VIDA INDEVIDA (*WRONGFUL LIFE*) E DIREITO À NÃO EXISTÊNCIA

Sara Elisabete Gonçalves da Silva [1]

Resumo: O progresso científico e tecnológico mudou radicalmente o mundo e a sociedade. Neste sentido, o aumento da complexidade confronta o indivíduo com novos desafios e obriga o direito a um alargamento que acompanhe o desenvolvimento científico, bem como as mudanças nos usos e costumes. Com a evolução das técnicas médicas, designadamente as técnicas de diagnóstico pré-concecional e pré-natal, é possível diagnosticar doenças congénitas antes da conceção e do nascimento de uma criança. Através do processo de aconselhamento genético, consegue-se tratar de problemas associados ao risco de uma patologia genética e identificar malformações de que o feto padeça. Quando o processo é efetuado defeituosamente o instituto da responsabilidade civil é chamado para responsabilizar o médico perante os pais e, até mesmo, perante a própria criança. Tais pretensões são designadas por *wrongful actions – wrongful conception, wrongful birth e wrongful life* – que pretendem responsabilizar os profissionais de saúde. É na pretensão de *wrongful life* que nos deparamos com uma importante consideração: a admissibilidade ou não da invocação do direito à não existência, bem como se as mesmas devem ser admitidas e, portanto, suscetíveis de indemnização.

Palavras-chave: Aconselhamento genético; Diagnóstico pré-natal; Responsabilidade civil médica; *Wrongful life*.

Abstract: The scientific and technological progress has radically changed the world and society. As a result, the complexity increase makes people face new challenges and makes the law undergo an expansion which will enable it to follow the scientific development as well as the change in practices and traditions. With the evolution of medical techniques, specifically the preconception and prenatal diagnostic techniques, it is possible to diagnose congenital diseases before conception and before the birth of a child. Through the genetic counselling process it is possible to treat the problems associated with the risk of a genetic pathology and to identify the malformations the foetus may suffer from. When the process is wrongfully done, the civil liability institute is called upon to hold the doctor responsible before the

[1] Mestre em Direito pela Universidade Lusíada – Norte

parents and even before the child. Such claims are designated as wrongful actions – wrongful conception, wrongful birth and wrongful life – and they intend to hold the health care professional responsible. We will perceive an important consideration in the wrongful life claim: the admissibility or not of the invocation of the right to non-existence and if the wrongful life should be admitted and, therefore, susceptible of compensation.

Keywords: Genetic counselling; prenatal diagnostic; medical civil liability; wrongful life.

1. Considerações introdutórias

Quem no passado se voltasse para o futuro, procurando imaginar o que a evolução das ciências biológicas e médicas iria provocar no homem e na sociedade dos nossos dias, dificilmente anteciparia as transformações que vieram a ocorrer e, particularmente, imaginaria a possibilidade de existirem pretensões pela conceção indevida, pelo nascimento indevido e, até mesmo, pela vida indevida.

Através da evolução das técnicas médicas e do conhecimento que chega, cada vez mais, ao alcance das pessoas e ainda, a consciencialização que as pessoas têm dos seus direitos, faz com que haja a pretensão da reparação pela má prática médica. A tudo isto, acrescem os conhecimentos sobre as pretensões, as fundamentações, as possibilidades e outros, provindos dos países europeus e dos Estados Unidos da América. Estes também proporcionaram, no ordenamento jurídico português, aos profissionais de saúde a tornarem-se mais conscientes e peritos na aplicação da panóplia das técnicas médicas[2].

Por conseguinte, de olhos postos no presente, constatamos que são tratadas, quer na doutrina quer na jurisprudência nacional e, principalmente, alienígena, ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva, designadamente, as ações oriundas do aconselhamento genético defeituoso: wrongful conception, wrongful birth e wrongful life.[3] São ações de responsabilidade médica, inserem-se no âmbito do diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) e do diagnóstico genético pré-natal (DPN) e, por último, constituem ações de responsabilidade civil. Estas ações são caracterizadas, na sua essência, pelo dano que nelas é invocado, como veremos[4].

[2] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 187-203.

[3] As ações de wrongful conception, wrongful birth e wrongful life tiveram origem nos Estados Unidos da América na década de setenta, com diferentes soluções nas várias jurisdições. Vide MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 5-26.

[4] CARDOSO CORREIA, V., 2004. Wrongful Life Action - Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1-n.º 2, Julho/Dezembro, pp. 125-132.

Os casos de wrongful conception ou wrongful pregnancy consistem na conceção de uma criança quando, supostamente, era garantido que tal não iria acontecer. Contudo, aconteceu em virtude de uma interrupção da gravidez mal sucedida, de defeitos do método anticoncecional ou de uma esterilização mal efetuada, ou seja, em todos os casos em que há violação do direito ao planeamento familiar ou do direito à não reprodução. São situações em que o filho nasce saudável, porém a conceção não foi desejada e, deste modo, o nascimento também não.[5]

Quem tem legitimidade para requerer a indemnização são os progenitores em seu próprio nome e não a criança, isto porque, a criança não padece de qualquer dano. Obviamente, referimo-nos a crianças que nasceram saudáveis.[6]

O pedido consiste na responsabilização de quem se tinha comprometido a evitar a conceção de uma criança, ou seja, os médicos, nomeadamente, os obstetras, geneticistas, médicos de família, imagiologistas e outros relacionados com medicina pré-concecional. Os pais demandam o médico por causa do nascimento de uma criança saudável, em virtude de uma, por exemplo, esterilização falhada.[7] Pedem uma indemnização de acordo com os custos daqui decorrentes, ou seja, os subsequentes procedimentos médicos, despesas derivadas da educação do filho e, em casos especiais, eventualmente, danos morais.[8]

Nos casos de wrongful birth a conceção é desejada mas, o nascimento é indesejado em virtude da criança ser portadora de deficiências ou malformações graves. Nesta situação, nasce uma criança com graves deficiências ou severas malformações e os progenitores foram impedidos de exercer a possibilidade de interromper a gravidez.[9]

Quem tem legitimidade para intentar a ação são, tal como na wrongful conception, os progenitores em seu próprio nome contra o médico.

Em que, devido à falta de informação sobre o DPN, ocorreu o nascimento de uma criança com deficiências ou com malformações. Assim, os progenitores alegam fundamentalmente o facto de terem perdido o direito de tomar uma decisão informada sobre a manutenção da gravidez relativa a um filho que padece de defeitos congénitos, capazes, até mesmo, de provocar a respetiva morte à nascença[10]. Referem que se lhes tivesse sido transmitida a devida informação e se não fosse a falta de diligência médica, a mãe teria optado pela realização da interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática (cfr. art. 142.º, n.º 1,

[5] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 66.

[6] DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 250.

[7] Ibidem.

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

[9] DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 252.

[10] Por exemplo, a hérnia diafragmática congénita.

al. c), do código penal (CP)).[11]

Nas wrongful life a criança nasce com malformações ou deficiências e pretende reagir contra quem possibilitou o seu nascimento, mesmo que não tenha provocado diretamente a malformação.[12]

Quanto à legitimidade, esta ação é sempre proposta pelo filho ou por outrem em seu nome. Muitas vezes, este é um menor e/ou incapaz e, quando assim é, normalmente, a ação é interposta por intermédio dos pais em seu nome (cfr. 1878.º, n.º 1, do código civil (CC)). O lesado, nesta situação, é a criança e os progenitores atuam como representantes legais, não em nome próprio. Assim, o autor alega – o próprio ou através do representante – que, se não fosse a negligência médica, os progenitores teriam, provavelmente, recorrido à interrupção voluntária da gravidez. Nestas situações, o dano concretamente sofrido reside em ter que existir com uma deficiência, uma malformação que jamais se geraria se o nascimento não tivesse sucedido – é o dito dano de viver[13].[14]

Enfatize-se que estas ações podem ser interpostas contra os médicos, instituições hospitalares e, até mesmo, contra os pais. Esta última hipótese é a que gera mais controvérsias a nível doutrinal e jurisprudencial.[15]

Quanto ao médico, não é este que causa a malformação, o que se verifica é a não informação das malformações à mãe/progenitores. Tal pode ocorrer em três situações: o médico não informou ou informou defeituosamente os progenitores sobre a eventualidade de a criança sofrer de uma patologia congénita grave; o médico não informa a mãe de que o feto padece de uma malformação grave; e, pode haver negligência na seleção de um embrião aquando da procriação medicamente assistida (PMA), no âmbito do DGPI.[16]

Quando esta ação é dirigida contra um ou ambos os progenitores, invoca-se o facto de estes terem prosseguido com a gravidez, mesmo com o conhecimento da deficiência ou doença, ou seja, contra o aconselhamento genético. Esta pretensão funda-se num dever parental de evitar o nascimento de uma criança

[11] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 10.

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

[13] É importante, evidenciar, desde já, que a ação não manifestaria tantas controvérsias se o filho se limitasse a pedir uma compensação pecuniária para poder, durante o resto da sua vida, cobrir as suas despesas especiais devido ao seu estado de saúde. Mas, diversamente, o que o filho pretende é o ressarcimento pelo facto de ter de existir. Vide GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 11.

[14] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 11.

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

[16] DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 262.

em tais condições[17].[18]

Os danos que se invocam são os sofridos pelo próprio filho, ou seja, os emergentes do próprio nascimento: a vida da própria criança com deficiência que não existiria se o médico tivesse sido diligente.[19]

Note-se que as malformações não resultam da conduta reprovável do médico, pois estas derivam de facto natural, isto é, o médico não provoca a malformação, antes não informa a mãe da existência da malformação. O médico não é o responsável pela deficiência ou malformação que surge normalmente desde o início da vida pré-natal. Porém, a omissão do esclarecimento é considerada ilícita, uma vez que o comportamento alternativo lícito do médico teria evitado o nascimento e, assim, a vida deficiente ou com malformações.[20]

Em suma: os pais da criança podem apresentar dois pedidos de indemnização: um pedido de indemnização em seu próprio nome, por causa dos danos oriundos da circunstância de ter um filho com anomalias graves – mas aqui estamos perante uma wrongful birth action; o outro pedido, em nome da própria criança, pelo facto de esta ter nascido com determinada patologia ou deficiência, e aqui já entramos no contexto de uma wrongful life action.

