de proteção dos chamados *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*, enquadramento que vimos ser aceite por importante doutrina e admitido mesmo por alguns no campo judiciário. O direito à indemnização derivaria, assim, não da violação do dever de informação, mas da lesão de deveres de proteção, estabelecendo-se o nexo de causalidade entre a lesão e o dano, a deficiência.

Tendo ainda por cenário o contrato, há quem considere que o estabelecimento do nexo causal na *wrongful life action* passa pela definição do escopo contratual, aplicando aqui a linha de definição do nexo que tem a ver com a finalidade da norma violada³⁴⁴. Pretendendo os pais impedir o nascimento da criança deficiente, o incumprimento do contrato em que se traduz o falso negativo obsta àquele escopo. Verificar-se-ia, assim, nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo filho e os fins da norma que regula o programa contratual.

Falta, para encerrar o capítulo do nexo de causalidade, falar do aspeto mais controverso, mas também mais interessante, do tema das *wrongful actions*, que se liga à teleologia da norma do aborto embriopático e fetopático. Para verificar se o fim de evitar a criação do risco da deficiência cai no âmbito de proteção do art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, ou se a norma visa apenas a tutela da liberdade procriativa.

É certo que, permitindo a lei a interrupção da gravidez, dá à mãe o poder soberano de decidir sobre a continuação da mesma, mas no caso específico do aborto embriopático e fetopático é igualmente a proteção da futura pessoa que a lei visa. Não pode ser de outro modo, quando se aceite que o princípio da dignidade humana carece de uma interpretação atualista que permita incluir a noção de “qualidade de vida”, concluindo-se que “a integridade física da pessoa nascida sobreleva o valor da sua vida antes de nascer”³⁴⁵. Aqui se testará “a capacidade quase redentora da ciência médica”³⁴⁶, admitindo-se, por esta via, ser o erro médico a causa da falta de qualidade de vida em que a deficiência se traduz.

³⁴⁴ Assim, PAPACHRISTOS, A. C., *apud* VICENTE, M. N., *Algumas reflexões*, p. 128.

³⁴⁵ RAPOSO, V. L., *Responsabilidade médica*, p. 94.

³⁴⁶ COSTA. Faria, *Vida e morte em direito penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, n.ºs 1 e 2, p. 186.

VI- CONCLUSÃO

Chegado o momento de concluir, estamos decerto mais perto da dúvida cartesiana que preside à epígrafe do que da província das certezas assumidas. Nada mau, diz quem sabe, quando somamos dúvida à dúvida, porque o caminho faz-se... duvidando, a parafrasear o verso célebre de Antonio Machado.

Somemos, pois.

1) O desenvolvimento da ciência médica e o progresso das técnicas ligadas ao aconselhamento genético oferecem, hoje em dia, um leque cada vez maior de informações sobre as condições de saúde de um filho para nascer.

2) Concomitantemente, exigências constitucionais ligadas ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito a constituir família impõem aos médicos e outros profissionais de saúde o dever de dar aos futuros pais a informação possível quanto à condição de saúde do conceturo ou nascituro.

3) No campo do aconselhamento genético, o dever de informação assume-se como um segmento das *leges artis*, impondo-se ao médico, pelo menos em situações de risco, recomendar os exames necessários, interpretá-los corretamente e informar os interessados (a obrigação do médico pode acaso dizer-se de resultado, face à fiabilidade atual dos meios técnicos envolvidos).

4) O falso negativo decorrente de omissão de exame ou erro de diagnóstico priva os pais do conhecimento das deficiências ou malformações da criança e, assim, da possibilidade de evitar o nascimento ou a conceção.

5) O erro médico serve de base a pedidos indemnizatórios dos pais (*wrongful birth actions*) ou da criança (*wrongful life actions*), visando a reparação de danos – patrimoniais, os custos da deficiência, e não patrimoniais, decorrentes da anulação do direito de procriar de forma livre e esclarecida e do sofrimento derivado da deficiência.

6) As ações surgiram nos Estados Unidos da América e difundiram-se depois pela Europa, mas suscitam reservas: as dos pais, por assentarem num pressuposto que se pretende negar, um direito ao aborto; as da criança, por se recusar um “direito a não nascer”.

