



Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois

Diogo Costa Gonçalves

A vida constitui o primeiro e mais fundamental bem jurídico, pressuposto ôntico e valorativo dos demais direitos de personalidade.

Poderá, todavia, a vida de alguém – para o próprio ou para terceiro – ser considerada um dano: a frustração de um interesse juridicamente atendível?¹

A questão coloca-se, naturalmente, no plano da responsabilidade civil. Ela interessa na medida em que o *dano-vida* possa ser imputado a uma esfera jurídica diversa daquela onde ocorreu (a título aquiliano

* O texto corresponde à nossa intervenção nas *III Jornadas Luso-Brasileiro de Responsabilidade Civil*, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (07-nov.-2019) e encontra-se publicado na *Revista de Direito da Responsabilidade II* (2020), 130-157. Oferecemo-lo agora ao *Liber Amicorum* do Senhor Professor Doutor Pedro Pais Vasconcelos, com quem tivemos a honra de colaborar na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil. O ensino do Prof. Doutor Pedro Pais Vasconcelos – oral e escrito – sempre foi marcadamente *humanista*. Em várias instâncias e lugares do sistema, com matizes muito diversos, sempre recordou uma verdade perene – *hominum causa omne ius constitutum sit* (D.1.5.1.).

Possa este escrito, no que de bondade houver, honrar o mestre e fazer eco do mesmo mote.

¹ Sobre a colocação do problema, por exemplo: THOMAS WINTER, “Bébé préjudice” und Kind als Schaden – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung für neues Leben in Deutschland und Frankreich, 2002, 19 e ss.



ou contratual).

Fora deste horizonte problemático, a questão não releva para o *jus civile*.

Uma análise mais cuidada da jurisprudência permite identificar vários tipos de pretensões indemnizatórias fundadas na consideração da vida como um dano.

Em alguns casos, a vida indevida corresponde a uma gravidez indesejada (*wrongful pregnancy* ou *wrongful conception*). A pretensão é sustentada pelos pais da criança nascida e não desejada, em regra contra um médico ou centro clínico.

Nestes casos, não se reclama a frustração de um alegado direito ao aborto, mas sim o insucesso de um procedimento contraceptivo, destinado a evitar a geração daquela concreta vida que – não podendo os pais dispor sobre ela – terão que suportar económica e emocionalmente. Nalguns casos, pode estar em causa também não a falha de procedimento contraceptivo mas de um diagnóstico genético, por exemplo, que, a ter existido ou a ter sido correto, determinaria a inexistência da gravidez.

Noutras hipóteses, a discussão centra-se numa violação do alegado direito ao aborto (*wrongful birth*). A gravidez não foi indevida, indevido foi o nascimento. Os pais (e, nalguns casos, o próprio) entendem que foi coartada a possibilidade de evitar o nascimento daquela criança que, mercê da sua condição clínica ou das condições da mãe, podia ter sido abortada.

A vida indevidamente nascida já não pode ser eliminada. A existência da criança que podia não ter nascido, mas nasceu, é configurada como um dano, quer quanto aos encargos materiais



relacionados com o seu sustento, quer quanto aos aspetos não patrimoniais associados à sua existência.

Por fim, encontramos casos de *wrongfull life*.

Muito próximos das hipóteses de *wrongful birth*, a vida indesejada coloca a tónica não tanto na frustração do direito ao aborto mas na condição clínica da vida.

Em causa não está uma criança que não devia ter nascido, mas antes uma vida que não merece ser vivida e que, por isso, é compreendida como um dano para o próprio e para aqueles que a devem suportar (ainda que não a pudessem ou quisessem eliminar)².

Alguns dos argumentos tipicamente discutidos nos casos de *wrongfull life* podem encontrar-se em casos de *wrongful birth*: basta que a vida que não devia ter nascido seja, afinal, uma vida que também não mereça ser vivida³.

Os termos *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* e *wrongfull life* não conhecem um uso técnico-jurídico. São conceitos muito fluidos, não raras vezes utilizados como sinónimos (sobretudo *wrongful birth* e

² Na ilustração conceptual de PAULO MOTA PINTO, os casos de *wrongful life* corresponderiam sempre a pretensões da própria criança: “Indemnização em caso de «nascimento indevido» e de «vida indevida» (*wrongful birth* e *wrongful life*), *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, 2018, 735-772, 737.

³ Sobre esta sobreposição de argumentos, veja-se LORD RODGER OF EARLSFERRY, “*Wrongful birth in United Kingdom Law*”, *Wrongful birth en Wrongful life* (Kortmann/Hamel), 2004, 43-52 (a obra é organizada por holandeses, da Universidade Católica de Nijmegen).



wrongfull life)⁴, e sem densidade dogmática⁵.

A sua distinção é útil apenas na medida em que permite a ilustração de vários ângulos de um problema complexo, com numerosas implicações éticas e dogmáticas.

1. Wrongful pregnancy

I – A discussão acerca da possibilidade da vida ser um dano iniciou-se no último quartel de séc. XX. O avanço da técnica, acompanhado dos pressupostos culturais da revolução sexual dos anos 60, permitiu a divulgação do uso de fármacos contraceptivos e o crescente recurso à realização de intervenções médicas de esterilização. Desenvolveram-se também meios de diagnóstico capazes de antecipar possíveis patologias em futuras gravidezes.

As primeiras decisões conhecidas correspondem, portanto, a casos de *wrongful pregnancy* ⁶: por regra, erros médicos no aconselhamento ou implementação de técnicas contraceptivas, dos quais resultou uma gravidez indesejada e o conseqüente nascimento de uma criança.

II – Os casos mais significativos decididos no *BGH* remontam à

⁴ CHRISTIANE LEJEUNE, *Wrongful life – Das Kinde als Vermögensschaden*, 2009, 4-6. Entre nós, veja-se PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit, 735-739.

⁵ PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit,, 738.

⁶ FRANCESCA STEFANELLI, *Famiglia e responsabilità civile* (Paolo Cendon), 2014, 107 e ss.



década de 80 do séc. XX⁷ e denotam a progressiva aceitação da vida indesejada, decorrente de uma *wrongful pregnancy* (a maioria dos casos associados a falhas no processo de esterilização), como um dano cujo *quantum* corresponde (para além do sofrimento de ser pai ou mãe) ao custo com o sustento da criança.

- *BGH, de 18-mar.-1980* (VI ZR 105/78)⁸: uma mulher foi sujeita a uma laqueação das trompas de falópio num hospital universitário. A esterilização foi mal sucedida e a mulher deu à luz gémeos. Pediu a condenação do réu no pagamento dos custos associados ao sustento das crianças. A decisão do *OLG Bamberg, de 06-fev.-1978*⁹ não lhe deu razão, sustentando que o nascimento de uma criança nunca poderia ser considerado um dano. O *BGH*, porém, inverteu a decisão, entendendo que em causa estava o deficiente cumprimento de um contrato de esterilização (*Sterilisationsverträge*). O *BGH* esclareceu, no entanto, que o dano não consistia na vida das crianças, em si mesma, mas no sofrimento

⁷ Com referências, SUNG-KU YOON, *Der Unterhalt für ein Kind als Schaden*, 2010. Veja-se, ainda, GEORG FAERBER, *Wrongful life – Die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dem Kind gegenüber. Ein rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen, britischen und deutschen Rechts*, 1988, 88 e ss. (para a década de 80) e HERMANN ULRICH DREIHAUPT, *Schadenersatz für das unerwünschte Kind*, 2001, 10-51 (até à *BverfG, de 12-nov.-1997*).

⁸ *NJW* 1980, 1450.

⁹ *JZ* (1978), 529-532. Segue-se a *anotação* de ERWIN DEUTSCH, 532-534. Um caso muito semelhante foi julgado no mesmo ano: corresponde à decisão do *OLG Celle, de 08-mai.-1978, JZ* (1978), 528-529. Os autores eram pais de quatro filhos e a ré um hospital. O responsável pela cirurgia recomendou à autora, então com 25 anos de idade, a esterilização, por motivos de saúde, após o nascimento de terceiro filho. Apesar da intervenção, veio a nascer o quarto filho do casal. Os autores pediam, igualmente a condenação no pagamento dos custos associados ao sustento da criança.



psicológico associado a uma gravidez indesejada.