Os processos de wrongful life têm sido inseridos num contexto de reprodução sexual, porém, pressupõe-se que passarão a ser muito frequentes nos casos de PMA, principalmente quando se proceder ao DGPI. Por isso, o que anteriormente se expôs da wrongful life, aplica-se, mutatis mutandis, para as situações de DGPI. Nestas situações, o médico não detetou uma anomalia no embrião e daí ter procedido à sua transferência, ou então, detetou-a e informou os progenitores mas, mesmo assim, estes optaram pela sua transferência. São situações específicas, onde nem sequer se coloca o obstáculo de se interromper uma gravidez uma vez que esta ainda nem sequer começou.[21]

As ações de wrongful life invocam argumentos valorativos de extrema importância, nomeadamente: o direito de nascer física e mentalmente saudáveis[22]

---

[17] Estas situações acontecem, por exemplo, nas ações propostas por filhos de mães toxicodependentes, que decidem continuar com a gravidez contra as indicações prestadas pelo médico, ou nos casos em que a mãe recusa tratamentos médicos indispensáveis. Vide SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 187-203.

[18] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 62.

[19] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 189.

[20] CARNEIRO DA FRADA, M., 2008. A própria vida como dano? - Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite, Ano 68-Vol. I. [Online] Available at: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=71981&ida=72382 [Acedido em 06 05 2015].

[21] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 62.

[22] No entender de Cosimo Mazzoni, o direito a nascer com o corpo e a mente saudáveis baseia-se numa proteção ao nascituro não só pelo direito à vida mas também à saúde, previstos

e o direito à não existência ou o direito a não nascer. As referidas ações são dignas de uma observação mais aprofundada por diversos motivos: cada vez mais o desenvolvimento das técnicas de diagnóstico pré-natal possibilita a previsão de problemas antes da conceção (através do historial genético dos pais) ou de determinar com exatidão os problemas depois da conceção; colidem com direitos de personalidade e por tal motivo estão intimamente ligadas à tutela da dignidade da pessoa humana, ao direito de procriar enquanto densificação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo alvo de discussão sobre eventuais intuitos eugénicos; por último, trata-se de uma ação que permite apreciar a capacidade do instituto da responsabilidade civil para lidar com um novo conjunto de dilemas ético-jurídicos cujas fronteiras nem sempre são perceptíveis.[23]

Assim, debrucemo-nos sobre a análise destas pretensões, nomeadamente, quanto à sua aplicabilidade e aceitabilidade jurídica, bem como, sobre as questões controversas que advêm das citadas pretensões.

2. Resenha de direito comparado – Estados Unidos da América, França, Holanda, Alemanha, Itália e Espanha

Uma análise jurisprudencial, embora sumária, de casos provenientes de países ocidentais, resulta seguramente útil para uma melhor compreensão das diversas questões que a fattispecie coloca. Desta forma, temos como objetivo de aferir qual a tendência de outros ordenamentos jurídicos, com base nas suas fundamentações, para que assim seja possível alcançar uma conclusão sobre a existência ou não de uniformidade na decisão de tais pretensões, com o intuito de contribuírem para uma resposta sobre o seu cabimento no nosso ordenamento jurídico. Por conseguinte, passemos, em resenha, à abordagem das principais pronúncias da jurisprudência alienígena que intervém sobre o assunto.

Jurisprudência norte-americana

Caso zepeda vs. zepeda[24]

A expressão wrongful life foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos da América, por um Tribunal do Estado do Illinois, no ano de 1963. Esta ação foi interposta pelo filho face ao seu progenitor. Zepeda não padecia de qualquer deficiência ou patologia genética, no entanto, requereu uma indemnização

nas constituições. Nesta situação deparamo-nos com a importância da tutela da vida pré-natal. Vide MAZZONI, C. M., 2005. Real protection for the embryo. Revista de Derecho y Genoma Humano: Law and Human Genoma Review, n.º 22, janeiro-junho, pp. 115-132.

[23] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 191.

[24] Zepeda v. zepeda, 41 I11. App 2d 240, 190 N.E.2d 849 (1963) (Raposo, 2010: 67).

contra o seu pai. Alegava uma vida indevida porque tinha sido concebido fora do casamento, mediante relações sexuais induzidas por falsas promessas de casamento. Como filho ilegítimo provinham-lhe vários e graves prejuízos para a sua vida, nomeadamente para a vida profissional pela discriminação social, pretendendo ser ressarcido por isso. Tal pedido foi julgado improcedente pelo tribunal.[25] Neste caso, a expressão wrongful life generalizou-se em contraposição à expressão wrongful death (nestas ações o pedido tinha por base a vida que deveria ter continuado e à qual foi posto termo).

Caso Gleitmom vs. Cosgrove

No Supremo Tribunal de New Jersey, em 1967, surgiu o primeiro litígio que compreendeu uma ação de wrongful birth e wrongful life. Quer a ação wrongful birth quer a wrongful life foram negadas.

Caso Becker v. Schwartz[26]

O tribunal relativamente ao pedido de wrongful life decidiu o seguinte:

No mesmo sentido do caso anterior, a Court of Appeals de Nova Iorque, passados dez anos, julgou que "a questão de saber se seria melhor nunca ter nascido do que ter nascido com graves deficiências é um mistério que deve ser deixado aos filósofos e teólogos. O direito não tem competência para resolver essa questão, particularmente levando-se em consideração que há consenso no direito e na sociedade sobre o valor da vida humana, comparada com a sua ausência". E, que a lei nada prevê que permita reconhecer o nascimento de uma criança deficiente como um dano para a própria vida. Interrogando-se o tribunal sobre que critério a utilizar para definir a perfeição e ainda mencionou que a escolha não é entre ter nascido saudável ou ter nascido deficiente, mas entre ter nascido e não existir.[27]

Caso Park vs. Chessin

O caso Park. vs. Chessin, de 1977, proposto em Nova Iorque, levou os tribunais norte americanos a viabilizarem as pretensões de wrongful life. Esta ação consistiu, de forma breve, no facto de a criança padecer da patologia renal policística e processar o médico por informar de maneira inadequada os progenitores sobre a possível patologia. Considerou o tribunal que, neste caso concreto, a criança não pedia o ressarcimento dos danos por causa do nascimento em si, mas pela dor e sofrimento presentes após o seu nascimento, que advieram

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

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

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

de uma conduta médica anterior à conceção[28]. [29]

Curlender v. Bio-Science Laboratories[30]

Neste caso, os pais recorreram a um laboratório para saber se eram ou não portadores de Tay-Sachs. O laboratório após efetuado o teste emitiu um resultado negativo, mas a criança veio a padecer da doença de Tay-Sachs. Os seus progenitores (estes num processo de wrongful birth) e a respetiva criança intentaram uma ação contra o laboratório. O Supreme Court da Califórnia começou por distinguir este caso dos anteriores e afastou a sua rejeição com base na suposta dificuldade no cálculo do dano, não considerando certas conceções morais sobre a vida que continuavam a dominar a apreciação jurídica destas questões. Segundo o Tribunal, não é relevante o facto de que a criança não houvera nascido sem a negligência do laboratório. No entanto, já considera importante a circunstância de ela ter efetivamente nascido, e é neste contexto que se deve avaliar se tem direito a ser ressarcida dos danos que sofre.[31] O tribunal reconhece que esta argumentação também é suscetível de fundamentar uma ação proposta pela criança atingida pela deficiência contra os seus pais por lhe terem infligido prejuízos devido à escolha que fizeram em deixar a criança nascer na sobredita condição. O Estado da Califórnia, após tal controversa decisão, legislou de imadiato no sentido de excluir os pais da possibilidade de virem a ser responsabilizados através de uma ação de wrongful life.[32] Este foi o primeiro processo a dar razão a uma wrong life action.[33]

Caso Turpin v. Sortini[34]

Nesta situação o tribunal confirmou o entendimento de que a santidade da vida não preclude o reconhecimento de uma ação por wrongful life, argumentando que é difícil observar como o ressarcimento dos danos a uma criança gravemente deficiente negue o valor da vida ou de qualquer forma indique que a criança não tenha direitos como todos os restantes membros da sociedade. Considera o tribunal que o problema é o de determinar se a criança

[28] No mesmo sentido o caso Turpin vs. Soritini, em 1982, na Califórnia.

[29] MORILLO, A. M., 2003. La Responsabilità Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales, Madrid: s.n, pp. 91.

[30] Curlender v. Bio-Science Laboratories (1980) 106 Cal. App.3d 811, 165 Cal.Rptr.477 (Raposo, 2010: 68). Segundo nos informa Vera Lúcia Raposo, posteriormente a esta decisão o estado da Califórnia promulgou leis que pretendiam afastar esta pretensão.

[31] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 68.

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

[33] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 68.

[34] Turpin v. Sortini – 643 p.2d954 (1982).

sofreu de facto um prejuízo por ter nascido com a patologia em alternativa a não ter nascido. Acrescentando que, embora a avaliação da dor e do sofrimento já seja complicada numa ação comum de indemnização, ainda assim, é possível através da nossa própria experiência apreciar o que a pessoa perdeu, isto é, uma vida normal sem dor nem sofrimento. O tribunal rejeitou a concessão de uma indemnização de acordo com as regras gerais, atendendo apenas às despesas extraordinárias de aprendizagem e tratamentos impostos pela doença, que no caso era a surdez. Concluiu que numa ação de wrongful life uma criança não pode obter uma indemnização nos termos gerais por ter nascido deficiente em alternativa a não ter nascido, porém, essa criança (como também os pais) podem obter uma indemnização especial pelas despesas extraordinárias ao tratamento da sua deficiência.[35]

No caso anterior foi concedido à criança uma indemnização por danos morais (dor e sofrimento) contrariamente ao que aconteceu neste caso.

Jurisprudência europeia - França

Caso Perruche[36]

Nicolas Perruche nasceu em 1983 com graves deficiências devido ao facto de a mãe ter contraído rubéola durante o período de gravidez. A progenitora chegou a manifestar a vontade de interromper a gravidez na eventualidade de se comprovar que a patologia fosse transmitida ao nascituro, admissível pelo ordenamento jurídico francês. Os exames laboratoriais não detetaram a dita patologia, por erro do laboratório e da passividade do médico que a assistia. A mãe não abortou, mas Nicolas Perruche nasceu surdo, quase totalmente cego, mentalmente atrasado e com múltiplas perturbações neurológicas. Face a isto, os progenitores interpõem uma ação contra o médico e o laboratório, exigindo serem indemnizados por danos próprios e pelos danos do filho, como seus representantes legais. Posto isto, considera-se que, por negligência médica, não foi detetada a patologia, não podendo a mãe optar pela interrupção da gravidez para impedir o nascimento do filho. Assim, reconhece a Cour de Cassation francesa que a criança tem o direito a obter a reparação do dano resultante dessas malformações.[37]

Esta decisão francesa foi a primeira a admitir uma indemnização pelo nascimento de uma criança com deficiências.[38] Esta originou muitas controvérsias

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

[36] O arrêt Perruche, da Cour de Cassation francesa, de 17 de novembro de 2000, acessível em www.courdecassation.fr e www.legifrance.gouv.fr.