7) Em todo o caso, examinando os *pressupostos da responsabilidade civil*, é possível augurar a prosperidade, no futuro, dumas e doutras ações, a bem da tutela de interesses que dela se mostram dignos.

8) Pelo que toca à *ilicitude* e à *culpa* (I), sem dificuldade se identificam tais pressupostos nas ações de *wrongful birth*, sendo o falso diagnóstico lesivo do direito à autodeterminação dos pais e à liberdade procriativa.

9) Nas ações de *wrongful life*, a responsabilidade do médico não assenta em conceitos ideológicos como o de um *direito a não nascer*, mas na própria ideia de dignidade humana e de respeito ético pelo outro, passando pela identificação de um interesse do conceturo ou nascituro a nascer em condições mínimas de vida, interesse também protegido pela norma penal que permite o aborto embriopático e fetopático.

10) No plano da *ilicitude*, a pretensão da criança pode enquadrar-se na figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, já que os pais pedem aconselhamento genético visando conhecer a condição de saúde do novo ser, considerando-se que o erro médico viola os deveres de cuidado e proteção emergentes do contrato a benefício do filho.

11) Passando ao pressuposto do *dano* (II), assentaremos primeiramente que a vida não pode considerar-se um prejuízo. Quanto aos pais (*wrongful birth*), o dano consiste na privação da autonomia procriativa, não sendo o mesmo afastado pela prova de que procriariam embora informados da deficiência.

12) Quanto à criança (*wrongful life*), o dano reside na privação da qualidade de vida, impondo-se acentuar o erro médico mais do que o resultado (“dano injusto”), e proporcionar à criança condições de vida digna, através do ressarcimento, aliviando-lhe o “fardo da existência”, mesmo com recurso à equidade na fixação da indemnização.

13) No capítulo da *causalidade* (III), nas *wrongful birth actions*, não há dificuldade em ligar o falso negativo com o dano, já que este consiste na lesão do direito de autodeterminação dos pais; ainda que estes decidissem procriar, não há desvio do nexa causal porque o dano situa-se a montante.

14) Nas *wrongful life actions*, a afirmação da causalidade pode fazer-se por caminhos distintos: a) Assentar que a lei acolhe também a causalidade indireta (art. 563.º do Código Civil), admitindo que o erro médico causa a deficiência de forma mediata, ao impedir a decisão de abortar; b) Estabelecer o nexa da deficiência com a lesão dos deveres de proteção (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*); c) Definir o nexa causal através da teoria do escopo da norma violada, postulando a vontade dos pais de incluir o filho nas finalidades do contrato médico; d) Reportar o nexa à norma que permite o aborto embriopático e fetopático, associando-lhe o escopo de garantir à criança condições mínimas de qualidade de vida, o que o erro médico exclui, ao impedir a possibilidade do aborto.

15) A ação dos filhos contra os pais por procriação irresponsável, apesar do conhecimento da deficiência, sendo difícil de aceitar em tese geral, pode ser acolhida casuisticamente pela via do abuso de direito na ponderação do interesse dos primeiros em procriar face à consabida ausência de condições mínimas de qualidade de vida do filho.