- *BGH, de 18-mar.-1980* (VI ZR 247/78)¹⁰: uma mulher com seis filhos foi sujeita a uma esterilização mal sucedida, tendo vindo a nascer a sétima criança. A *ratio decidendi* é colocada na integridade física da mulher e nos custos económicos de uma família alargada. A vida da criança não surge claramente qualificada como um dano. A decisão do *OLG Karlsruhe* tinha sublinhado, porém, que a gravidez e o nascimento não podiam ser considerados danos à saúde da mulher.

- *BGH, de 02-dez.-1980*¹¹: aquela que era ao tempo mulher do autor, foi sujeita a uma esterilização mal sucedida, tendo vindo a nascer uma nova criança. Seguiu-se o divórcio do casal. O autor configura a vida e sustento da criança indesejada (bem como da sua mãe) como um dano decorrente do insucesso da esterilização. Na fundamentação, o *BGH* entendeu admissível um pedido de indemnização na sequência do nascimento de uma criança, apesar da esterilização, desde que para tal tenha concorrido a negligência do médico no processo de planeamento familiar.

- *BGH, de 16-jun.-1984*¹², pode ler-se no sumário: «(...) o erro médico no processo de esterilização, desejado para fins de planeamento familiar, que conduz ao nascimento de um filho, pode fundamentar um pedido de indemnização correspondente ao sustento da criança e ao sofrimento causado à mãe pela gravidez».

Esta orientação jurisprudencial veio a consolidar-se na década de

¹⁰ *NJW* 1980, 1452-1456.

¹¹ *NJW* 1981, 630.

¹² *NJW* 1984, 2625.



90 e já nos primeiros lustros do séc. XXI¹³.

III – No Reino Unido, a jurisprudência dos anos 80 é também ela marcada por casos de *wrongful pregnancy*. Num primeiro momento, o entendimento jurisprudencial foi contrário à qualificação do nascimento indevido como um dado.

Tal é o caso da decisão *Udale v Bloomsbury Area Health Authority (1983)*¹⁴:

Foi realizada uma cirurgia de esterilização que, para além de dolorosa, não logrou efeito, tendo vindo a nascer uma criança saudável. A requerente pediu o ressarcimento dos danos associados ao sofrimento causado pela cirurgia e ainda «*the additional costs of caring for the new child*». O Tribunal rejeitou parcialmente a pretensão, no que ao nascimento da criança dizia respeito: «*public policy held fast against awarding damages for the birth of a healthy child, and that element of damages was not recoverable*».

Pouco depois, a orientação jurisprudencial inverteu-se:

- *Caso Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority (1984)*¹⁵: *uma laqueação de trompas foi mal realizada, sucedendo-se uma posterior gravidez e o nascimento de uma*

¹³ Por exemplo: *BGH*, de 27-jun.-1995, NJW 1995, 2407 e *BGH*, de 15-fev.-2000, JuS 2000, 919.

¹⁴ Referências: [1983] 1 WLR 1098, [1983] 3 All ER 522. Disponível in <https://swarb.co.uk/udale-v-bloomsbury-area-health-authority-qbd-1983/>

¹⁵ Referências: [1985] 1 QB 1012, [1984] 3 All ER 1044. Disponível in <https://swarb.co.uk/emeh-v-kensington-and-chelsea-and-westminster-area-health-authority-ca-1-jul-1984/>



criança com anomalias. A mãe veio pedir o ressarcimento dos danos decorrentes do nascimento indesejado, «including damages for her future loss of earnings, following the birth of a child with congenital abnormalities who required constant medical and parental supervision». O Tribunal deu-lhe razão, entendendo que «there was no rule of public policy which precluded recovery of damages for pain and suffering and for maintaining the child». Sublinha-se, no entanto, que a má formação congénita é um risco de qualquer gravidez e não a consequência de uma esterilização negligente.

- Caso *Thake vs. Maurice* (1986)¹⁶: não obstante a realização de uma vasectomia, uma criança foi gerada. O Tribunal entendeu que a eventual alegria de uma nova criança não afastava o ressarcimento da dor e angústia pré-natal, para além dos aspectos contratuais em presença.

IV – Em finais do séc. XX, parecia haver-se consolidado uma orientação favorável à consideração da *wrongful pregnancy* e da vida a ela subsequente como um dano¹⁷.

O conhecido caso *McFarlane* (1999) veio, contudo, depurar este entendimento¹⁸. Os cinco *Law Lords* rejeitaram, embora com argumentos muito distintos, que o sustento de uma criança saudável

¹⁶ Referências: [1986] 2 WLR 337, [1986] QB 644, [1986] 1 All ER 497. Disponível in <https://swarb.co.uk/thake-v-maurice-ca-1986/>

¹⁷ LORD RODGER OF EARLSFERRY, “Wrongful birth in United Kingdom Law” cit., 44.

¹⁸ Caso *McFarlane and another v Tayside Health Board*. Referências: Times 26-Nov-1999, [2000] 2 AC 59, [1999] UKHL 50, [1999] 4 All ER 961. Disponível in <https://swarb.co.uk/macfarlane-and-another-v-tayside-health-board-hl-21-oct-1999/>.



– ainda que nascida na sequência de uma *wrongful pregnancy* – pudesse ser um dano. A vida da criança (saudável) seria um bem sempre muito superior a qualquer encargo económico¹⁹.

Os danos decorrentes de uma *wrongful pregnancy* limitar-se-iam, portanto, ao plano contratual e aos incómodos da gestação: não à vida da própria criança.

2. Wrongful birth e wrongful life

I – A introdução nas ordens jurídicas da despenalização e liberalização do aborto conduziu a discussão a um outro patamar argumentativo.

Em causa deixou de estar o aparecimento de uma vida indesejada – mas indisponível para os sujeitos –, para passar a estar em causa a frustração da concreta possibilidade de dispor sobre a vida humana concebida (tivesse ela sido ou não desejada, no seu início).

Nesta segunda idade da jurisprudência, a questão do *dano-vida* cola-se nestes termos: *pode ser um dano aquela vida nascida que podia ter sido abortada?*

II – O sentido da questão só se alcança naqueles casos em que o aborto depende de uma causa justificativa, fundada, por regra, num

¹⁹ Com referências, LORD RODGER OF EARLSFERRY, “Wrongful birth in United Kingdom Law” cit., 46 e ss.



diagnóstico pré-natal. Nas puras hipóteses de aborto *ad nutum*, em que tudo depende da vontade da mulher, o dano correspondente à vida não abortada não pode ser imputado a sujeito diverso daquele que não abortou.

Assim se compreende, portanto, que se os casos *wrongful pregnancy* estão quase sempre associados a um erro médico no processo de esterilização, os casos de *wrongful birth* envolvem, na esmagadora maioria dos casos, o erro ou negligência no diagnóstico pré-natal²⁰.

Compreende-se, também, que os casos de *wrongful birth* surjam muitas vezes mesclados com as hipóteses de *wrongful life*. O nascimento indevido, que podia ter sido evitado com o aborto (*wrongful birth*), corresponde a uma vida indevida (*wrongful life*), ela própria concebida como dano.

III – A primeira jurisprudência alemã surge também na década de 80 e sobrepõe-se, cronologicamente, à jurisprudência referente à *wrongful pregnancy* :

- *BGH, de 18-jan.-1983*²¹: nos primeiros meses de gestação, uma mulher contraiu uma doença susceptível de causar más formações no feto. Por negligente acompanhamento médico, a família não foi informada e a mulher não pode abortar, o que teria sido a sua opção. A criança nasceu com más formações e necessitada de

²⁰ Para um enquadramento geral, ANNA GRUB, *Schadensersatzansprüche bei Geburt eines behinderten Kindes nach fehlerhafter Pränataldiagnostik in der Spätschwangerschaft*, 2006.

²¹ *NJW* 1983, 1371



vários cuidados médicos. A ação foi movida pelos pais em nome próprio e em representação da sua filha.