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

[38] Contudo, os tribunais franceses já se tinham defrontado com questões semelhantes, conforme

por admitir que o nascimento de uma criança fosse considerado como um dano indemnizável.[39]

Diante de tal decisão seguiram-se reações por parte de familiares, associações de deficientes, médicos, laboratórios, perspetivou-se o agravamento de seguros e a sociedade mostrou-se perturbada devido à eugénica e a dificuldade em delimitar o que será uma vida indigna que não valerá a pena ser vivida e o que será uma vida suportável.[40]

Também foi muito criticado pelos juristas devido ao nexo causal, onde foi dito que não existe nenhum vínculo de causalidade entre a conduta do médico e as anomalias da criança. O único prejuízo causado pela conduta do médico foi o nascimento da criança, porque a negligência médica impossibilitou a mãe de optar pela interrupção da gravidez. Contudo, acrescente-se que o Tribunal, voltou a analisar o tema em 28 de novembro de 2001 e consideraram que o dano sofrido pela criança não consistia na perda de chance, de não ter nascido, mas sim, pelas suas anomalias.[41]

Posteriormente, o legislador afasta o entendimento da decisão anterior e intervém através de lei – Loi Anti-Peruche[42] – pretendendo exaurir as ações de wrongful life e remeter para o direito social e para a solidariedade nacional o

menciona Paulo Mota Pinto, que nos exemplifica os seguintes casos: Cour de Cassation, 2 de Julho de 1982 -nascimento no seguimento de um aborto falhado; Cour de Cassation, 16 de julho de 1991 – nascimento de uma criança deficiente porque a mãe não foi vacinada contra a rubéola; Cour de Cassation, 26 de março de 1996 - erro de diagnóstico de uma doença. Vide MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 5-26.

[39] MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 8.

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

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

[42] Lei n.º 2002-303, de 4 de março de 2002 – referente aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde, conhecida como Loi Anti-Peruche. Esta lei limita a responsabilidade médica, mencionando no seu art. 1.º que o nascimento não pode ser entendido como um prejuízo para ninguém ("nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance"). Esta lei, em termos de nexo causal, apenas admite a reparação de danos resultantes diretamente de atos médicos, ou seja, quando o ato médico em si mesmo causou a lesão ou a agravou ou não permitiu a tomada das medidas adequadas para a evitar. Apenas considera os prejuízos sofridos pelos pais, e com isto remete por inteiro a abordagem da questão para a clássica responsabilidade civil. Admite que os pais possam pedir uma compensação pelos danos sofridos por causa do nascimento de uma criança em que a deficiência não foi detetada durante a gravidez, contudo exclui do montante os encargos especiais de que a criança venha a necessitar, ou seja, os danos patrimoniais, os quais ficam a cargo da Solidariedade Nacional. Esta norma foi revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005, que introduziu no código de ação social francês um art. praticamente com o mesmo teor. Vide RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 71.

apoio a todos os cidadãos deficientes, evidenciando que o prejuízo de viver não pode ser indemnizado e que a criança apenas pode ser indemnizada se a culpa do médico estiver diretamente na origem do seu dano, o piorou ou não possibilitou que se tomassem as medidas para o atenuar.[43]

Jurisprudência europeia - Holanda

Caso Baby Kelly

O Supremo Tribunal Holandês (Hoge Raad), de 18 de março de 2005, deparou-se com um caso de wrongful birth e wrongful life, conhecido por baby kelly. Neste caso os progenitores foram indemnizados quanto às despesas relativas ao sustento da criança deficiente, até esta atingir os 21 anos. Para além de danos morais, advindos da violação do direito à autodeterminação da mãe nos cuidados de saúde, fundamentada na privação de uma decisão esclarecida e informada, relativamente à gestação, presumiu-se que, uma vez conhecida a anomalia congénita de que Kelly viria a sofrer, seria expectável que a mãe tivesse consentido na interrupção da gravidez. A mãe ainda foi indemnizada, e só ela, pelas despesas advindas de tratamento psiquiátrico devido ao nascimento de uma criança portadora de deficiência. Relativamente à criança, atendendo ao facto de ter nascido, coube-lhe uma indemnização pelos danos não patrimoniais.[44]

Jurisprudência europeia - Alemanha

Tribunal Federal de Justiça da Alemanhã, de 1983[45]

Neste caso, trata-se de uma pretensão requerida pelos pais e pela criança contra um ginecologista que não detetou que a mãe padecia de rubéola e, por isso, não teve a oportunidade de recorrer à interrupção da gravidez. A criança nasceu com graves problemas, causados pela rubéola de que a mãe foi vítima nos primeiros meses de gravidez. Desta forma, o tribunal de primeira instância rejeitou a pretensão do filho, concedendo-se uma indemnização aos pais (wrongful birth). Em sede de recurso, o tribunal rejeitou o apelo do filho e deu provimeto ao recurso do réu para também afastar a pretensão dos pais. O BGH , manteve a decisão de rejeição da pretensão indemnizatória em relação ao filho, porém anulou a decisão quanto aos pais, reconhecendo a estes o direito à indemnização. Este acórdão refere que a doutrina alemã encontra-se dividida,

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

[44] MANSO, L. D. B., 2012. Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-natal - o caso das ações de "wrongful Birth", n.º 18. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, julho/dezembro, pp. 161-182.

[45] BGH, 86, 240; JZ 1983, 447; JuS 1984, 434. Vide FACCHINI NETO, E., 2015. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira, pp. 450.

mas têm-se rejeitado estas pretensões, fundamentalmente por considerar que não é relevante o valor que a própria pessoa, ou alguém por ela dá à vida, isto porque, a vida é um bem que merece proteção absoluta.[46]

Jurisprudência europeia - Grã-Bretanha

Caso McKay vs. Essex Area Health Authority

Neste caso inglês, a progenitora de Mckay, durante a gravidez, foi vítima de rubéola e, devido ao mau aconselhamento genético pré-natal, teve uma criança com graves deficiências e, por esse facto, foi-lhe retirada a possibilidade de optar pela interrupção da gravidez. O filho interpôs uma ação de responsabilidade civil contra o serviço público de saúde. O tribunal inglês julgou o pedido improcedente com base no argumento de que era contrário à ordem pública considerar uma vida que padeça de deficiências com menos valor do que uma vida dita normal e, mais, que seria impossível determinar os danos, uma vez que o tribunal teria de comparar a situação da criança com a situação de não existência e, que tal comparação, o tribunal não pode efetuar.[47]

Jurisprudência europeia - Itália

Sentença do Tribunal de Roma, 13 de dezembro de 1994[48]

Neste caso a pretensão foi requerida pelo filho e o Tribunal negou a existência de uma relação de causalidade entre a conduta negligente do médico e as malformações, bem como em geral a pretensão da criança.[49]

Sentença do Tribunal de Perugia, de 7 de setembro de 1998[50]

O tribunal, nesta sentença, declara que a falta de informação deu lugar ao nascimento inesperado de um filho portador de doenças que causaram traumas para os progenitores, seguramente sobre a integridade física e psíquica dos mesmos. O tribunal menciona que se a informação tivesse sido dada no decorrer da gravidez, os pais teriam tido tempo para se adaptarem e aceitarem.[51] Relativamente ao

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

[47] MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 10.

[48] Sentenzia del Tribunale di Roma, 13 di dicembre, 1994. Vide MORILLO, A. M., 2003. La Responsabilità Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales, Madrid: s.n., pp. 101.

[49] MORILLO, A. M., 2003. La Responsabilità Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales, Madrid: s.n, pp. 101.

[50] Sentenzia del Tribunale di Perugia, 7 di settembre, 1998. Vide MORILLO, A. M., 2003. La Responsabilità Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales, Madrid: s.n., pp. 101.

[51] O Tribunal menciona: "há dato luogo ad una nascita inaspettata di un figlio portatore di handicap com un conseguente ed evidente trauma per i genitori, sicuramente incidente sulla integrità

pedido do filho, o tribunal considerou que o nascimento não pode ser considerado em si um facto injusto, suscetível de ser fonte de responsabilidade[52].[53]

Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza 11/05/2009, n.º 10741[54]

O tribunal da cassação, neste caso, aborda o direito a nascer saudável. Refere que o nascituro ou concebido resulta dotado de autónoma subjectividade jurídica, tem o direito a nascer saudável, bem como a correspondente obrigação dos médicos de o ressarcirem (direito ao ressarcimento que, para o nascituro, tem carácter patrimonial e é condicionado, quanto à titularidade, ao evento do nascimento), seja por falta da observância do dever de uma correta informação (consentimento informado) para a terapia prescrita à mãe (isto acontece enquanto a relação estabelecida da mãe com os médicos produz efeitos de proteção para com o nascituro), seja pelo dever de administrar fármacos que não causem danos para o mesmo nascituro. Não há direito ao ressarcimento com base no consentimento informado para efeitos de interrupção da gravidez, e não da mera prescrição de fármacos, dada a não configurabilidade do direito a não nascer, se não saudável.

Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza 02/10/2012, n.º 16754[55]

Nesta situação trata-se do direito a não nascer se não saudável. Esta sentença menciona que a responsabilidade médica por omissão no âmbito de um diagnóstico de malformação fetal e consequente nascimento indesejado estende-se também nos confrontos entre os progenitores, bem como entre irmãos do nascituro que se encontrem em pleno título de sujeitos protegidos da relação entre o médico e a gestante, nos termos em que a prestação é devida. A situação subjetiva tutelada é o direito à saúde e não o direito de nascer saudável. Por força da propagação intersubjetiva dos efeitos diacrónicos do ilícito, o interesse à procriação consciente e responsável não é só da mãe, mas também da futura criança, quando a lesão infligida ao nascituro se manifesta e advém atual ao momento do nascimento.