Bibliografia

- ALARCÃO, RUI DE - *Direito das obrigações*. (com colaboração de J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Brandão Proença). Ed. Policopiada. Coimbra, 1983.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE - *Os contratos civis de prestação de serviços médicos*, Revista de Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: AAFDL (1996), p. 75-120.
- ARAÚJO, FERNANDO - *A procriação assistida e o problema da santidade de vida*. Coimbra: Almedina (1999). ISBN: 972-40-1260-3.
- BACHELET, OLIVIER - *Le droit de choisir sa mort: les ambiguïtés de la cour de Strasbourg*. Revue Internationale de Droit Pénal. Toulouse: Editions Éres. ISSN 0223-5404. Ano 82, n.º 1 e 2 (Jan.-Abril 2011), p. 109-127.
- BURGOA, ELENA - *A Cabeça de jano e a negligência médica. O caso português*. Sub Judge. [S.L.]. Almedina. ISSN: 0872-2137. N.º 13 (Abril 2007), p. 75 e ss.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES - *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra. Almedina, 1974.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES - *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN: 9789724021072.
- CAPLAN, ARTHUR; MCCARTNEY, JAMES J.; SISTI, DOMINIC - *The Case of Terri Schiavo, Ethics at the end of life*. New York: Prometheus Books, 2006. ISBN: 978-159102398-2.
- CAYLA, OLIVIER - YAN THOMAS - *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*. [S.L.]. Éditions Gallimard. ISBN 2-07-076420-6.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. [S.L.]. Lex- Edições Jurídicas, 1996. ISBN 9789729495571.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 972-40-1011-2. Tese de doutoramento.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. ISSN 972-40-2112-2, tomo III.
- CORREIA, VANESSA CARDOSO - *Wrongful life action, Comentário ao acórdão do STJ de 19 de junho de 2001*. Sub Judge. [S.L.]. Almedina. ISSN 0872 – 2137, Jan-Mar. (2007), p. 101-108.
- COSTA, AMÉLIA - *Perspectiva jurídica de um acto de amor*. [S.L.]. Universidade Autónoma de Lisboa (2000). ISBN: 972-8094-37-X. Tese de mestrado.

- COSTA, JOSÉ DE FARIA - *O fim da vida e o direito penal*. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização de Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, ISBN 972-32-1193-9. P. 759-807.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA - *Vida e morte em direito penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra; Coimbra Editora. ISSN 0871-8563, Ano 14, n.ºs 1 e 2 (Janeiro-Julho 2004). P. 171-194.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA - *Em redor da noção de acto médico*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0870-8487. Ano 138º, n.º 3954 (Jan.-Fev. 2009). P. 126-137.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA - *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1994. 6ª Ed. ISBN 972-40-0796-0.
- DAVIS, S. DAVIS - *Genetic dilemmas: reproductive technology, parental choices, and children's futures*. Oxford: University Press, 2010. ISBN: 978-019-537438-4.
- DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO - *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 9789723207347. Ed. Reimp. (1996). Tese de mestrado.
- DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO - *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. [S.L]. Almedina, Coleção Teses, 2001. ISBN: 972-40-1584-X. Tese de Doutoramento.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO; SINDE, MONTEIRO - *A Responsabilidade médica em Portugal*. Boletim do Ministério da Justiça, Portugal, Ministério da Justiça. Janeiro 1984, n.º 334, p. 21 e ss.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO - *Interrupção da gravidez não punível*, anotação ao art. 142.º do Código Penal. Comentário Conimbricense do Código Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Tomo I, Parte Especial. ISBN: 972-32-0854-7. P. 166-201.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO - *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN: 972-32-1299-9. Tomo I.
- DOORM, M.P. SOMBROEK-VAN e STOLKER, C.J.J.M - *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 – Dutch case note*. European Review of Private Law. Utrech. ISSN: 0098-9801. Vol. 11, n.º 2 (2003), p. 227-234.
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE - *Da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 1645-1430, 2004. P. 115 – 195.
- FELIU, JOSEP SOLE, E MARTÍN-CASALS, MIQUEL - *Cour de Cassation, 13 Juillet*

2001, Arrêts 278, 279 and 280 - Spanish case note. European Review of Private Law. Utrech. ISSN 0928-9081. Vol. 11, nº2 (2003), p. 201-220.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA - *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: Almedina (Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1994. Tese de mestrado.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA - *Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN: 9789724010489.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA - *A Própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. ISBN: 0870-8118. Ano 68 (2008). P. 215-253.

GONÇALVES, CARLA - *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Coimbra: Coimbra Editora. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. ISBN: 9789723216332.

GOODMAN, MELISSA; NIGHTINGALE, ELENA - *Before birth, prenatal testing for genetic disease*. Harvard: Harvard University Press. 1990. ISBN 0-674-06391-0.

HENDRIKS, AART - *Wrongful suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar*. European Journal of Health Law. The Netherlands. ISSN 0929-0273. Vol. 12 (2005), p. 97-102.

HENSEL, WINDY F. - *The disabling impact of Wrongful birth and Wrongful life actions*. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review. Harvard University. ISSN: 00178039. Vol. 40 (2005). P 141-195.