O Tribunal negou a existência de qualquer direito próprio da criança indevidamente nascida contra o médico. Reconheceu aos pais, porém, o direito de serem ressarcidos – ao abrigo de uma pretensão contratual fundada na relação médico/paciente – nos custos acrescidos decorrentes da fatalidade de terem de sustentar uma vida deficiente²².

- *BGH, de 22-nov.-1983*²³: nasceu uma criança com *síndrome de Down* que, caso o médico houvesse recomendado a realização de adequados exames de diagnóstico pré-natal, teria sido abortada. O tribunal reconheceu a obrigação do médico suportar os custos inerentes ao sustento da criança.

- *BGH, de 16-nov.-1993*²⁴: nasce uma criança com deficiências genéticas que teria sido abortada caso o diagnóstico pré-natal e o

²² Em comentário à decisão do *OLG München* no processo, veja-se HERMANN SCHÜNEMANN, “Schadenersatz für mißgebildete Kinder bei fehlerhafter genetischer Beratung Schwangerer?”, *JZ* 17 (1981), 574-77. O autor oferece uma síntese muito certa do que se encontrava em jogo: «A *permissão para matar* (Befugnis zur Tötung) – afirma o autor – *assiste apenas à mãe ou aos pais, nos termos indicados. Com estes pressupostos, deve ser excluída a responsabilidade delitual do médico em relação à criança. As pretensões da criança contra o médico apenas poderiam proceder com intervenção do legislador*» (577).

Quanto à pretensão dos pais, SCHÜNEMANN adianta aquela que viria a ser a posição do *BGH*. De notar, contudo, a importância da jurisprudência coeva nos casos de *wrongful pregnancy*. Para o autor, há uma analogia entre os casos de erro na esterilização e de nascimento indevido por errado diagnóstico pré-natal ou má assistência médica (576-577): se no primeiro caso se admite a indemnização, também no segundo esta deve ser admitida.

²³ *NJW* 1984, 658.

²⁴ *NJW* 1994, 788-793.



acompanhamento médico à grávida tivesse sido realizado corretamente. A orientação do BGH é clara: constitui fundamento de indemnização os casos de aborto impedido (*fehlgeschlagen Schwangerschaftsabbruch*) pela má orientação médica.

- BGH, de 28-mar.-1995²⁵: o tribunal entende que, se o aborto era legal, a impedimento da sua realização constitui fundamento de responsabilidade civil.

- BGH, de 04-mar.-1997²⁶: o exame pré-natal alegadamente defeituoso é fundamento de uma pretensão indemnizatória pela vida da criança nascida com deficiência.

- BGH, de 12-dez.-2004²⁷: o tribunal discute a imputação de outros danos que não os decorrentes do nascimento de uma criança deficiente. A frustração da possibilidade de abortar parece resultar como uma premissa latente da *ratio decidendi*²⁸.

- BGH, de 31-jan.-2006²⁹: reconhece-se uma pretensão indemnizatória porque, lê-se no sumário, «por causa de um erro médico, foi omitido o aborto por indicação médica».

IV – Na década de 90, o tema chega ao Tribunal Constitucional, que se pronuncia, pela primeira vez, na decisão *BVerfG, de 28-mai.-1993*³⁰. O Tribunal foi peremptório ao negar a existência de um direito ao aborto *ad nutum* e ao afirmar a contrariedade à

²⁵ NJW 1995, 1609-1611.

²⁶ NJW 1997, 1638-1640.

²⁷ NJW 2005, 891-893.

²⁸ Neste sentido, SUNG-KU YOON, *Der Unterhalt für ein Kind als Schaden*, 2010, 47.

²⁹ JuS 2006, 751-753.

³⁰ BVerfGE 88 (1993), 203-366.



constituição da qualificação da vida como um dano:

«A qualificação jurídica da existência de uma criança como fonte de dano é contrária à Constituição (Art. 1 Abs. 1 GG). Não pode, portanto, reconduzir-se a obrigação de sustentar uma criança a uma dano.»³¹

A posição quanto à jurisprudência do BHG é também clara e consequente: «a jurisprudência dos tribunais civis acerca da responsabilidade por erro de diagnóstico médico ou por omissão de aborto carece, portanto, de revisão»³². Não obstante, como vimos, em decisões posteriores a 1993, o BHG manteve a orientação criticada.

Já no final da década de 90, o Tribunal Constitucional volta a pronunciar-se sobre o tema, na decisão *BVerfG, de 12-nov.-1997*³³, concluindo no seguinte sentido: «a jurisprudência dos tribunais civis sobre responsabilidade médica nos casos de erro na esterilização e erro no diagnóstico genético anterior à concepção de uma criança pré-natal não viola o Art.1/I GG».

V – No Reino Unido, como vimos, a evolução da jurisprudência referente aos casos de *wrongful pregnancy* tinha conduzido ao entendimento (sedimentado no caso *McFarlane*) de que a vida de uma criança saudável seria um bem sempre superior a qualquer encargo económico e que, por isso, a determinação dos danos associados ao nascimento de uma criança indesejada não podia ter

³¹ *BVerfGE* 88 (1993), 203-366, 203 (ponto 14).

³² *BVerfGE* 88 (1993), 203-366, 296.

³³ *NJW* 1998, 519-523.

em conta própria vida e sustento da criança.

Inevitavelmente, os tribunais ingleses cedo viriam a ser confrontados com as hipóteses do nascimento de uma *disabled child*:

- Caso *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* (2001)³⁴: uma mulher foi submetida a uma esterilização negligente e veio a dar à luz um filho deficiente. Se a vida saudável não pode ser um dano, a deficiência já pode fundamentar uma pretensão indenizatória. Em causa estariam os *additional costs* associados à deficiência³⁵.

- Caso *Groom v Selby* (2001)³⁶: o *thema decidendum* circunscreve-se, novamente, à «*responsibility for payment of excess costs of raising a severely disabled child*». No entanto, o Lord Justice pronunciou-se diretamente sobre o dano resultante do aborto não praticado: «*[the defendant's] breach of duty caused the claimant's pregnancy to continue, when it would otherwise have been terminated (...)*».

- Caso *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003)³⁷:

³⁴ Referências: Times 24-Apr-2001, Gazette 01-Jun-2001, [2001] Lloyd's Rep Med 309, [2001] EWCA Civ 530, [2001] 3 WLR 376, [2002] QB 266. Disponível in <https://swarb.co.uk/parkinson-v-st-james-and-seacroft-university-hospital-nhs-trust-ca-11-apr-2001/>

³⁵ Neste sentido, LORD RODGER OF EARLSFERRY, "Wrongful birth in United Kingdom Law" cit., 49.

³⁶ Referências: [2001] EWCA Civ 1522, [2002] Lloyds Rep Med 1. Disponível in <https://swarb.co.uk/groom-v-selby-ca-18-oct-2001/>

³⁷ Referências: [2004] 1 AC 309, [2003] UKHL 52, Times 21-Oct-2003, [2003] 3 FCR 289, [2004] Fam Law 22, [2004] Lloyds Rep Med 1, [2004] PIQR P14, [2004] 1 FLR 234, [2003] 4 All ER 987, [2003] 3 WLR 1091, (2004) 75 BMLR 69. Disponível in <https://swarb.co.uk/rees-v-darlington-memorial-hospital-nhs-trust-hl-16-oct-2003/>



uma mulher padecente de uma doença congénita procura a esterilização porque entende não estar em condições de criar um filho. A intervenção médica é mal sucedida e mulher vem a ser mãe de um filho saudável, que é cuidado por familiares. A *House of Lords* manteve a orientação do caso *McFarlane*: uma vida saudável não constitui fundamento de uma pretensão indemnizatória, menos ainda a condição deficiente da mãe. É arbitrada uma compensação pelo erro do médico, mas (se bem lemos) não a título de reparação de danos *proprio sensu*.

3. A experiência portuguesa

I – Em Portugal, o tema chegou aos tribunais já em inícios do séc. XXI.

O primeiro caso corresponde à decisão do STJ, de 19-jun.-2001 (PINTO MONTEIRO)³⁸, sobre o qual se pronunciaram diversos autores³⁹.