---

psicofísica dei medesimi. L'apprensione della notizia nel corso della gravidanza avrebbe Permesso sicuramente di rinvenire tempestivamente un suporto psicológico e materiale più adeguato, tale da consentire un graduale adattamento alla situazione dove affrontare la nascita con un ben diverso grado di sibilizzazione ed accetazione."

[52] O Tribunal menciona: "la nascita, dunque, non può essere mai considerata in sé un fatto ingiusto fonte di responsabilità."

[53] MORILLO, A. M., 2003. La Responsabilità Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales, Madrid: s.n, pp. 91.

[54] BALDINI G., Riflessioni di biodiritto, Firenze, 2012, pp. 35 e ss.

[55] D'AMICO, M, 2015, Il concepito e il diritto a nasceres sani: profili costituzionali alla luce della decisione della corte di cassazione n.º 1654 del 2012. Em: Persona e famiglia nell'era del biodiritto – a cura di Gianni Baldini. Firenze: Firenze University Press, pp. 169-181.

Corte di Cassazione Civile, SS. UU., civ., sentenza 22/12/2015, n.º 25767[56]

A sentença, n.º 25767 de 22 de dezembro de 2015, a Sezione Unite compõe dois contrastes em torno da jurisprudência sobre a legitimidade, designadamente, situações de extrema importância no contexto das ações para obter o ressarcimento dos danos pelo nascimento indesejado nos confrontos dos médicos e dos hospitais devido à omissão de informação sobre o nascituro; outrossim, neste acórdão são abordados obstáculos de ordem substancial e não processual sobre o eventual caminho ao nível do ressarcimento dos prejuízos sentidos pela pessoa nascida com malformações, sendo esta a situação que nos interessa para o estudo em causa.

Por conseguinte, neste caso, muito recente, uma mulher teve uma filha que nasceu com síndrome de down. A mãe efetuou todos os exames pré-natais necessários com o propósito de identificar eventuais patologias de que o feto pudesse padecer. O primeiro exame omitia, culposamente, ulteriores aprofundamentos devido aos valores incorretos resultantes dos exames. O tribunal de primeira instância e a Corte d'Appello rejeitaram o ressarcimento de danos. Desta feita, recorreu à Corte di Cassazione. Neste sentido, com a ordinanza interlocutória n.º 3569, de 23 de fevereiro de 2015, foram revistos casos precedentes[57]. A Corte di Cassazione entendeu que nestas situações há uma contradição insuperável pois, a partir do momento em que os termos de comparação são entre duas situações alternativas, isto é, antes e depois do ilícito, então, nestas situações estaríamos perante a vida ou a não vida, devido à interrupção da gravidez. A não vida não pode ser um bem da vida, devido à contradição aqui existente e que, por isso, não o consente. Acrescentando ainda que muito menos o pode ser, para a criança, retrospetivamente, a omissiva destruição da própria vida, que é o bem por excelência da escala axiológica do ordenamento, concluindo que não se pode falar de um direito a não nascer como também de um direito de nascer saudável, uma vez excluída alguma responsabilidade comissiva ou omissiva do médico no dano causado ao feto. Mais, que não pode ser invocado o direito de autodeterminação da mãe, devido

[56] LATTARULO, C., 2016. Feto down: inexistente il diritto a non nascere, s. l.:s.n.

[57] O tema do nascimento indesejado deu lugar, relativamente às questões de ónus da prova, a uma primeira e mais coerente orientação, correspondendo à regularidade causal de que a progenitora interrompa a gravidez voluntariamente, se tivesse sido informada das graves malformações do feto (Cass. 6735/2002; 488/2008; 13/2010; 22837/2010; 15386/2011). Desta forma, tal conceção contrapunha uma jurisprudência mais recente, donde excluía tais presunções, colocando a cargo da parte "attrice" o ónus de alegar e demonstrar que, se tivesse sido informada das malformações do nascituro teria interrompido a gravidez (Cass. 16754/2012, 7269/2013; 27528/2013; 12264/2014). Ulteriores contrastes diziam respeito à legitimidade do nascituro a pretender o ressarcimento do dano a cargo do médico ou dos hospitais: a tese negativa, sustentada pela Cass. Sez. III 11 de maio de 2009, n.º 10741, fazia referência à contrária opinião que excluía o requisito da subjetividade jurídica do nascituro e a sua legitimidade, depois do nascimento, a considerar a violação do direito à autodeterminação da mãe, causa do próprio estado de enfermidade, que não existia se não tivesse nascido (Cass. Sez. III, de 3 de maio de 2011, n.º 9700; Cass. Sez. III, 2 de ottobre 2012, n.º 16754).

à falta de informação com o intuito de uma propagação intersubjetiva de efeitos prejudiciais. A Corte di Cassazione, por último, refere que a responsabilidade do médico perante a criança abriria a estrada para uma análoga responsabilidade da mãe, que muito embora tivesse sido corretamente informada das malformações do nascituro tinha levado a termo a gravidez. Neste caso, se se reconhecesse o direito a não nascer doente isso comportaria aquele simétrico termo de relação jurídica: a obrigação da mãe abortar. Assim, a Corte di Cassazione rejeitou o pedido de ressarcimento de danos interposta pela criança.[58]

Jurisprudência europeia - Espanha

Sentença do Supremo Tribunal Espanhol, 23 de novembro de 2007

Neste caso, está em causa uma situação de falta de informação do médico sobre as possibilidades de utilização de técnicas de prevenção em idade avançada no âmbito de uma gravidez. Reconhece danos morais aos pais pela falta de informação, mas nega a existência de dano no caso da criança pelo mero nascimento. Quanto às pretensões de wrongful life, Espanha não reconhece a admissibilidade das mesmas, desde o caso julgado de 5 de junho de 1998 que não admite que este tipo de nascimentos seja um dano em si mesmo.[59]

3. O estado da jurisprudência nacional

Com maior detalhe, uma vez que o nosso estudo incide sobre o ordenamento jurídico português, passemos à análise jurisprudencial no nosso ordenamento jurídico.

Acórdão do STJ, de 19/06/2001 (Pinto Monteiro), Proc. 01A1008[60]

No Ac. em apreço, está em causa um litígio entre o menor (autor) representado pelo seus pais e entre o Médico Vitor e o Gabinete de Radiologia (réus). Na primeira consulta da mãe do autor, o primeiro réu informou que a gestação tinha cerca de onze semanas e que estava tudo bem, baseando-se numa ecografia e relatório feitos na segunda ré. O primeiro réu sabia que a mãe do autor tinha o útero septado, por já a ter assistido numa gravidez anterior. Assim, propõe o primeiro réu que a mãe do autor se dirigisse novamente à segunda ré para fazer nova ecografia, para se apurar o estado evolutivo da gestação. A mãe do autor assim o fez. O primeiro réu sabia que se estava perante uma gravidez de risco. No entanto, o mesmo não atuou com a diligência necessária, não respeitando a praxis clínica, pois deveria ter pedido a realização de outros exames para aferir,

[58] LATTARULO, C., 2016. Feto down: inexistente il diritto a non nascere, s. l.:s.n.

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

[60] Acessível em www.dgsi.pt.

nomeadamente das medições embrionárias, o que revelaria as malformações do autor. A gravidez prosseguiu e o autor nasceu com graves e irreversíveis malformações nas duas pernas e na mão direita, pelo que o menor vem requerer uma indemnização por danos patrimoniais e danos não patrimoniais causados pela conduta dos réus (o médico e o gabinete de radiologia) que assistiram a sua mãe no período de gravidez).

Em sede de primeira instância, concluiu-se que os atos cuja prática, alegadamente, foi omitida pelos réus, não foram causa nem condição adequada e típica das malformações com que o autor nasceu. E, mesmo que os réus tivessem praticado os atos que o autor diz terem sido omitidos, sempre ocorreriam exatamente as mesmas malformações. Os réus foram absolvidos.

A decisão da primeira instância foi confirmada pelo Tribunal da Relação.

Ainda inconformado, o menor (autor) volta a recorrer, desta feita em forma de revista para o STJ. O STJ com vista à delimitação da revista, evidencia, precedentemente que o autor nos articulados não invoca factos ou tão pouco alega que as malformações com que nasceu tenham sido causa da negligência que imputa aos réus. Por isso, quando o autor, a título de recurso, suscita a problemática de que o dano existente na saúde do recorrente poderia ter sido evitado com outra atuação dos recorridos, trata-se não de uma questão nova como também não foi alegada qualquer factualidade que a sustente. O STJ considera que o pedido é admissível uma vez que se situa no âmbito da responsabilidade contratual, abarcando também os danos não patrimoniais. No entanto, refere que não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir. De facto, o autor pede que os réus sejam condenados a uma indemnização pelos danos advindos do facto de ter nascido com malformações e fundamenta o pedido na conduta negligente dos réus que não detetaram, durante a gravidez, as malformações. Devido a isso, refere que os pais não puderam optar pela interrupção da gravidez ou pelo prosseguimento da mesma. O autor invoca danos por si sofridos, mas fundamenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe e/ou pais. Neste sentido, o pedido de indemnização deveria ser formulado pelos pais e não por ele, pois o direito ou a faculdade que poderá ter sido violado não está na esfera jurídica do autor mas sim, na esfera jurídica dos seus pais. Mesmo se os réus tivessem informado os pais do autor das deficiências físicas existentes, uma de duas soluções se poderia configurarr: ou a gravidez era mantida e o autor tinha nascido exatamente com as malformações de que é portador ou a gravidez era interrompida e o autor não tinha nascido. O direito à indemnização que se poderá discutir situa-se sempre na titularidade dos pais e não na do autor.

Incidindo agora no epicentro da questão, o STJ considera a obrigação do médico e do gabinete de radiologia (réus) uma obrigação de meios pois estes apenas se podem comprometer na assistência a uma gravidez, a desenvolver prudente e diligentemente a atividade, a diligência e cuidados necessários para

obter um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produzirá. Não existindo uma obrigação de resultado, pois nem da lei nem do negócio jurídico se pode concluir que o médico está vinculado a um efeito, que no caso concreto seria o nascimento normal de uma criança normal. O autor imputa aos réus a omissão de ação de cuidado, zelo e profissionalismo. Na tese do autor, detetável, desde cedo, a malformação, os réus não só não recorreram aos exames e cuidados que se justificavam, como não informaram os pais do autor.