KERN, GISELA HILDEGAR - *O valor absoluto da vida humana – Limite para a responsabilidade civil?*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra. ISSN 1645-1430. Ano IV (2007), p. 79-88.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELLES DE MENEZES - *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. I. ISBN:978972443807.

LEJEUNE, CHRISTINE - *Wrongful life, das Kind als Vermögensschaden*. Bremen: Europäischer Hochschulverlag mbH § Co. KG, 2009. ISBN: 978-3941482-33-3.

LEWIS, PENNEY - *The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France*. European Journal of Health Law. Netherlands. ISSN: 0929-0273. Vol. 12 (2005), p. 135-153.

LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES - *Código Civil Anotado*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

- LOUREIRO, JOÃO CARLOS GONÇALVES - *Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto (Considerações em torno do seu estatuto jurídico)*. Cadernos de Bio-ética. Coimbra. Edição CEB, N.º 14, Abril/Julho (1997).
- MARTÍN-CASALS, MIQUEL, E FELIU, JOSEP SOLE - *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001, Arrêts 278, 279 and 280 – Spanish case note*. European Review of Private Law. Utrech. ISSN: 0928-9081. Vol. 11, n.º 2 (2003), p. 201-220.
- MASON, J.K. - *The Troubled Pregnancy, legal wrongs and rights in reproduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. ISBN: 978-0-521-85075-9.
- MCCARTNEY, JAMES J.; CAPLAN, ARTHUR; SISTI, DOMINIC - *The Case of Terri Schiavo, Ethics at the end of life*. New York: Prometheus Books, 2006. ISBN: 978-159102398-2.
- MELO, HELENA PEREIRA DE - *O embrião e o direito*. A Ética e o Direito no Início da Vida Humana. Coord. de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo. Colectânea Bioética Hoje – III. Coimbra. Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2001. ISBN: 972- 603-231- 8. p. 157 - 188.
- MIRANDA, JORGE; MEDEIROS RUI - *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. ISBN: 789723218220.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO - *Direito a não nascer?, anotação ao acórdão do STJ de 19 de junho de 2001*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0870-8487. Ano 134º (2001), p. 371-384.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO - *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001, Arrêts 278, 279 and 280 - Portuguese case note*. European Review of Private Law. Utrech. ISSN: 0928-9081. Vol. 11, n.º 2 (2003), p. 220-224.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO - *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Faculdade de Direito. ISSN: 972-40-1919-5. (2003). Suplemento do Vol. XXVIII.
- MONTEIRO, FERNANDO PINTO - *Direito à não existência, direito a não nascer*. Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Coimbra. ISSN: 972-32-1255-2. Vol. II (2006), p. 131-138.
- SINDE, MONTEIRO; DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO - *A Responsabilidade médica em Portugal*. Boletim do Ministério da Justiça, Portugal, Ministério da Justiça. Janeiro 1984, n.º 334, p. 21 e ss.

- MORAITIS, ANASTASIOS - *When childbirth becomes damage: a comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims.* Lex Medicinæ. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 1646-0359. Ano 4, nº 8 (2007). P 37-58.
- MORILLO, ANDREA MACÍA - *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life).* Valencia: Tirante Monografías 363, 2005. ISBN: 84-8456-309-X.
- NIGHTINGALE, ELENA; GOODMAN MELISSA - *Before birth, prenatal testing for genetic disease.* Harvard: Harvard University Press. 1990. ISBN: 0-674-06391-0.
- NUNES, RUI - *O diagnóstico pré-implantatário.* Bioética. Coordenação de Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald. Reimpressão da 1ª Ed.[S.L.]: Editorial Verbo, 1996. ISBN: 972-22-1719-4. P. 183 e ss.
- OLIVEIRA, GUILHERME - *O fim da arte silenciosa (O dever de informação dos médicos).* Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 0870-8487. Ano 128º, n.º 3852 (1995). p. 70-72 e 101.
- OLIVEIRA, GUILHERME - *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma.* Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN:0870-8487. Ano 128º, nº 3860 (1996). p. 325-332, 361-363, e Ano 129, nº 3862 (1996), p. 9-12.
- OLIVEIRA, GUILHERME - *O direito do diagnóstico pré-natal.* Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 0870-8487. Ano 132º, nº 3898 (1999). p. 6-16.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA - *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado.* Coimbra: Coimbra Editora, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008. ISBN: 978-972-32-1636-3. Tese de mestrado.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS - *O consentimento informado na relação médico-paciente, estudo de Direito Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004. ISBN: 9789723212471. Tese de mestrado.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA - *Cessão da posição contratual.* Coimbra: Almedina, 1982. Tese de doutoramento.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA - *Teoria geral do Direito Civil.* 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