³⁸ STJ, de 19-jun.-2001 (PINTO MONTEIRO), Proc. n.º 01A1008.

³⁹ Em particular: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer”, *RLJ* 134 (2002), 377-384 ; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 5.ª ed., 2019, 362-362 (mantendo a posição já sustentada em outras edições); PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ..” cit. ; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, 131-138 ; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de Direito Civil*, 2004, 387 e ss. ; VANESSA CARDOSO OLIVEIRA, “Wrongful life action – Comentário ao acórdão do STJ de 19-jun.-2001”, *Lex Medicae* 1/2 (2004), 128 e ss. e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Forjar O Direito*, 2015, 253-288.



A decisão tornou-se, durante alguns anos, o *case study* do assunto na jurisprudência portuguesa.

A factualidade encontra-se descrita em quase todos os comentários à decisão. *Breviter*: em 1996 nasceu uma criança do sexo masculino portadora de variadas más-formações que, por erro de diagnóstico pré-natal, não foram identificadas/comunicadas aos pais em momento oportuno, impedindo o recurso ao aborto.

Os pais da criança vieram intentar uma ação de responsabilidade civil médica pedindo, em nome e representação do seu filho, uma indemnização pelo seu nascimento e existência deficiente.

O STJ pronunciou-se no seguinte sentido:

«I – A nossa lei não prevê, no que toca à responsabilidade médica, casos de responsabilidade objectiva, nem casos de responsabilidade civil por factos lícitos danosos - tal responsabilidade assenta na culpa.

(...)

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

VII – O direito à vida, integrado no direito geral de



personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida.

VIII – O direito à não existência não encontra consagração na nossa lei e, mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor.»

II – O caso tem algumas particularidades curiosas, que condicionaram o debate doutrinal sobre esta matéria.

Ao contrário do que sucedeu noutras latitudes, a jurisprudência portuguesa não foi confrontada paulatinamente com o problema da vida como dano. A evolução casuística *wrongful pregnancy – wrongful birth – wrongful life*, observada noutros ordenamentos, não existiu entre nós. Os tribunais portugueses foram chamados a decidir *ab initio* sobre a hipótese mais extremada da vida como dano: a pretensão indemnizatória deduzida pelo próprio, fundada no facto de ter nascido.

Esta circunstância determinou que a doutrina que se veio a pronunciar sobre o acórdão tenha centrado a sua atenção na *pretensão do próprio pelo dano do seu nascimento*, deixando na sombra, com escasso enquadramento dogmático, os outros casos em que a vida é também convocada como dano⁴⁰ e que viriam a chegar, mais tarde, aos tribunais.

⁴⁰ Neste contexto, o esforço de alargar os termos da discussão que encontramos em PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit. merece ser registado.



Mas esta circunstância determinou, também, que no *iter* de fundamentação da decisão, o Tribunal assumisse premissas irrelevantes no caso, mas «incubadoras» de futuras decisões. Assim sucedeu, por exemplo, quando o STJ afirmou a existência de uma desconformidade entre o pedido e a causa de pedir, porquanto «*o direito ou faculdade alegadamente violado*» se inscrevia na esfera jurídica dos pais e não do autor.

Este enquadramento dogmático é lateral à decisão da causa, mas apontou para o que viria a ser a jurisprudência futura. Estivesse, em 2001, o STJ a conhecer um caso de *wrongful birth* (fundado na ablação da possibilidade abortar), a sua afirmação seria a mesma? Temos dúvidas.

III – O mote lançado pela decisão do STJ, de 19-jun.-2001 cedo foi secundado. A partir deste acórdão, todos os casos levados a Tribunal insistem na pretensão indemnizatória do próprio fundada no seu nascimento, mas sempre acompanhada de uma pretensão autónoma dos pais, associada à frustração da possibilidade de abortar e aos danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes de uma vida deficiente.

- RPt, de 01-mar.-2012 (FILIPE CAROÇO)⁴¹: «*VI – O erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade, pelo que, existindo o necessário nexo de causalidade, o médico é responsável*

⁴¹ RPt, de 01-mar.-2012 (FILIPE CAROÇO), Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1.



pelos prejuízos daí emergentes. VII – A criança deficiente não tem direito próprio de indemnização pelo facto de ter nascido, por ausência de dano reparável.» (sumário).

- RLx, de 29-abr.-2015 (ROQUE NOGUEIRA)⁴²: o Tribunal pronuncia-se sobre a omissão da possibilidade de abortar tem termos contraditórios. Por um lado, sustenta que o dano não corresponde à frustração dessa possibilidade, mas sim à ablação da escolha livre. Conclui, no entanto, que um a wrongful birth action só será possível em países onde não existe criminalização do aborto (pelo menos, em algumas circunstâncias): *«VI – No caso de wrongful birth, o dano não reside na impossibilidade de decidir em determinado sentido (efectuar ou não o aborto), mas na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão. VII – O que significa que estas acções não serão admissíveis em ordenamentos jurídicos que proibam totalmente o aborto fundado em doença ou malformação embrionária ou fetal. VIII – Nos ordenamentos jurídicos que admitem o aborto, como acontece com o nosso, haverá que ter em consideração os casos em que a interrupção da gravidez não é punível (...).» (sumário)*

- RLx, de 30-abr.-2015 (CATARINA ARÊLO MANSO)⁴³: por erro de diagnóstico pré-natal, não é identificada uma má formação que teria permitido a prática do aborto sem consequências penais. Acção é intentada nas instâncias *a quo* pelos pais, em nome próprio e em representação do seu filho. A pretensão do filho é rejeitada. A pretensão dos pais é acolhida, pronunciando-se a Relação, em particular, quanto ao nexa de causalidade: *«existe nexa de causalidade suficiente, ou nexa de causalidade indirecto, entre a*

⁴² RLx, de 29-abr.-2015 (ROQUE NOGUEIRA), Proc. n.º 57/11.9TVLSB.L1-7.

⁴³ RLx, de 30-abr.-2015 (CATARINA ARÊLO MANSO), Proc. n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8.



vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento o feto com malformação, devido a inobservância das leges artis, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita» (sumário).

4. Cont.: os acórdãos do STJ, de 17-jan.-2013 e de 12-mar.-2015

I – Merece uma especial menção o acórdão do STJ, de 17-jan.-2013 (ANA PAULA BOULAROT)⁴⁴. Trata-se da primeira vez em que o STJ foi chamado a pronunciar-se sobre esta matéria, após 19-jun.-2001. A decisão é tomada por maioria, com uma declaração de voto (PIRES DA ROSA) e um voto vencido (MARIA DOS PRAZERES BELEZA).

O caso é muito semelhante ao decidido no acórdão do STJ, de 19-jun.-2001. A 26-nov.-2003, às 38 semanas de gestação, nasceu uma criança com síndrome polimalformativa, designadamente sem mãos nem braços, deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, da mandíbula e do céu da boca. Durante a gravidez, a mãe (autora) realizou as ecografias obstétricas previstas na clínica de radiologia demandada, tendo sido assistida pelo seu director clínico (ambos – clínica e médico – réus na ação).

Na sequência dos exames clínicos realizados, foi dito à mãe que o bebé era perfeitamente normal quando – tendo em conta estado da arte e em face dos exames em presença – podiam ter sido detetadas as más-formações (levantando-se, inclusivamente, a

⁴⁴ STJ, de 17-jan.-2013 (ANA PAULA BOULAROT), Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1.



hipótese de troca de exames).

A acção é ainda movida contra uma outra médica de um Hospital que, atendendo a autora numa consulta de obstetrícia, também não detetou às más-formações do feto.

A autora alega ter-lhe sido coarctado o direito de auto-determinação quanto ao destino da sua gravidez, pelo que ambos – mãe e filho – terão de encarar para a vida as malformações congénitas descritas. A criança sempre dependerá de terceiros para a sua sobrevivência, e necessitará dos cuidados permanentes da autora para a execução das mais simples tarefas do quotidiano.