Concluí o STJ:

- que os réus não terão respeitado as leges artis, a praxis clínica e, por isso, os progenitores só tiveram conhecimento da malformação aquando do nascimento do mesmo;
- que a culpa dos réus assentaria não em não terem conseguido a cura, mas sim no facto de não terem usado todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão impõe e com os quais seria dada a possibilidade de dar a conhecer aos pais do autor as malformações do agora filho;
- relativamente ao nexo de causalidade, conclui que se estabelece entre o comportamento do médico e a faculdade que os pais teriam de interromper a gravidez. Assim, considera, no que tange aos pais, que terá sido violada a praxis clínica relativamente à informação, por não terem sido respeitados os cuidados que o acompanhamento médico impunha;
- quanto a quem formula o pedido, isto é, o autor, concluí que aquilo que está em causa é o direito à não existência;
- mais, que tal direito não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho e, só este, quando maior poderá, eventualmente, chegar à conclusão se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização. Mais ainda, conclui que o poder paternal não é bastante para os pais, em nome dos filhos, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.

O STJ negou a revista.

A principal questão diz respeito à possibilidade do nascimento deficiente do autor constituir um dano juridicamente reparável. O STJ entendeu que "um direito à não vida", colocaria "em causa princípios constitucionais estruturantes plasmados nos artigos 1.º, 24.º e 25.º da CRP, no que tange à proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do ser quer na vertente do não ser". O STJ entendeu que o não considerar o feto ("inexistente enquanto ser humano – em gestação apenas") como parte no contrato, pois o feto aquando do contrato era um nascituro e, por isso, carecia de personalidade jurídica. A solução não foi unânime, pois o Senhor Juiz Conselheiro Doutor Pires da Rosa votou vencido, defendendo um direito à não existência desde que o ordenamento jurídico português reconheceu a não punibilidae da gravidez. O citado Senhor Juiz Conselheiro refere: "o direito violado no património da autora/

mãe é a faculdade de optar pelo não nascimento do filho e que o direito do filho que nasceu era um outro direito e esse só existiria a partir da sua existência com personalidade jurídica. Mas, não é possível pensar assim, sob pena de se estar a proscrever erradamente o direito do J. esse é um direito que tem um tempo de nascimento e morte, e um tempo muito limitado – no caso, o definido na alínea c) do n.º 1 do art. 142.º do CP, seja o de 24 semanas de gravidez, para o exercício da faculdade de interromper a gravidez ou se coloca nas mãos da mãe o direito de o exercer em representação do seu filho […] que é ainda um feto , ou se subtrai por completo esse direito ao filho, em nome de cuja dignidade é exercicido. Não é possível deixar para o tempo da capacidade do filho um direito que só existe enquanto o filho é ainda feto. Alguém tem que ter a capacidade do exercício do direito no tempo em que o direito pode ser vivido. E em ninguém mais, a não ser a mãe, pode radicar esse direito num tempo em que o filho que há-de (poder) ser é-ainda-mãe."

Concordamos, tendo em conta o pedido e a causa de pedir, que são os pais que têm sempre a titularidade do direito à indemnização. Nesta situação estariamos perante uma ação, tal como vimos anteriormente, designada por wrongful birth.

Quanto ao entendimento que o STJ faz sobre o poder paternal, Dias Pereira[61] não partilha de tal perspetiva, entendendo que cabe, no âmbito dos poderes-deveres do representante legal, pedir uma compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo seu representado. Mecionando ainda, que no caso de deficiência muito grave[62], o filho provavelmente estará sujeito ao regime de interdição ou o filho não irá conseguir efetuar ou exprimir um juízo de valor sobre a sua existência, de tal forma que não poderá fazer valer esse direito, nem por si próprio, nem através do seu representante legal.

Para José González[63] não parece segura a concessão de legitimidade ativa aos pais para intentar uma wrongful life action. Isto porque, ao fazê-lo, eles estão a atuar um direito pessoal do filho. Por regra, os direitos desta natureza, não admitem representação. Os pais, ao exercitarem direitos do filho incapaz, no plano civil, deparam-se com a regra da proibição de concessão de poderes representativos relativos a direitos pessoais. A nível constitucional, a inadmissibilidade do exercício de direitos, liberdades e garantias por intermédio de representante. Porém, considera o citado autor, que estes são simples princípios, sendo possível, por isso, que outros princípios ou vetores fundamentais da ordem jurídica ocasionalmente os derroguem.

No nosso entender, por nos parecer o mais sensato, o poder paternal é representativo quando, no caso em concreto, a criança padeça de uma deficiência

[61] Vide DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora.

[62] Por exemplo, anomalia psíquica profunda.

[63] Vide GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris.

grave que lhe retire a capacidade de exercer os seus direitos. Porém, se a anomalia de que a criança padece não for tão grave e esta seja considerada capaz para exercer os seus direitos aquando da sua maioridade, então, aqui, já se justifica que seja a própria a interpor tal ação quando a mesma atingir a maioridade.

Considere-se, também muito pertinente, a seguinte hipótese: o réu informou os progenitores das deficiências físicas de que o feto padecia e, mesmo após saberem de tais malformações, os pais decidiram continuar com a gravidez. Neste caso, a ação pode ser dirigida contra os pais, fundamentando-se no facto de estes terem continuado com a gestação não obstante terem conhecimento da patologia ou malformação. Este tipo de reivindicação baseia-se num dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais circunstâncias – este dever parental ainda é muito discutido. Acrescente-se que alguns tribunais têm reconhecido a existência de um dever dos pais de abortarem fetos malformados sob pena de atuarem sob negligência[64].[65]

Por fim, entendemos que o STJ não fecha totalmente as portas para as ações de vida indevida (wrongful life), pois refere que tais pretensões podem ser interpostas pelo próprio filho quando este atingir a maioridade.[66] [67]

---

[64] Por exemplo, no caso Stallman v. Youngquist – neste caso o Supremo Tribunal condenou a mãe por ter causado negligentemente lesões no feto (ao causar um acidente de automóvel), no entanto, não foram impeditivas do nascimento. Vide RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista Portuguesa do dan coeporal, pp. 78.

[65] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 68.

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

[67] A título de comentário a esta decisão, Paulo Mota Pinto mostra-se a favor das wrongful life actions ("[…] deve também aceitar-se o ressarcimento da própria criança, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais."). Vide MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 5-26.

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

Citando Lúcia Raposo, António Menezes Cordeiro apenas admite uma indemnização aos pais por violação do contrato de prestação de serviços e do dever de informar por parte do médico, porém não admite uma indemnização ao filho, porque considera desproporcional que alguém possa responsabilizar terceiro, o médico, por estar vivo. António Pinto Monteiro considera desproporcional uma decisão que nega, e bem no entender do autor, o dano da não existência mesmo para aqueles

Ac. do STJ, de 17/01/2013, Proc. 9434/06.6TBMTS.P1.S1 (proferido em revista do acórdão supra enunciado – Ac. da TRP, de 01/03/2012 (Filipe Caroço))

O litígio em análise, como já vimos antes, prende-se com um contrato de prestação de serviços médicos entre os autores (a criança representada pela mãe, e a grávida, agora mãe da criança) e os réus (centro de radiologia; diretor clínico do centro de radiologia; e a médica obstetra, esta última absolvida da instância). Inconformados com a decisão do acórdão da Relação, anteriormente analisado, ambas as partes, recorreram de revista.

Em causa estava uma pretensão de indemnização fundada em wrongful birth formulada pela mãe e outra de wrongful life formulada pelo filho representado pela mãe. A segunda foi desconsiderada pelo STJ, pois este considerou, tendo em conta o pedido, uma completa inexistência de ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre a atividade dos réus e as malformações do autor (criança), uma vez que estas não foram devidas a qualquer ação ou omissão daqueles. Provou-se que o autor nasceria sempre com tais malformações, não havendo qualquer ato ou omissão dos réus a provocá-las. Em relação à autora, mãe da criança, considera o STJ que daqui decorre a falência de qualquer ação por wrongful life, porque os pressupostos da responsabilidade civil conducentes ao dever de indemnizar falham, aqui, em sede extracontratual, pois o autor não foi parte no contrato havido entre os réus e a autora sua mãe e, por isso, não se pode analisar a problemática por via, eventualmente, da titularidade de direitos por banda dos nascituros, na medida em que o ilícito praticado pelo réus perante os pais do autor, não é o mesmo que a este atingiu. O problema aqui presente é o de saber se a atribuição de uma indemnização nestas circunstâncias específicas (o nascimento deficiente do autor) constitui um dano juridicamente reparável tendo em conta o nosso ordenamento jurídico.

Posto isto, constatamos que o STJ considerou a inexistência de responsabilidade dos réus quanto às deficiências de que o filho (autor) padecia, por não estar ao seu alcance prevenir ou impedir as deficiências.

No entanto, o que aqui se questiona é se a própria vida que padece de graves insuficiências pode constituir por si só um dano, isto é, o dano de viver.

No nosso entender, quando o Tribunal considera que a agora criança, que era feto, (aquando do contrato de prestação de serviços médico efetuado com os progenitores), não foi parte do contrato, no nossa ótica, a existir alguma possibilidade de a criança ser considerada parte do contrato seria a de seguir pela chamada terceira via da responsabilidade civil. Através do enquadramento deste instituto do contrato com eficácia de proteção para terceiro, o que possibilitaria, portanto, abranger situações de violação de deveres específicos de proteção e cuidado emergentes daquele acordo e para com terceiros. No entanto,

que nascem com severas anomalias e um ordenamento jurídico que permite que nestes casos os pais procedam ao aborto eugénico (embriopático). Apud RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista Portuguesa do dan coeporal, pp. 61-99.

deparamo-nos com uma grande dificuldade na sua construção jurídica, isto é, na impossibilidade de se considerar como terceiro o feto, face ao art. 66.º, n.º 1, do CC[68], e se possa considerar o feto como parte interessada num contrato havido entre aqueles que conceberam a criança, sendo que a mesma, aquando do contrato, era um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica, sem olvidarmos que a Lei lhe concede alguns direitos[69].

Da análise jurisprudencial, verificamos que há outros fundamentos para as ditas pretensões, tais como: o sofrimento suportado pela vida deficiente ou doente devido a uma conduta médica que retira aos pais o direito de interromper a gravidez e a compensação pelas despesas que uma vida com deficiências ou patologias acarreta.