- PINTO, PAULO MOTA - *Indemnização em caso de nascimento indevido e vida indevida. Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais.* Coimbra: Coimbra Editora. 2008. ISBN: 9789723215458. Vol. III. P. 915-946.
- PRIAULX, NICOLETTE - *The harm paradox: Tort law and the unwanted child in an era of choice.* Suffolk, Great Britain: Biomedical Law and Ethics Librar, Series Editor – Sheila A. M. McLean, 2007. ISBN: 978-1-84472-108-5.
- RAPOSO, VERA LÚCIA - *O dilema do Rei Salomão: conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários.* Lex Medicinæ. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 1646-0359. Ano 5, nº 9 (2008). P 55-80.
- RAPOSO, VERA LÚCIA - *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica.* Revista Portuguesa do Dano Corporal. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra e Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal. ISSN: 1645-0760. Ano XIX, nº 21 (Dez. 2010). P. 61-99.
- RAPOSO, VERA LÚCIA - *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth).* Revista do Ministério Público. [s.l.]. ISSN: 0870-6107. Ano 33, nº 132 (out-Dez 2012). P. 71-125.
- RICOU, M. [et al.] - *Álcool, gravidez e informação. Uma perspectiva ética.* A Ética e o Direito no Início da Vida Humana. Coord. de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo. Colectânea Bioética Hoje – III. Coimbra. Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2001. ISBN: 972-603-231- 8. P 221 – 244.
- RODRIGUES, JOÃO VAZ - *O Consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do Paciente).* Coimbra: Coimbra Editora, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. ISBN: 972-32-1013-4.
- SILVA, MARTA SANTOS - *Sobre a inadmissibilidade das ações por “vida indevida” (wrongful life actions) na jurisprudência e na doutrina. O Arrêt Perruche e o caso André Martins, in Direitos de Personalidade e sua Tutela.* Estudos seleccionados do Instituto Jurídico Portucalense [S.L]. Rei dos Livros, 2013. ISBN: 978-989-8305-51-0. P. 119 e ss.
- SISTI, DOMINIC; CAPLAN, ARTHUR; MCCARTNEY, JAMES J. - *The Case of Terri Schiavo, Ethics at the end of life.* New York: Prometheus Books, 2006. ISBN: 978-159102398-2.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE - *O concurso de títulos de aquisição da prestação.* Coimbra: Almedina, 1988. ISBN972-32-0677-3. Tese de doutoramento.
- SOUSA, TEIXEIRA - *Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica.* Direito da

Saúde e Bioética. Lisboa: AAFDL, 1996.

SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO - *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Tese de doutoramento.

STOLKER, C.J.J.M, E DOORM, M.P. SOMBROEK-VAN - *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 – Dutch case note*. European Review of Private Law. Utrech. ISSN: 0098-9801. Vol. 11, n.º 2 (2003), p. 227-234.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO - *Direito das obrigações*. 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. ISBN: 972-32-0375-8.

THOMAS, YAN - CAYLA, OLIVIER - *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*. [S.L.]. Éditions Gallimard, 2002. ISBN: 2-07-076420-6.

VARELA, ANTUNES e LIMA, PIRES - *Código Civil Anotado*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Das obrigações em geral*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1989. ISBN: 972-40-0522-6. Vol. I.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra (1995). ISSN: 0870-8487. Ano 127. P. 162, 194, 266 e 325.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS - *Teoria geral de Direito Civil*. 7ª Ed. [S.L.]. Almedina, 2012. ISBN: 9789724050119.

VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES - *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: A jurisprudência Perruche*. Lex Medicinæ. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 1646-0359. Ano 6, n.º 11 (Jan.-Junho 2009), p. 117-141.

VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES - *Wrongful life actions: the “Ethical Maze” between slippery slopes and the non-identity problem*. Lex Medicinæ. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 1646-0359. Ano 9, n.º 17 (Jan.-Junho 2012), p. 243-255.

WIKUS, PRISKA - *Just birth - Wrongful decision, von Gesetzen, Urteilen und deren Auswirkungen*. Wien. Grin, Verlag für akademische Texte, 2007. ISBN: 978-3-656-20181-6. Studienarbeit.

Legislação e Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.6.2001, Processo 01A2008. Direção Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual. [consult. em 22.10.2013]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument&Highlight=0,pinto,monteiro,perruche>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7.4.2005, Processo 05B294. Direção Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual [consult. em 22.10.2013]. Disponível em

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, Processo 08A183. Direção-Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual. [Consultado em 3.11.2013]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument&Highlight=0,obriga%C3%A7%C3%A3o,de,meios,responsabilidade,m%C3%A9dica,exames,de,sangue>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 13.3.2007, Processo 07A96. Direção-Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual. [consult. em 3.11.2013]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ef9fc65335171bd2802572b300466b33?OpenDocument&Highlight=0,transfus%C3%A3o,de,sangue,2007,13>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2009, Processo 544/09. Direção-Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual [consult. em 3.11.2013]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4ec?OpenDocument&Highlight=0,544%2F09%20>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.1.2012, Processo 1585/06.3TCSNT.L1-1. Direção Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual. [consult. em 20.8.2012]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1.3.2012, Processo 9434/06.6TBMTS.P1. Direção Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual. [consult. em 20.8.2012]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument&Highlight=0,wrongful,life>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.1.2013, Processo 9434/06.6TBMTS.P1.S1, Direção Geral da Administração da Justiça. [em linha]. atual. [consult. em 12.9.2013]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebddf3b80257af7003ca979?OpenDocument>

Estados Unidos

Decisão *Christense v. Thornby*, Supreme Court of Minnesota, 22.6.1934. [em linha]. atual (consult. em 11.11.2013).

Disponível em:

http://mn.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19340622_0002.MN.htm/qx

Decisão Zepeda v. Zepeda, Appellate Court of Illinois, 11.6.1963. 41 Ill. App. 2 d 240 (1963).

[em linha]. atual. (consult. em 7.11.2013). Disponível em:

http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240_1238

Decisão Gleitman v. Cosgrove, Supreme Court of New Jersey, 6.3.1967. 49 NJ 22 (1967).

[em linha]. atual. (consult. em 7.11.2013). Disponível em:

http://www.leagle.com/decision/19677149NJ22_160

Decisão Roe v. Wade, Supreme Court of the United States, 22.1.1973, 410 U.S. 113. [em

linha]. atual. (consult. em 11.11.2013). Disponível em:

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html

Decisão Becker v. Schwarz, Court of Appeals of the State of New York, 27.12.1978. 46 N. Y. 2d 401 (1978). [em linha]. atual. [consult. em 11.11.2013].

Disponível em: http://www.leagle.com/decision/197844746NY2d401_1413

Decisão Curlender v. Bioscience Laboratories, Court of Appeals of California, 11.6.1980, N.º 58129 (1980). [em linha]. atual. [consult. em 11.11.2013].

Disponível em: <http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/106/811.html>

Decisão Turpin v. Sortini, Supreme Court of California, 3.5.1982, S.F. No. 24319. [em linha]. atual. [consult. em 11.11.2013].

Disponível em: <http://scocal.stanford.edu/opinion/turpin-v-sortini-30626>

França

Arrêt Perruche, decisão da *Cour de Cassation*, de 11.11.2000, Processo 99-13.701. Legifrance. [em linha]. atual [consult. em 9.9.2013].

Disponível em <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>.

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Legifrance. [em linha]. atual. [consult. em 11.11.2013].