Com o nascimento do autor com as patologias da malformação, a autora passou a viver num desequilíbrio emocional profundo, já previsível aquando dos errados diagnósticos e a interrupção da gravidez seria, então, o único meio idóneo a evitar o real perigo que a gravidez constitui para a sua saúde psíquica. Também o autor sofre danos não patrimoniais, no interesse do qual a autora deveria ter abortado, evitando a vida de angústia e sofrimento por que ambos passavam. A criança tem perfeita consciência do que se passa por ter um desenvolvimento mental normal, sofre profunda revolta, nervosismo e incompreensão no seu penoso dia a dia.

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

A favor da mãe, foi peticionada igual quantia nunca inferior a € 100.000,00 (cem mil euros), pela gravidade e perenidade dos danos



não patrimoniais por ela sofridos, bem como o ressarcimento de danos patrimoniais associados ao sustento e, sobretudo, aos cuidados clínicos com o filho.

Em primeira instância, o Tribunal julgou parcialmente procedeu a ação, em relação aos pedidos deduzidos a favor da autora, condenando os réus ao pagamento de uma indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais; e absolutamente improcedente quanto aos pedidos deduzidos a favor do menor.

Inconformados, apelaram autores e réus. A segunda instância, porém, apenas deu razão à autora, condenando no pagamento de despesas clínicas e de educação futuras associadas à condição clínica da criança (não reconhecidas na primeira instância). No demais, manteve a decisão do Tribunal *a quo*.

No segundo recurso, para o que ora nos ocupa, foram sobretudo esgrimidos os argumentos a favor da pretensão do autor. O STJ (numa decisão onde até se cita a *wikipédia!*), manteve a orientação de 19-jun.-2001 e rejeitou a pretensões do autor por considerar «*inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido*»: «*o Autor existe – lê-se ainda no sumário –, mas concluir-se que o mesmo não deveria existir assim desta forma deficiente e por isso tem o direito a ser ressarcido, não pode ser, uma vez que a tal se opõe, além do mais, o direito*».

II – Uma década depois da primeira decisão, a posição do STJ quanto à pretensão do próprio mantém-se, portanto, inalterada.

Quanto à pretensão dos pais, pese embora o acórdão não reconhecer a existência de um direito ao aborto, o STJ configura a vida indevida um dano normativamente causado pelo erro médico, permitindo a imputação dos custos associados ao nascimento e à



condição clínica da criança (para além dos danos não patrimoniais sofridos pelos progenitores).

III – A decisão não foi, contudo pacífica. Retenha-se, na íntegra, a declaração de voto PIRES DA ROSA:

«Concederia parcialmente a revista, atribuindo ao autor a indemnização pedida por danos não patrimoniais (e não também por danos patrimoniais, como direi mais à frente).

Mesmo sem fazer apelo a um denominado direito à não existência – que todavia, em tese, admito desde que a lei portuguesa reconheceu, nos termos previstos no art.142.º do CPenal, a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, colocando a vida, nesses precisos casos nas mãos dos homens, mais especificamente da mulher/mãe e até, mais recentemente, abriu as portas ao testamento vital, com a Lei no25/2012, de 16 de Julho – o que importa é acentuar que houve, por parte dos RR, uma clara violação contratual, quer a obrigação do médico ecografista seja a chamada obrigação de meios, quer seja – como penso que é, ao contrário do que vem sustentado no vencimento do acórdão – uma obrigação de resultado. Porque o médico que faz a ecografia assegura o resultado, nem que esse resultado seja a afirmação de que a ecografia não permite ver o que quer que seja.

Ora, o réu M – aliás médico especialmente qualificado, o que só agrava a sua conduta – leu mal as ecografias e não deu conhecimento à autora/mãe das irreversíveis lesões que o seu feto já suportava e suportaria para sempre.

Ora bem: as ecografias foram efectuadas no âmbito de um contrato celebrado entre uma clínica radiográfica e uma mulher – não uma qualquer mulher, mas uma mulher *pejada*, grávida, que



só porque está grávida se sujeita e contratualiza tais exames, o que é do conhecimento integral da clínica.

Então é essa a mulher que é protegida no contrato, uma mulher pejada, ela e o seu feto, que não tem personalidade jurídica enquanto ... não nascer com vida – art.66.º, n.º1 do CCivil.

A mãe (e o seu feto – porque o feto é ainda mãe, enquanto não nascer com vida) foi(foram) atingida(os) no seu direito a poderem optar pelo não nascimento, por uma mesma e única violação contratual – essa, a dos RR.

Que o direito resultante dessa violação contratual, na parte em que atingiu o feto, se autonomize no património do J quando ele nasce, permitindo e exigindo que seja ele mesmo, e só ele, seu titular único, a solicitar a indemnização para essa violação, não tem nada de estranho – é o processo completo de autonomização. Na pessoa e nos direitos de que é exclusivo dono e suporte.

Dir-se-á que 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 [autor].

*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.º1 do art. 142.º do CPenal, 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 exercido.*

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 na mãe, pode radicar esse direito *num tempo em que o filho que há-de (poder) ser é – ainda – mãe.*

Nem se diga que indemnizar o filho [...] é atingir a dignidade da sua pessoa, diminuindo-o na sua condição humana. Indignidade será, a meu ver, não lhe possibilitar pela via indemnizatória uma quantia que lhe permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de uma forma mais ... digna.

A terminar direi que, dentro dos condicionalismos do disposto no art. 142.º do CPenal, apenas sobre a vontade livre e consciente do [autor] há-de repousar o direito de saber até onde poderia suportar as doenças ou malformações que o atingem. Só assim se respeita o seu indeclinável *direito à liberdade*. E que esse seja exercido pela mãe, em sua representação, é algo que tem absoluta justificação porquanto está provado que o [autor] não é, nem nunca será, autónomo.

Em conclusão: concederia em parte a revista pretendida pelos autores, concedendo ao autor a quantia pretendida a título de danos não patrimoniais. E só destes, porque a completa ausência de autonomia actual e futura fez recair na autora sua mãe a necessidade de *patrimonializar* por completo em si própria a indemnização de que, por toda a vida, necessitará para garantir a dignidade mínima da vida de seu filho. Devendo ficar bem claro que a quantia que vier a receber a esse título será, em absoluto, constringida às necessidades do [autor].»

Retenha-se, ainda, o voto vencido MARIA DOS PRAZERES BELEZA:

«1. Votei a improcedência de ambas as revistas. Tenho todavia



algumas observações em relação a certos pontos da fundamentação. Refiro, muito sucintamente, as mais relevantes:

(...)

– Suponho também que, estando verificado, no caso, o circunstancialismo que afasta a punibilidade da intervenção voluntária da gravidez, até às 24 semanas, nos termos previstos na al. c) do no 1 do artigo 142.º do Código Penal, o direito ilicitamente violado foi, em rigor, o direito (da autora) de opção por essa interrupção, dentro daquelas 24 semanas; o que, aliás, no contexto desta acção, torna inútil discutir se, em momento posterior, deveria ou não a autora ter realizado outros exames, nomeadamente ecográficos;

– A razão que me levou a votar a improcedência do recurso, no que toca ao pedido de indemnização por danos não patrimoniais formulado pelo autor, foi a de pensar que qualquer fundamentação que a sustentasse implicaria necessariamente o reconhecimento da titularidade de um direito à não existência, o que se me afigura rejeitado pela ordem jurídica. Mas não acompanho o afastamento definitivo da ponderação das potencialidades da figura do contrato com âmbito de protecção para terceiros, nem a exclusão categórica dos pressupostos da “ilicitude, culpa e nexo de causalidade”, já que não é em relação às malformações verificadas que deveriam ser analisados; e afigura-se-me falível o argumento de que a procedência do pedido conduziria ao reconhecimento do dever de interromper a gravidez, ou da possibilidade de o filho vir a pedir aos pais uma indemnização por não ter ocorrido essa interrupção, por faltar, desde logo um acto ilícito que a sustente (a decisão de manter a gravidez não é, seguramente, ilícita).