Notamos que os tribunais começaram a reconhecer a possibilidade de interpor tal pretensão, condenando os médicos ao pagamento da indemnização pelas despesas advindas da vida com deficiência.

Relativamente à quantificação da indemnização deparamo-nos com grandes dificuldades em medir os danos, por se ter que comparar a vida com deficiências com a não existência. Daí os tribunais que aceitam estas pretensões fazerem a comparação entre a vida deficiente e a vida de uma pessoa saudável. Os danos patrimoniais representam todos as despesas que resultam da vida de uma pessoa deficiente ou com alguma patologia, especialmente quando não era expectável que a criança padecesse das mesmas. No entanto, tal indemnização não quer dizer que se esteja a indemnizar pela deficiência, pois, como vimos, não há nexo causal entre a conduta médica/ laboratório/gabinete de radiologia e a deficiência da criança que tem causa patológica. Quer isto dizer que, independentemente de haver ou não acto médico, o que é certo é que a deficiência, a patologia existiria.

Constatamos que tais pretensões apresentam dificuldades em medir os danos e na comparação de uma vida com deficiências com uma vida sem deficiências. Como refere o Professor de Lisboa Fernando Araújo "quando o dano que se invoca só poderia ser evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente posto em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, aquela diferença negativa em que consiste o dano." O citado autor refere que não se trata de apreciar a qualidade de vida e menos ainda se trata de "sustentar a proposição absurda de que a ordem jurídica assegura a alguém o direito a nascer normal, a ponto

[68] Art. 66.º, n.º 1, do CC: "A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida."

[69] A Lei concede os seguintes direitos aos nascituros: art. 952.º, do CC, quanto às doações a nascituros; art. 2033.º, n.º 1, do CC, no que se refere à capacidade sucessória; art. 1878.º, do CC, relativo às responsabilidades parentais; artigos 1854.º e 1855.º, ambos do CC, quanto à perfilhação de nascituro; art. 2240.º, do CC, no que se refere à administração de herança ou legado a favor de nascituro.

de dizer-se que a negação desse direito envolveria ipso facto o mecanismo da indemnização."[70]

No mesmo sentido, de banir tais pretensões, Graciela Medina apresenta algumas razões para a improcedência das pretensões por wrongful life,nomeadamente: o incentivo à procriação e à proteção da vida é contrário à autonomia dos progenitores em optarem pela interrupção da gravidez (políticas públicas); pretender uma descêndencia perfeita é uma prática eugénica que deve ser evitada para não ocorrerem os abusos do passado (eugenia); toda a vida humana tem um valor extrínseco que lhe determina ser vivida em que situação for (santidade da vida); aumento dos custos dos seguros médicos e maior responsabilidade dos médicos; possibilidade de pretensões contra os pais por causa da decisão de manter a gestação.[71]

Relativamente a uma ação que reclama contra a vida, há quem entenda que não é possível existir unanimidade nesta matéria, porque, para além da questão jurídica, estão em causa conceções morais, filosóficas, religiosas, económicas e políticas.[72]

Imediatamente se coloca a questão: será aceitável defender um direito à não existência?

4. Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência: que problemas e quais as questões?

Nas wrongful life actions, como vimos, é a própria criança que pretende a reparação de danos sofridos. Por isso, a questão centra-se no facto de, em virtude da criança nascer com uma anomalia congénita, devido a um aconselhamento genético defeituoso, por parte dos médicos prestado aos pais, saber qual é o dano sofrido pela própria criança, juridicamente reparável.[73] Tal pretensão indemnizatória, apresentada pela criança, tende a ser rejeitada pelos tribunais por se considerar como dano, o dano pessoal de ter nascido.[74]

Neste contexto, o Tribunal tem entendido que tal reconhecimento pressuporia reconhecer-lhe um direito à não existência, sendo este alvo de várias interrogações:

[70] Cfr. ARAÚJO, F., 1999. A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida. Coimbra: Almedina, pp. 96.

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

[72] PINTO MONTEIRO, F., 2006. Direito à não existência, direito a não nascer. Em: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II. A parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 131-138.

[73] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 194.

[74] DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 263.

Qual o dano?
Que critérios?
Qual o quantum indemnizatório?
Qual o dano?

A doutrina dominante entende que a reparação de danos próprios da criança pressuporia reconhecer-lhe um direito a não nascer ou um direito à não existência[75], direito que não tem qualquer consagração legal. Esta posição encara o dano sofrido pela criança como o dano por ter nascido, assente no pressuposto de que a criança reclama, com o pedido indemnizatório, que teria sido preferível a não existência à existência em tais circunstâncias. Deste modo, pedir tal reparação seria pedir ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que seria de todo impossível, por contrariedade ao sistema jurídico.[76]

O problema, para a maioria dos autores, centra-se na identificação da vida como dano o que leva à rejeição de tais pretensões. Tal identificação é contrária ao próprio conceito de dano, pois é impossível considerar como dano aquilo que é um benefício. Defender que a vida é um prejuízo corresponderia a um ato de disposição da própria vida. Querer que a própria vida, em si mesma, seja considerada um dano para alcançar uma indemnização seria juridicamente inconcebível porque inconciliável.[77]

Do nosso sistema jurídico, no âmbito constitucional, resulta do art. 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) que "Portugal é uma República

[75] O direito à não existência e o direito a não nascer parecem ser diferentes. Pois, ao falar de cada um destes direitos, conseguimos fazer uma distinção entre o início da existência e o nascimento. O nascimento coincide com um momento bem definido, ou seja, com a saída do nascituro do ventre materno (sendo que no momento do nascimento completo e com vida se adquire a personalidade jurídica, nos termos do art. 66.º, do CC); quanto ao início da existência é mais complicado de se estabelecer. É possível adotar uma convenção segundo a qual o início da existência se identifica com o nascimento. Ora vejamos: a idade das pessoas é contada a partir do nascimento, uma vez que ninguém festeja o aniversário na data do concebimento ou de um início da existência durante a gravidez. Mas isto trata-se de uma convenção e não de um facto. Facilmente aceitamos a consideração de que no dia precedente ao parto, nós já existíamos. Pelo menos existíamos num idêntico sentido que existíamos no dia do parto. Todavia, um mês antes de nascer existíamos? Três meses antes de nascer? E com seis meses de gestação, três meses de gestação existíamos? E no dia do nosso concebimento, uma hora depois de estarmos concebidos, existíamos? Se pretendemos tratar do direito a não nascer, não temos dificuldade em delimitar o domínio dos indivíduos que podem ver reconhecidos este direito: trata-se de todos aqueles ainda não nascidos, sejam embriões, zigotos, ou indivíduos ainda não concebidos. Evidentemente, os indivíduos já nascidos não podem invocar tais direitos, pois, no caso de serem reconhecidos, então, tais direitos já foram violados. As pessoas já nascidas podem, no máximo, ilidir a violação dos seus direitos a não nascer e em nenhum caso podem esperar que tais direitos não sejam violados. Vide BACCHINI, F., 2002. Il diritto di non esistere. Milano: McGraw-Hill, pp. 2.

[76] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 194.

[77] CARNEIRO DA FRADA, M., 2008. A própria vida como dano? - Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite, Ano 68-Vol. I. [Online] Available at: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=71981&ida=72382 [Acedido em 06 05 2015].

soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".[78] Por sua vez, o art. 24.º, n.º 1, da CRP refere que "a vida humana é inviolável" e o n.º 1, do art. 25.º da CRP dispõe que a "integridade moral e física das pessoas é inviolável". Estes são direitos fundamentais, têm eficácia imediata, seja qual for o tipo de relação jurídica em causa (cfr. art. 18.º, n.º 1 CRP[79]). O direito à vida é um direito fundamental da pessoa que radica na personalidade. Os direitos de personalidade e os direitos fundamentais que lhe correspondem não são, no seu núcleo, renunciáveis. Assim, a disponibilidade do direito à vida não seria compatível com a dignidade da pessoa humana.[80]

Quanto ao instituto da responsabilidade civil importa previamente e, primordialmente, identificar e determinar o dano. Para que as wrongful life actions sejam minimamente viáveis é necessário, à priori, que o autor da pretensão consiga demonstrar que a vida indevida constitui por si ou pelas suas consequências, factos danosos.[81]

Relativamente à definição de dano, o European Group on Tort Law[82], no art. 2:101 define que "o dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido". Conforme questiona José González, "o que é uma lesão? Quando é que uma lesão se deve considerar produzida? Como distinguir a lesão material da imaterial? Como se mede a sua existência?" Para o citado autor, os juristas trabalham com um conceito empírico e impreciso de dano.[83]

Segundo Feinberg, para podermos falar de dano é necessário que: A agiu; A causou um efeito negativo no interesse de B; A tem que causar tal efeito com a intenção de o causar, ou com negligência por não ter tido as precauções necessárias para evitar o efeito negativo. O citado autor, acrescenta uma cláusula, na qual a ação de A tem de ser também a violação de um direito de B e, ainda, a cláusula pela qual A deve ter agido em modo indefensável, ou seja, nem justificável nem desculpável. O autor ainda refere uma condição importante, que não está implícita nos precedentes, e que trata do critério controfattuale del danno (the counterfactual test) ou, em alternativa, do criterio cronologico del danno (the worsening test).[84]

No primeiro critério (controfattuale del danno) procede-se à comparação entre a situação real e atual da pessoa afetada com a situação em que a pessoa se

[78] Sobre a dignidade humana vide ASCENÇÃO, O., 2011. O «fundamento do direito»: entre o Direito Natural e a Dignidade da Pessoa. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 29-44.

[79] Art. 18.º, n.º 1 CRP – "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas."

[80] GOMES CANOTILHO, J. J., 2002. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, pp. 464.

[81] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 61.

[82] Princípios de direito europeu da responsabilidade civil.

[83] Cfr. GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris.

[84] BACCHINI, F., 2002. Il diritto di non esistere. Milano: McGraw-Hill, pp. 83.

encontraria no caso de o autor da conduta não ter atuado como atuou (situação atual virtual). No segundo critério o confronto faz-se entre a situação real e atual do ofendido com aquela em que ele realmente se encontrava, antes de ter sucedido o referido comportamento (situação precedente).[85]

O controfattuale del danno baseia-se na forma como o futuro depende contrafactualmente de como o presente é. Se o presente fosse diferente, o futuro seria diferente e a forma como as coisas serão mais tarde dependem de como as coisas eram antes.[86]

Uma vez que estamos perante o dano vida coloca-se a questão de saber se a própria vida pode ser considerada como dano e, portanto, ser indemnizável.[87]

Que critérios?