Em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=B9FC200C214C6A3648A1AC664F1C9D43.tpdjo05v_3?idArticle=LEGIARTI000006697384&cidTexte=LEGITEXT000005632379&dateTexte=20131114.

Irlanda

PROTECTION OF LIFE DURING PREGANCY ACT DE 2013. [em linha]. atual. [consult. em 10.11.2013]. Disponível em:

<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2013/a3513.pdf>.

Reino Unido

Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976. United Kingdom. The National Archives of Legislation of the UK. Atual. [consult. em 13.11.2013]. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/contents/enacted>.

Decisão McFarlen and Another v. THA, House of Lords, 25.11.1999, 2 Sll. E. R., 961. [em linha]. atual [consult. em 13.11.2013]. Disponível em <http://archive.is/ASS1>.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Affaire Maurice c. France, decisão do processo nº 11810/03, de 6.10.2005. Revue General do Droit. [em linha]. atual. [consult. em 11.11.2013].

Disponível em: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-6-octobre-2005-draon-c-france-affaire-numero-1181003/#.UoTbYHC8Dow>

Affaire Draon c. France, decisão do processo 1513/03, de 6.5.2010. Communiqué du Greffier. [em linha]. atual [consult. a 11.11.2013].

Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-1464002-1529999#{\"itemid\":\[\"003-1464002-1529999\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-1464002-1529999#{\).

Webgrafia:

AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS – *Ultrasonography in pregnancy*. US Department of Healthcare Research and Quality. [em linha] atual. (consult. em 7.11.2013). Disponível em:

<http://www.guideline.gov/content.aspx?id=14180&search=ultrasonography+in+pregnancy>

CAREY, KRISTEN N. - *Wrongful Life and Wrongful Birth: Legal Aspects of Failed Genetic Testing in Oocyte Donation*. Penn Bioethics Journal. [em linha]. 1 (1). (Abril de 2005). P. 1-4. atual. [consult. em 9.9.2013].

Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/17294555>.

COWDREY, MICHAEL L.; DREW, MELINDA - *Basic Law for the Allied Health professions*. [em linha]. 1995. [consult. 9.8.2012]. Disponível em:

http://books.google.pt/books?id=T0v9hmVfBpYC&pg=PA77&dq=gleitman+v.+cosgrove&hl=ptPT&ei=qp3TcSU4eahQeUt7WHDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=gleitman%20v.%20cosgrove&f=false. ISSN 0-86720-710-8.

EIRA-VELHA, N. [et alt.] - *Gravidez gemelar – E se um dos gémeos é malformado?*, in Livro de Resumos, X Jornadas Internacionais de Diagnóstico Pré-Natal. [em linha]. 2012. Atual. [consult. 7.11.2013].

Disponível em <http://apdpn.org.pt/blog/2012/09/jornadas-internacionais-diagnostico-pre-natal-viana-castelo>

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA - *A proteção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião*. Revista da Ordem dos Advogados. [em linha]. Ano 2010,70, Vol. I/IV, P.. atual. [consult. em 12.9.2013].

Em:http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112751.

GREY, ALICE - *Life, Logic and Legal Fictions*. Sydney Law Review [em linha]. Vol. 28 (2006). P545 – 560. atual. [consult. em 9.9.2013].

Disponível em http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_3/Grey.pdf

HANSON, F. ALLAN - *Suits for wrongful life, counterfactuals, and the nonexistence problem*. Southern Californian Interdisciplinary Law Journal. [em linha]. Vol. 5:1, (1996). atual. [consult. em 13.11.2013]. Disponível em:

<http://kuscholarworks.ku.edu/dspace/bitstream/1808/4273/1/SoCalInterdisLJ.pdf>.

HONDIUS, EWOUND - *The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment*. Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. [em linha] (2005), p. 105. atual. [consult. 19.8.2012].