2. Quanto à condenação no que vier a liquidar-se, determinada pela Relação e mantida pelo acórdão, penso que poderia ser



ensaiada uma solução mais adequada às circunstâncias do caso, autonomizando a indemnização em relação ao património da autora e consignando-a à satisfação das necessidades do autor ou, pelo menos em parte, dando-lhe a forma de renda. Considero particularmente importante resguardá-la, tanto quanto possível, do alcance de eventuais credores, titulares de créditos estranhos a despesas realizadas no interesse do autor, e protegê-lo na eventualidade de morte da autora. Fundamentada embora na lesão de um direito da autora, a indemnização tem como objectivo cobrir as despesas acrescidas que decorrem das especiais necessidades do autor, e que, como a autora afirma, não tem condições de suportar.

Tal eventualidade, no entanto, não foi objecto de discussão neste processo, o que impede a sua consideração neste momento; suponho, todavia, que será possível realizá-la no âmbito da liquidação, se as partes assim o entenderem.»

IV – O direito à não existência e, por isso, a admissibilidade da vida como um dano para o próprio é claramente admitido em PIRES DA ROSA e negado em MARIA DOS PRAZERES BELEZA. Mas não em termos peremptórios: um contrato com eficácia de proteção de terceiros⁴⁵ – que MARIA DOS PRAZERES BELEZA admite – parece encabeçar a criança numa pretensão materialmente coincidente com a sua não existência.

Com efeito, se o mesmo contrato garante à mãe o exercício do direito ao aborto e protege os interesses da criança abortável, não

⁴⁵ Hipótese aventada também por PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit.,756.



vemos em que é que o âmbito de proteção possa ser materialmente distinto da não-existência *proprio sensu*.

Ambas as declarações de voto são convergentes, contudo, no reconhecimento de um direito a abortar – frustrada pela conduta ilícita dos médicos envolvidos – e, portanto, na admissibilidade da vida como um dano para a mãe.

V – Com este enquadramento, a atenção volta-se para a terceira decisão do STJ, de 12-mar.-2015 (HELDER ROQUE)⁴⁶.

O caso é, novamente, idêntico aos anteriores: pai e mãe, em nome próprio e em representação do seu filho menor, moveram uma ação de responsabilidade civil fundada em erro de diagnóstico pré-natal, tendo vindo a nascer uma criança com más formações e uma incapacidade global e permanente avaliada em cerca de 93%.

O STJ entendeu que o comportamento dos clínicos envolvidos frustrara o direito ao aborto:

«o erro médico consistente na falta de deteção de uma anomalia embrionária ou fetal ou na ausência de informação acerca de tal quadro de deficiência, pode ocasionar a perda de chance de uma escolha reprodutiva, mais, especificamente, a realização ou não de um aborto, pelo que este específico direito à autodeterminação é o campo por excelência das ações de «wrongful birth» e de «wrongful live», cada vez mais comuns nos países onde a interrupção

⁴⁶ STJ, de 12-mar.-2015 (HELDER ROQUE), Proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1.



voluntária da gravidez é permitida».

Manteve-se, também o entendimento já antes sustentado sobre o nexo de causalidade em ações desta natureza:

«muito embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, o certo que a sua actividade, quando desenvolvida segundo as «leges artis», poderia ter evitado o nascimento com aquela deficiência congénita, o que permite consubstanciar um nexo de causalidade suficiente, um nexo de causalidade, ainda que indirecto, entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico por essa situação, ainda que outros factores tenham para ela concorrido, isto é, quando o acto não produz, ele mesmo, o dano, mas desencadeia ou proporciona um outro que leva à verificação deste. (...). E sendo o dano a vida com deficiência e a ausência da possibilidade de escolha pela interrupção voluntária da gravidez, em virtude da violação do direito à informação, e não a criança, em si mesma, que dela padece, admitindo-se o aborto, em caso de deficiência grave do feto, como decorre do preceituado pelo artigo 142o, no 1, c), do Código Penal, mal se compreenderia que os pais se vissem privados dessa opção.»

No acórdão não se discute a questão da vida como um dano próprio. O *thema decidendum* diz unicamente respeito às pretensões patrimoniais e não patrimoniais dos pais. Contudo, as instâncias inferiores não condenaram os réus no pagamento de qualquer indemnização ao filho nascido com deficiência.



5. A inadmissibilidade da pretensão à «não existência»

I – Como vimos, a questão do *dano-vida* só tem relevância jurídica no contexto da responsabilidade civil: para que exista coerência dogmática, a questão deve necessariamente que ser ponderada à luz da natureza e função deste instituto.

Ora, a responsabilidade civil permite a imputação de um dano a uma esfera jurídica diversa daquela onde ocorreu. Tal imputação justifica-se sempre que (i) o titular da esfera jurídica de imputação tenha praticado um facto ilícito (aquiliano ou contratual) que foi *causa normativa* do dano (responsabilidade subjetiva); ou quando, independentemente de prática de qualquer ilícito, (ii) o dano integra um esfera de risco que deve ser suportado por outro sujeito que não aquele que o sofreu (responsabilidade objetiva).

Os fundamentos axiológicos de um e outro título de imputação são diversos, mas a nenhuma deles presidem ponderações de natureza assistencial ou ditadas por razões de comiseração humana, por mais nobres e elevadas que sejam.

Nem poderia ser de outro modo: a Ciência do Direito não é uma *jurisprudência das emoções*, nem o intérprete-aplicador um justiceiro benemérito. Reconhecendo-se a nobreza das intenções, não é possível dar respaldo científico a decisões em que a responsabilidade civil se substitui à previdência do Estado social, ou se procura a «socialização» de um infortúnio, ultrapassando uma decisão da comunidade política.

II – Isto posto, pergunta-se: pode a vida ser um dano para o



próprio?

Começemos pela vida *qual tale*, independentemente das suas concretas circunstâncias. Um postulado básico do pensamento corresponde, justamente, à constatação de que a primeira perfeição dos entes é a sua existência: *o nada nunca é preferível ao ser*.

Seria, portanto, uma contradição valorativa e ontológica insanável conceber a inexistência do próprio ente (neste caso a criança) como preferível à sua existência; conceber o nada como um *quid* com valor axiológico.

A estas ponderações, acresce uma outra especificamente dogmática: *nenhum sujeito pode ser juridicamente tutelado contra a sua própria existência*. A existência não é uma ameaça a qualquer bem jurídico e, a sê-lo, seria uma ameaça ao bem «não existência». Mas conceber tal «bem» implicaria pressupor a ausência do próprio de sujeito da tutela, o que se revelaria uma *contradictio in terminis*.

Por fim, a hipótese não tem, sequer, relevância prática: a admissibilidade de uma pretensão da criança fundada no dano-vida nunca se coloca quando se nasce são e escorreito. Os casos de *wrongful birth*, absolutamente dissociados de *wrongful life*, nunca suscitam a discussão acerca de pretensões indemnizatórias dos próprios.

III – O problema coloca-se outro sim, nos casos de *wrongful life*. Aí, não está em causa a própria vida, mas a deficiência. Se não é admissível conceber a tutela do sujeito contra a sua própria existência *qua tale*, poder-se-á conceber uma pretensão fundada na sua existência indevida (*wrongful existence*)?



Tocamos, aqui, uma importante fronteira do Direito. Não por acaso BENJAMIN PITCHO, numa intervenção acerca da vida como dano à luz da experiência francesa, questionava a razão pela qual um tão elevado número de juristas se ocupava desta matéria quando, na verdade, a sua incidência prática é diminuta e a parca a existência de especialistas em direito da saúde e da bioética⁴⁷.

A resposta adianta-o o próprio: porque esta questão marca uma linha divisória clara entre universos valorativos e metodológicos distintos; entre concepções do Direito antagónicas. Está muito mais em jogo na *wrongful life* que o caso concreto: joga-se «*uma questão-limite, que convoca derradeiramente o sentido do Direito*»⁴⁸.

O mesmo é dizer: o sentido de toda uma civilização e a ideia de Homem.

IV – As hipóteses de *wrongful life* parecem colocar-se no plano do *mundo dos possíveis* leibniziano. *Prima facie*, o que se compara não é o ser e o nada, mas o ser real (a vida deficiente) e um cenário possível: uma vida saudável. A diferença entre a realidade e a hipótese corresponderia, afinal, ao dano.

O dano não seria, portanto, a própria existência, mas a *deficiência* da existência, como a miúdo invoca a jurisprudência.