A resposta a esta questão deve ser o mais técnica possível, limitando-se a analisar a ocorrência, neste caso, da responsabilidade civil.

Normalmente, recorre-se ao direito à não existência. Este, embora usual, parece suscetível de originar confusões dando a entender que a posição da criança se fundamenta num tal direito, criando uma zona cinzenta quanto à problemática substancial.[88]

Por conseguinte, aquele que nasce com alguma deficiência e/ou malformação sustenta que, devido às circunstâncias, seria preferível não viver. Assim, o confronto para o autor da pretensão faz-se entre viver e não viver. Pois bem, será possível fundamentar que a pessoa estaria em melhor condição se não existisse?

O controfattuale del danno pressupõe o ser, ou seja, a existência. O não ser, sendo o nada, é incontestável. Assim, afirmar que o interesse pessoal do indevidamente nascido está numa condição pior do que estaria se o médico não tivesse determinada conduta, quer dizer que o interesse deveria pertencer a uma não pessoa e, aqui, inexistindo o sujeito. Só é possível comparar o que existe em relação a certa pessoa com aquilo que poderia existir. A não existência é incomparável com a existência. Desta forma, o dano de viver é absolutamente insuscetível de comprovação.[89]

Como afirma Stolker "in wrongful life claim the child is forced by the rules of the game to compare it's handicapped existence with non-existence".[90] Assim, uma

[85] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 70.

[86] Ibidem

[87] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 191.

[88] MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 16.

[89] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 84.

[90] Cfr., Apud VICENTE, M. N., 2009. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a

vez que não se pode comparar a existência com a não existência, não existiria um dano. Sendo que, seria inaceitável invocar um dano consubstanciado na própria vida, ou seja, a criança não poderia alegar preferir não ter nascido a nascer com deficiências, pois a comparação do dano atual seria feito com o da não existência, impossível de quantificar. Com base em tal fundamentação, o direito não dispõe de critérios para calcular o valor pecuniário do prejuízo de ter nascido.[91]

Efetivamente, a eliminação da deficiência e/ou malformação não é uma opção possível. No direito civil, nos casos em que a situação precedente ao dano não pode ser restaurada, procede-se a um cálculo em dinheiro para compensar os danos e, posteriormente, o responsável pelo dano deve efetuar o pagamento da soma estabelecida. Mas a situação do nosso estudo é paradoxal: nas wrongful life tem-se entendido que o lesado padece do dano de viver.[92]

O dano invocado pela criança não se estabelece em saber se há um limite para lá do qual a vida perde de tal modo o sentido que a sua ocorrência é um dano para quem a experimenta, mas, somente a necessidade de responsabilizar o médico negligente.[93] Se se entendesse que nestas ações a criança deveria mostrar que estaria muito melhor se nunca tivesse nascido, estas ações deveriam ser consideradas como ilógicas, porque colidiam com o "problema da não identidade"[94], isto é, "quando o dano que se invoca só poderia ser evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente posto em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, aquela diferença negativa em que consiste o dano".[95]

No entender de Mota Pinto, se o argumento da não identidade for levado ao extremo estaremos a dizer que "não só a criança nasceu com uma grave deficiência, como, na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se a uma pessoa normal, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico […]".[96]

Segundo Fernando Araújo, deve-se ter em conta que a criança que vai a tribunal pedir uma indemnização pelos danos que sofre, não está a pedir para

jurisprudência Perruche.. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6 - n.º 11, janeiro/junho, pp. 117-141.

[91] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 195.

[92] Ibidem.

[93] Ibidem.

[94] Cfr. RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 81.

[95] Cfr. ARAÚJO, F., 1999. A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida. Coimbra: Almedina, pp. 97.

[96] Cfr. MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 17.

não nascer, nem a pedir que lhe causem a morte. Simplesmente, pede que lhe seja concedida uma indemnização em dinheiro para que possa pagar os tratamentos médicos e todos os cuidados necessários que lhe permita ter uma vida condigna na sua condição.[97]

É impossível estabelecer uma comparação entre a vida deficiente e a não vida, pois o ser vivo não tem conhecimento de causa. Assim, o dano não é a deficiência nem o nascimento mas, antes, o nascimento nessa condição. O problema é saber se este é um dano juridicamente indemnizável.[98]

Qual o quantum indemnizatório?

À luz do art. 566.º, n.º 1 CC, a obrigação de indemnização pode destinar-se à reconstituição natural ou à compensação em dinheiro.[99] A reconstituição natural tem lugar quando é possível reconstituir a situação anterior à lesão. A compensação em dinheiro tem carácter subsidiário e pretende compensar o lesado quando: não é possível a reconstituição da situação anterior à lesão; não repare integralmente o dano; e seja excessivamente onerosa para o devedor.[100]

A indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação real e atual do lesado e a situação patrimonial virtual, isto é, aquela em que presentemente estaria se não tivesse ocorrido o facto gerador do dano (teoria da diferença) (art. 566.º, n.º 2 CC). O art. 562.º CC estabelece o dever de reposição das coisas no estado em que estariam, se não se tivesse produzido o dano (princípio da reposição natural). A obrigação de indemnizar pode abarcar os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais. Quanto a estes será impossível, na maior parte das vezes, reconstituir a situação que existiria caso o facto danoso não tivesse ocorrido. Assim, o julgador concede ao lesado uma indemnização capaz de compensá-lo indiretamente pelos danos não patrimoniais que o facto lhe causou.[101]

Posto isto, chegamos à conclusão de que o controfattuale del danno é compatível com o CC, relativamente à obrigação de indemnização. Assim, conforme José González, "afigura-se prima facie estar em causa mais do que simples concordância entre o regime instituído pelo CC para a obrigação de indemnizar e o controfattuale del danno: trata-se, mormente, de uma pura

[97] Apud DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 279.

[98] SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 200.

[99] Repare-se que, contrariamente, o European Group on Tort Law, no art. 10:101 estabelece: "a indemnização consiste numa pretensão pecuniária com vista a compensar o lesado, isto é, a repor o lesado, na medida em o dinheiro o permita, na posição em que ele estaria se a lesão não tivesse ocorrido. A indemnização tem também uma função preventiva."

[100] ANTUNES VARELA, J. & PIRES DE LIMA, A., 2010. Código Civil Anotado. 4ª Edição ed. Coimbra: Coimbra, pp. 579.

[101] Ibidem.

aplicação deste."[102]

Considerando o dano não como a deficiência em si, nem o próprio nascimento, mas, considerando o dano o nascimento com deficiências, emerge o problema de saber se este é ou não um dano juridicamente reparável.

Ao atribuir uma indemnização à criança com deficiências não se está a colocar em causa a indisponibilidade da vida humana. Pois, só estariamos a pôr em causa o valor da vida se a atribuição da indemnização levasse implícito um juízo sobre esse valor, ou seja, o valor da existência humana comparada com a não existência.[103]

O que está aqui em causa não é indemnizar uma vida que poderia não ter nascido, mas compensar uma vida com dores, sofrimentos e com necessidades de cuidados médicos.[104]

González menciona que tendo em consideração o art. 1878.º, n.º1 CC e o art. 55.º do código deontológico da ordem dos médicos (CDOM), os filhos que padeçam de deficiência ou malformação poderão responsabilizar, pelos respetivos danos, aqueles que tenham atuado descuidadamente – quer os progenitores quer os médicos – durante a gestação. A indemnização pretenderá assegurar o pagamento das despesas extraordinárias, devidas à deficiência ou malformação, tendo em conta o mínimo de dignidade e, ainda, os danos morais (por exemplo, dores físicas, sofrimento psicológico e outros). O cálculo indemnizatório será feito entre a diferença da vida saudável e a vida com deficiência.[105]

Desta forma, embora a deficiência ou malformação não tenham sido causadas por um médico, certo é que a sua atividade, quando desenvolvida segundo as leges artis, poderia ter evitado o nascimento com aquele dano e isto, já poderá funcionar como nexo de causalidade suficiente[106].[107]

---

[102] Cfr. GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 73.

[103] MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 19.

[104] DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 263.

[105] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 89.

[106] Paulo Mota Pinto admite que o nascituro seja incluído pelos pais no âmbito de proteção do contrato de tratamento ou num contrato com eficácia de proteção de terceiros. No mesmo sentido, Marta Nunes Vicente recorre à figura do contrato a favor de terceiros, e defende que o contrato de prestação de serviços médicos implica deveres colaterais de proteção face ao nascituro. De modo que, o direito à indemnização derivaria dos deveres de proteção e não da violação de um dever de informação, por isso, seria entre a violação de tais deveres e o dano sofrido que se deveria estabelecer o nexo de causalidade. Apud RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 87.

[107] RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 86.

Como menciona José González, o dano de viver não é ressarcível com base num eventual direito à não existência. Pois, a obrigação de indemnizar que se constitua com fundamento no desrespeito por este direito, não admite aquele dano na medida em que, para efeitos jurídicos, ele inexiste. Contestando-se a coerência entre o pedido e a causa de pedir, pois, a pretensão de que se estaria melhor não nascendo é coerente com um pedido de eutanásia, mas não com uma pretensão de indemnização em dinheiro. Se se admitisse a viabilidade do pedido destas ações, em vez de ser "preferia não existir, por isso matem-me", passa a ser "preferia não existir, por isso deem-me dinheiro!".[108]

Assim, não se faz uma comparação entre existir e não existir, mas pretende-se antes um confronto entre a vida com deficiência e a vida sem dificiência, o que já é compatível com o nosso CC e, também explicável por intermédio do controfattuale del danno.

Poderá a morte ser a solução?

Na situação de se considerar que a existência de um indivíduo é pior do que a não existência, o máximo que podemos fazer é conceder a única alternativa que seja para o mesmo, melhor do que a sua atual condição, isto é, a não existência.