Disponível em:

[http://books.google.pt/books?id=2n597ubUNQ8C&pg=PA105&lpg=PA105&dq=kelly+moleenaar+2005&source=bl&ots=aJFPH4y2Ew&sig=7Em8UCiyTum3sDoZet6DSIwozhg&hl=pt-PT&sa=X&ei=Rl1vT-v4HumX0QXI-](http://books.google.pt/books?id=2n597ubUNQ8C&pg=PA105&lpg=PA105&dq=kelly+moleenaar+2005&source=bl&ots=aJFPH4y2Ew&sig=7Em8UCiyTum3sDoZet6DSIwozhg&hl=pt-PT&sa=X&ei=Rl1vT-v4HumX0QXI-7mNAg&sqi=2&ved=0CD4Q6AEwBA#v=onepage&q=kelly%20molenaar%202005&f=false)

[7mNAg&sqi=2&ved=0CD4Q6AEwBA#v=onepage&q=kelly%20molenaar%202005&f=false](http://books.google.pt/books?id=2n597ubUNQ8C&pg=PA105&lpg=PA105&dq=kelly+moleenaar+2005&source=bl&ots=aJFPH4y2Ew&sig=7Em8UCiyTum3sDoZet6DSIwozhg&hl=pt-PT&sa=X&ei=Rl1vT-v4HumX0QXI-7mNAg&sqi=2&ved=0CD4Q6AEwBA#v=onepage&q=kelly%20molenaar%202005&f=false)
e

MERSY [et al] - *Noninvasive detection of fetal trisomy 21: systematic review and report of quality and outcomes of diagnostic accuracy studies performed between 1997 and 2012*. Hum Reprod Update 19: 318-329. 2013. [em linha]. atual. [consult. a 7.11.2013]. Disponível em <http://apdpn.pt/news/2013/10/detecao-invasiva-trissomia-21-fetal>

MORAES, MARIA CELINA BODIN DE - *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade. [em linha]. Vol.9, n.º 29. Jul/Dez 2006. P 233 a 258. atual. [consult. em 22.10.2013]. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf. ISSN 1516-6104.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS - *Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*. Revista Portuguesa do Dano Corporal. (17), 2007. P.11-22 [em linha]. atual. [consult. 28.8.2012]. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ADiasP2007.pdf.

REYS, LESSEPS LOURENÇO DOS - *Responsabilidade Civil dos Médicos*. RFML, Série III, Vol. 5, nº 5 [em linha]. atual. [consult. 1.9.2012]. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/respon.pdf

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES - *Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do doente*. [em linha]. Centro de Estudos Judiciários. (2010) atual. [consult. 19.8.2012]. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/FC-responsab_civil_erro_medico.pdf

ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS - *Ultrasound Screening Supplement to Ultrasound Screening for Fetal Abnormalities Contents*. [em linha]. atual [consult. em 7.11.2013]. Disponível em <http://www.rcog.org.uk/womens-health/clinical-guidance/ultrasound-screening>.

SCHEDLER, GEORGE - *Does the society have the right to force pregnant drug addicts to abort their fetus*. Social Theory and Practice [em linha]. 17 (1991), p. 369-384. atual. [consult. em 10.9.2013}]. Disponível em: <http://philpapers.org/rec/SCHDSH>. ISSN (electronic): 2154-123X.

SIMÕES, FERNANDO DIAS - *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana*. Revista de Estudos Politécnicos. [em linha]. Vol. VII, nº 13 (2010). P. 187-203. atual. [consult. em 22.10.2013]. Disponível em: http://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_accoes_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana

SIMÕES, FERNANDO DIAS - *Nascimento indevido mas não vida indevida: um voto de vencido*. [em linha]. atual. [consult. em 22.11.2013]. Disponível em: <http://pearlriverdeltalaw.wordpress.com/2013/01/27/nascimento-indevido-mas-nao-vida-indevida-um-voto-de-vencido/>

STRASSER, MARK - *Wrongful life, Wrongful Birth, Wrongful death, and the right to refuse treatment: Can Reasonable Jurisdiction Recognise All but One*, in Missouri Law Review. [em linha]. Vol. 64 (1999). ISSN: 0026-6604. P. 29. atual. [consult. em 11.11.2013], em <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol64/iss1/7/>

STRETTON, DEAN - *The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life*. Deakin Law Review. [em linha]. Vol. 10, n.º 1 (2005). P. 319-364. atual. [consult. em 20.11.2013]. Disponível em: em <http://www.deakin.edu.au/buslaw/law/dlr/docs/vol10-iss1/vol10-1-16.pdf>