Se bem atendermos, porém, esta comparação é uma falácia. As *proposições possíveis*, quando verdadeiras, só o são por referência a

⁴⁷ BENJAMIN PITCHO, “Wrongful Birth and Wrongful Life regarding French Law”, *Wrongful Birth en Wrongful Life*, 2004, 93-107, 106.

⁴⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano?...” cit., 255.



dois mundos possíveis. A comparação entre «mundos possíveis» é, afinal, a que ordena o art. 562.º CC: colocar o lesado naquela situação em que ele estaria (primeiro mundo possível) caso não tivesse ocorrido o evento lesivo (segundo mundo possível).

Sucedem, porém, que no caso em apreço os dois cenários possíveis excluem-se mutuamente: a alternativa à vida indevida nunca é outra vida, mas sim a inexistência⁴⁹.

Procedem aqui as objeções já apresentadas: o nada nunca é preferível ao ser, nem tão pouco se pode proteger o sujeito contra, afinal, a sua própria existência.

V – Estará o Direito condicionado pela impossibilidade lógico apontada? Acaso não trabalha o jurista com tantas ficções e irrealidades? A valoração jurídica estará limitada pelas considerações apresentadas? Não será aqui de convocar o antigo brocardo *summum jus, summa injuria*? Não é dignidade da vida – como se lê nalguma jurisprudência – o que exige, afinal, uma vida mais digna, garantida pela procedência de uma pretensão indemnizatória?

Estas perguntas são, certamente, legítimas. Mas há que formulá-las em toda a sua crueza: o que é que justifica, afinal, que uma vida seja juridicamente indevida? A dor ou sofrimento? Objetivo ou subjetivo? E subjetivo de quem (do próprio ou do cuidador)? Com que intensidade? E a partir de quando? Quem é que determina que uma vida não merece ser vivida? Que é mais digna que outra vida?

⁴⁹ Em sentido contrário, entendendo irrelevante esta observação, PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit, 753 e ss.



Com que legitimidade?

A fronteira a que aludíamos é, justamente, esta: ou a vida – toda a vida, seja de *quem* fôr e *como* fôr – é um bem jurídico absoluto, que não admite distinções, ou a gradação valorativa entre vidas mais ou menos dignas, mais ou menos indevidas, conduz-nos inevitavelmente, a *gradualismo personalistas* – à determinação que há homens mais pessoa uns que outros – e à aceitação de que alguns (sempre os mais fracos) podem, afinal, para alguns efeitos, não serem tratados como um fim em si mesmo.

VI – Ao que fica dito acresce ainda a seguinte observação: mesmo admitindo vidas indevidas (o que entendemos juridicamente inconcebível), não vislumbramos como é possível sustentar que a deficiência, má formação, sofrimento, etc. é imputável ao médico ou centro hospital com base em erro de diagnóstico ou mau acompanhamento clínico.

O facto ilícito que se apresenta não é causa (nem natural, nem normativa) da má formação ou deficiência. Tão pouco a podia evitar, ou minorar as suas consequências. Se assim fosse, estaríamos perante uma hipótese de danos infligidos ao nascituro, que conhece um enquadramento dogmático distinto⁵⁰.

O facto ilícito reside na omissão de informação ou na prestação de informação errada que, a ter existido ou sendo correta, teria conferido a possibilidade de abortar. O comportamento do sujeito a

⁵⁰ Com referências, cfr. o nosso “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (*Teilrechtsfähigkeit*)”, *RDC* III (2018) 3, 575-604.



quem se procura imputar o dano-vida não é causa normativa da deficiência.

VII – Esta observação é importante porquanto põe a nu os limites do instituto da responsabilidade civil. Os fins de *justiça corretiva* que presidem ao instituto coincidem, na verdade, com os limites da causalidade normativa⁵¹.

Com efeito, permitir a imputação de danos a um ilícito que não pode ser a sua causa juridicamente relevante significa, a coberto da responsabilidade civil, alijar sobre um terceiro um risco que é próprio daquele que sofreu a desvantagem.

As razões humanitárias que justificam a «socialização» do drama existencial associado a uma vida deficiente são estranhas à justiça corretiva. Encontram lugar, sem dúvidas, em esquemas de *justiça distributiva*, concretizada na relação entre os particulares e a comunidade política.

Podemos ir mais longe: é de justiça que a comunidade política, enquanto *societas perfecta*, partilhe, de algum modo, os encargos associados a uma vida deficiente, com todas as suas limitações.

O que seria inadequado, seria transformar a responsabilidade civil

⁵¹ Sobre a causalidade como verdadeira imputação, veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual – Novas perspevtivas em matéria de nexos de causalidade*, 2014, 23 e ss. Veja-se ainda, sobre a relação entre a causalidade e a extensão do dano, RUI SOARES PEREIRA, *Nexo de causalidade na responsabilidade delitual – Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*, 2017, 181 e ss.



num sucedâneo da responsabilidade social do Estado no desempenho das suas tarefas assistenciais, ao serviço do bem comum⁵².

VIII – Por fim, uma última nota.

A vida é indisponível para o próprio sujeito⁵³. Mas mesmo que se admitisse a possibilidade de dispor da própria vida, tal não equivale à possibilidade de dispor de não ter nascido (ou de não ter nascido na condição deficiente em que se nasceu). Mesmo a jurisprudência mais permissiva sempre sublinhou que essa não era uma faculdade do próprio.

Mais ainda assim, se se reconhecer que o sujeito lesado pode dispor da própria vida, então viver uma vida indevida não é, em última instância, um desejo seu? O que se seguirá? A aplicação o instituto da culpa do lesado?

⁵² Recorde-se a provocação lançada, há já três lustros, por GIULIO PONZANELLI: «quanto é que há de científico e quanto de ideológico-cultural na responsabilidade civil do terceiro milénio?» – “La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale”, *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, 2008, 681-689, 681. O resultado que rejeitamos aproxima-se de um uso ideológico da responsabilidade civil.

⁵³ Sobre a proteção do próprio contra si mesmo, veja-se DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A relação da pessoa consigo mesma”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, 139-145.



Como parece evidente, estaríamos a traçar uma trajetória onde o sistema perderia toda a coerência e ficaria cativo de uma jurisprudência das emoções.

Apesar das críticas tecidas, bem tem andado o STJ quando recusa as pretensões dos próprios relativas à vida como dano.

6. A posição jurídica dos pais: wrongful pregnancy e dano existencial

I – Detenhamo-nos agora nos casos em que a pretensão quanto à «não existência» é deduzida pelos pais. A pergunta que se coloca é, agora, a seguinte: *a vida pode ser um dano para terceiros, maxime para os pais da criança nascida?*

Começemos pelos casos de *wrongful pregnancy*, desconhecidos em Portugal mas que foram, como vimos, as primeiras ações desta natureza em ordenamentos como a Alemanha e o Reino Unido.

A jurisprudência estudada permite documentar duas posições distintas. Na Alemanha parece dominar o entendimento segundo o qual a criança indesejada é um dano para os seus pais. Para além dos danos não patrimoniais associados à maternidade/paternidade indesejada, a vida indesejada é ainda um dano patrimonial, cujo *quantum* corresponde ao custo com o sustento da criança.

No Reino Unido, parece prevalecer um entendimento diverso. A vida de uma criança indesejada, quando saudável, nunca é um dano.



Já vida de uma *disabled child* pode constituir fundamento para uma pretensão indemnizatória.

II – Centremo-nos nos casos em que a vida concebida e nascida é saudável: nos casos, portanto, em que não existe *wrongful life* e onde não pode colocar-se em causa a frustração da possibilidade de abortar.

Entre nós, PAULO MOTA PINTO exclui, nestes casos, os danos não patrimoniais sofridos pelos pais com o nascimento da criança indesejada. Se a criança é saudável, o desejo de não ter sido pai ou mãe não releva juridicamente⁵⁴.

Assim é, com efeito. A existência do filho é constitutiva da relação mais estruturante da personalidade e à qual se reconhece maior dignidade e mais profunda dimensão ética: a maternidade/paternidade.