No entender de Harris, é necessário legalizar a eutanásia voluntária e a eutanásia não voluntária (nos casos em que o proprietário da não existência não está em condições de exigir a eutanásia, devendo eventualmente ser exigida por um terceiro). Esta proposta parece blasfema para com o princípio da sacralidade da vida[109]. No entanto, Dworkin suporta a ideia de que seja possível honrar o princípio da sacralidade da vida mesmo lutando pela legalização da eutanásia, a única questão é a de dar mais importância ao investimento humano e cultural que ao investimento biológico e natural. Pode-se aceitar a implicação de que, se avaliarmos uma existência como pior do que uma não existência, então, devemos procurar adquirir a não existência. Assim, já se poderia dizer que esta seria, provavelmente, aceite por todos, seja por aqueles que aprovam a solução pela eutanásia, seja por aqueles que a combatem.[110]

Feinberg refere que qualquer um pode preferir a não existência à própria existência, mas não desejar morrer. Quem tem o desejo de não existir não implica que também tenha o desejo de cessar de existir. É perfeitamente racional ter o primeiro desejo e não o segundo, ou seja, não há implicações de preferência racional nem para a ausência de existência nem para o fim imediato da própria existência. O facto de que a vida seja pior do que a não existência não implica que

[108] Cfr. GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 85.

[109] Vide RAPOSO, V. L., 2010. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, pp. 86.

[110] Apud BACCHINI, F., 2002. Il diritto di non esistere. Milano: McGraw-Hill, pp. 291.

a morte seja racionalmente preferível à continuação dessa existência.[111]

Segundo Cristopher J. Grainger, uma sentença que afirma que um indivíduo não deveria ter começado a existir não é uma sentença que afirma que um indivíduo deveria morrer. Por conseguinte, os tribunais não devem recusar a concessão do sucesso para as wrongful life, alegando que, fazendo-o, iriam declarar que é irracional não tirar a vida ao vencedor da causa.[112]

Naturalmente, uma vez que se tenha admitido que uma existência é pior que a não existência, deve-se discutir, no caso de haver um desejo de deixar de existir, se é mais justo respeitar esse desejo ou de não o respeitar (problema da eutanásia voluntária); no caso de não haver nem um desejo de deixar de existir nem um desejo de continuar a existir (por exemplo, porque a pessoa não é capaz de expressar os seus desejos), seja mais justo conceder a não existência ou não a conceder (eutanásia não voluntária). Embora, não se possa dar como certo que conceder a morte a quem a deseja seja justo e, que, para além do mais, conceder a morte a quem tem uma existência pior do que a não existência, mas que não deseja morrer e, por isso, não tem o desejo de morrer, não podemos sequer presumir, sem mais, que seja certamente justo recusar dar a morte nestes dois casos. Se bem que é claramente injusto conceder a morte a quem deseja não morrer mesmo no caso de ter uma existência pior do que a não existência.[113]

O ordenamento jurídico português não atribui um valor absoluto e indiscutível à vida, pois a sua proteção sofre algumas relativizações em determinados casos[114]. Tais relativizações também se manifestam ao nível da disponibilidade do direito por parte do seu titular[115]. Cohen questiona-se se, em certas circunstâncias, não se poderia defender que a não existência seria preferível à vida tal como é, e, por isso, a pessoa foi prejudicada pelo simples facto de ter nascido.[116]

No entanto, não podemos olvidar que no caso em estudo, o dano não é a vida em si, mas a vida com deficiência.

---

[111] FEINBERG, J., 1986. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. Social Philodophy and Policy, Volume 4, Issue 01, pp. 148.

[112] GRAINGER, C. J., 1994. Wrongful Life: A wrong Without a Remedy. Tort Law Review, Volume 2, pp. 164-174.

[113] BACCHINI, F., 2002. Il diritto di non esistere. Milano: McGraw-Hill, pp. 294; BALDINI G, 2002, Procreazione e responsabilità civile. Em: Persona, biotecnologie e procreazione, IPSOA, Torino, pp. 82 e ss.; Id, Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale. Em: Rass Dir Civ., vol. 3, pp. 481-521.

[114] Por exemplo, na legítima defesa e no estado de necessidade.

[115] Por exemplo, não punir o suicídio.

[116] Apud SIMÕES, F. D., 2010. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de Estudos Politécnicos, n.º 13, 30 junho, Volume VIII, pp. 199.

5. Considerações conclusivas

Com o nosso estudo constatamos que a tecnologia aplicada à biomedicina interfere diretamente com a vida do homem, levantando questões de grande controvérsia e de extrema complexidade, nomeadamente ao nível ético e jurídico. Neste sentido, o aumento da complexidade conduziu a enormes mudanças no mundo e na sociedade, bem como nos usos e costumes. Ao nível das práticas médicas, os novos desafios acarretam também riscos e interpelam a deontologia médica, procurando esclarecer o fundamento da responsabilidade das ações, decisões ou omissões do profissional de saúde, mormente ao nível das questões da procriação e respetivo aconselhamento genético.[117]

Notamos que, quando ocorre um erro no âmbito do aconselhamento genético pré-concecional, pré-implantação e pré-natal, seja por falta de informação por parte do médico, seja por um erro de diagnóstico, surgem situações de conceção indevida, de nascimento indevido e de vida indevida.

Quanto às pretensões de vida indevida, constatamos que estas são admissíveis perante o instituto da responsabilidade civil se, e só se, não se considerar o dano vida mas sim considerarmos como dano a vida com deficiências.

No entanto, aquando do contrato de prestação de serviços médicos a agora criança era um nascituro que, segundo o artigo 66.º do CC, só adquire personalidade jurídica depois do nascimento completo e com vida, desta forma despoletam-se as seguintes questões: será o nascituro sujeito? Merecerá o nascituro tutela jurídica?

Note-se que muito embora a presente análise tenha natureza privatística, para encontrar uma possível resposta será também tida em consideração a CRP, pois os dados jurídico-constitucionais têm relevância normativa na avaliação e decisão de litígios jurídico-privados.

A partir do momento em que os textos constitucionais incorporaram uma cláusula social verificou-se uma sobreposição de direitos, sendo que tal sobreposição exerceu uma influência limitativa naqueles que já estavam consagrados. Esta sobreposição de direitos evidenciou-se na passagem do período liberal para o período social.[118]

Desta forma, devido a uma evolução acumulativa e não alternativa, em que se adicionaram novos direitos àqueles já pertencentes ao catálogo dos direitos fundamentais, previamente positivados no texto constitucional, verifica-se que a sociedade atual traduz a existência de uma terceira geração de direitos fundamentais donde se regista o aparecimento de novos direitos fundamentais a partir de finais do século XX. No entanto, o que mais carateriza esta fase é a sua

[117] Para um aprofundamento do impacto das inovações tecnológicas na vida e na saúde do homem e para a configuração do biodireito como disciplina autónoma vide BALDINI G., 2012, Riflessioni di Biodiritto, Firenze, pp. 1-290.

[118] BACELAR GOUVEIA, J., 2013. Direitos Fundamentais. Em: Enciclopédia da Condtituição Portuguesa. Lisboa: Quid uris, pp. 127.

multidirecionalidade pois, tal é a diferença e principalmente a pouca proximidade que se regista entre os novos tipos de direitos fundamentais consagrados. Por isso, o contexto em que estes direitos fundamentais se formam é mesmo tributário de várias dimensões caraterizadoras da nossa actual sociedade, ou seja, uma sociedade de risco; uma sociedade global; uma sociedade de informação; uma sociedade multicultural.[119]

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

No que concerne ao direito civil os conceturos ou nascituros não concebidos não dispõem de qualquer personalidade jurídica. Contudo, aos nascituros o direito civil reconhece um estatuto jurídico, pelo menos em matéria patrimonial. Neste sentido vejam-se os artigos 952.º[120] e 2033.º[121] do CC que permite que o nascituro seja beneficiário de doações e sucessões.

Assim, analogamente ao referido supra mas ao nivel da tutela de matéria pessoal, deverá também o CC, em conjunto com a CRP tutelar bens pessoais. Por isso, o nascituro deverá ser tutelado uma vez que este representa um substrato biológico suficiente para basear o reconhecimento de personalidade jurídica e para autorizar a concessão de direitos subjetivos.[122]

Desta feita, o nascituro não adquire nenhum direito subjetivo, mas uma simples expetativa jurídica futura, a qual se converterá em autêntico direito aquando do nascimento completo e com vida e, portanto, adquirir personalidade jurídica. Então, o que aqui ocorre é algo equivalente a uma condição suspensiva em que a partir do momento em que sucede efetivamente um nascimento completo e com vida (de acordo com o artigo 66.º do CC), consequentemente adquire direitos e, portanto, pode reivindicá-los, muito embora o facto que lhes dá origem (momento do ato médico) se reportem a um momento anterior à aquisição de tal direito.

Após esta análise, e em relação à responsabilidade civil nas wrongful life actions, constatamos que no caso do médico violar um conjunto de normas técnicas da medicina pré-natal, que são regras de conduta médica que se elevam

[119] Ibidem.

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

[121] Artigo 2033.º, n.º 2, alínea b) - "os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão."

[122] GONZÁLEZ, J. A., 2014. Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, pp. 101.

à categoria de normas jurídicas (cfr. art. 4.º da CEDHB)[123], que visam assegurar que a mãe/progenitores possa(m) evitar ter filhos com graves deficiências. Por conseguinte, neste caso, Guilherme de Oliveira, Fernando Araújo, Paulo Mota Pinto e Dias Pereira consideram que se verificam os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual.[124] Na hipótese da relação com o médico ser regulada pela responsabilidade contratual, pois, parece-nos que, conforme Dias Pereira, se verifica um contrato com eficácia de proteção em relação a terceiros. Assim, a criança pode ver reparados os danos causados pela má prática médica ou pela ilícita omissão de informação por parte do médico.[125]

Por tudo isto, quanto aos danos morais, não se trata de considerar a vida um dano, mas antes de atender ao sofrimento, às lesões fisíco-psíquicas (dano biológico) e às repercurssões que os mesmos provocarão na esfera dinâmica da vida (dano existencial) que o autor (a criança) apresenta devido à vida com deficiências.

Assim, será admissível uma indemnização pela vida com deficiência, devido a um erro médico. Por isso, nestes termos, consideramos que os médicos podem ser responsabilizados e, a criança poderá ser ressarcida a título de danos patrimoniais e morais. Deste modo, o direito procede a um alargamento da noção de responsabilidade e assegura, através de uma jurisprudência que acompanha as mudanças científicas e sociais, uma evolução, de maneira a responder mais eficazmente aos desafios da contemporaneidade.

[123] MOTA PINTO, P., 2007. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho , pp. 5-26.

[124] Apud DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 285.

[125] DIAS PEREIRA, A. G., 2015. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, pp. 285.