O seu valor ético-jurídico é objectivo: não depende da percepção do sujeito que é pai ou mãe. Em causa está sempre, portanto, um bem da personalidade, não um dano.

III – A esmagadora maioria dos casos de *wrongful pregnancy* resultam, como vimos nos exemplos jurisprudenciais, de erros médicos num processo de esterilização. Não se trata de casos que integram a margem de risco do processo adoptado (conhecido

⁵⁴ PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit., 766 e ss.



segundo a *legis artis*), mas de verdadeira incúria médica.

Existe, portanto, um ilícito (por regra contratual) que, naturalmente, não pode deixar de ter consequências. São elas as consequências próprias de um *ato médico inútil* ao qual está associado, ainda, um *dano existencial*.

IV – Com efeito, se bem atendermos, os erros na esterilização redundam na inutilidade do ato clínico praticado. São portanto, um *ato médico inútil*. Podemos aproximá-los, assim, daquelas hipóteses em que, por exemplo, é praticado um ato médico destinados a tratar uma doença que, afinal, não existe (por erro de diagnóstico) ou em que o protocolo clínico observado foi inadequado e irrelevante para o tratamento da doença existente (por incúria clínica, mau diagnóstico, má prática, etc.).

A inutilidade do ato médico gera (pelo menos) a obrigação de colocar o paciente na situação patrimonial em que estaria caso o ato não houvesse sido praticado (reembolso dos honorários e despesas hospitalares, reconstituição de perdas patrimoniais associadas à intervenção, incluindo lucros cessantes e danos de análoga natureza, etc.).

Do mesmo modo, a inutilidade do ato médico determina a atendibilidade do sofrimento físico associado à intervenção, outrora a coberto de um escopo terapêutico. Há, portanto, um dano à integridade física do paciente diretamente resultante da inutilidade do ato clínico. Tal fundamenta uma pretensão indenizatória autónoma e distinta face aos danos patrimoniais já indicados.



V – Para além do que fica dito, existe ainda *outra* pretensão atendível.

Como vimos, não é possível afirmar que a maternidade e a paternidade sejam uma ofensa à personalidade. Impede-o a natureza profundamente ética da relação em presença. A maternidade e a paternidade são bens de personalidade – nunca danos –, não sendo, portanto, possível identificar, em tal circunstância, a ofensa a um concreto direito de personalidade.

Contudo, a inutilidade do ato médico em presença está associada à frustração de uma *auto-determinação existencial* que não pode deixar de ser relevante no plano ressarcitório.

VI – Com efeito, ao ato médico em presença está associada a uma *dimensão existencial* estranha a outras intervenções médicas.

A paternidade/maternidade são bens de personalidade, sim, mas a ninguém podem ser impostos. Há uma auto-determinação existencial profunda na decisão de querer ou não querer ser pai ou mãe: aí se joga o modo como o próprio sujeito se concebe e define.

O ato médico em causa foi procurado e solicitado como meio dessa *auto-determinação* existencial, frustrada pela inutilidade clínica da intervenção. Esta *dimensão existencial* associada à intervenção clínica em causa não é estranha à responsabilidade civil, mesmo quando fundada num ilícito contratual.



Pode aqui ser útil a noção de *dano existencial*⁵⁵: o que está em causa não é a ofensa a um bem jurídico individualizado, mas a frustração de uma auto-determinação existencial, subjacente a esta concreta relação médico-paciente.

Este dano existencial fundamenta uma pretensão indemnizatória própria, de natureza não patrimonial, a arbitrar segundo juízos de equidade, no contexto da responsabilidade contratual do médico.

Sublinhe-se: este dano existencial nada tem que ver com a vida da criança indesejada nem com a paternidade/maternidade *qua tale*. Tem que ver, outrossim, com a ablação de uma «decisão de vida», com uma profunda dimensão existencial, a que o Direito não pode ser indiferente.

VII – Questão diversa é saber se, nestes casos, podem os pais formular ainda alguma pretensão indemnizatória correspondente aos danos patrimoniais com o sustento da vida indesejada (ainda que saudável).

PAULO MOTA PINTO não o exclui⁵⁶. O «*dano do planeamento familiar*» abrange, para o autor, as perdas patrimoniais associadas ao sustento da vida indesejada (ainda que saudável). O que se excluiu são os danos não patrimoniais fundados «*tão-só no nascimento de*

⁵⁵ Tal como a desenvolve MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Nos 40 anos do Código Civil português – tutela da personalidade e dano existencial”, *Forjar o Direito*, 2015, 293-320.

⁵⁶ PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit., 750 e ss. e 765.



uma criança saudável»⁵⁷.

VIII – Não podemos acompanhar.

A vida do outro nunca pode ser um dano. Por mais que se procure evitar esta qualificação, a verdade é que considerar o sustento de uma criança como um dano patrimonial é considerar dano a dimensão mais básica e material da sua existência. Não se pode dizer que a vida não é um dano, mas o seu sustento sim... Na sua crueza: se o seu sustento é um dano, a vida sustentada não pode deixar de o ser.

Esta fronteira, cremos que o *jus civile* não pode ultrapassar.

IX – Em síntese, nos casos de *wrongful pregnancy* – nos quais não se discute a frustração da possibilidade de evitar a gravidez e a criança nasce saudável –, a responsabilidade civil médica abrange a obrigação de indemnizar (i) os danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da inutilidade de um ato médico; atendo ainda (ii) ao dano existencial associado ao ilícito em presença, correspondente à frustração de uma auto-determinação existencial, estranha a outros casos de inutilidade do ato médico.

Ficam excluídas quaisquer pretensões indemnizatórias correspondente ao sustento da vida indesejada, bem como aqueles que procurem ver na maternidade/paternidade uma ofensa à integridade moral dos sujeitos.

⁵⁷ PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit.,750.



7. Cont.: os casos de *wrongful birth* e *wrongful life*

I – Detenhamo-nos, agora, nos casos de *wrongful birth* e *wrongful life*.

Como sublinhámos a *differentia specifica* deste grupo de casos reside em ter sido obliterada a possibilidade de abortar, quando tal prática não era punida pela lei penal, tendo daí resultado uma vida deficiente.

Só é possível conceber a vida como dano, nos casos de *wrongful birth*, se se conceber a existência de um direito subjetivo ao aborto ou, pelo menos, se se vir no aborto um ato lícito.

A jurisprudência mais recente do STJ aponta, como vimos, para a existência de um dano correspondente à frustração da possibilidade de abortar. O aborto, quando não punido por lei, é visto como uma posição de vantagem (mesmo quando se quer evitar a qualificação técnica como *direito subjetivo*), lesada pelo erro de diagnóstico pré-natal.

Daqui não se retiram consequências contra os pais (vendo no aborto um *dever* ou um *onus*)⁵⁸. É também tendencialmente irrelevante saber qual teria sido a opção da mulher (abortar ou não): basta, para fundar uma pretensão indemnizatória, a frustração dessa possibilidade da qual resultou o nascimento de uma vida deficiente

⁵⁸ PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit., 752.



que, fosse outra a conduta do médico, teria estado à mercê da auto-determinação da mãe, quanto ao seu efetivo nascimento.

II – Como bem recorda PAULO MOTA PINTO, «*o espaço para tal indemnização depend[e] da licitude da interrupção*»⁵⁹. Sucede, porém, que o aborto é sempre um ilícito civil⁶⁰ e convém recordar, uma vez mais, que é de responsabilidade civil que tratamos.

Não pode ser concebido como um dano em sentido técnico-jurídico a impossibilidade ou o obstáculo criado à prática de um ato ilícito. Tal seria tão inconsistente quanto qualificar como dano, por exemplo, a frustração da possibilidade de o devedor não cumprir um contrato, vendo na possibilidade de *incumprimento* (porque não punido por lei penal) a frustração de um interesse do devedor juridicamente atendível (o direito a não cumprir).

Contra o que vem sendo a orientação jurisprudencial conhecida, a responsabilidade civil médica não abrange a vida nascida, que podia ter sido abortada.

III – Poder-se-ia identificar aqui, também, um *dano existencial*, correspondente à frustração um espaço de liberdade correspondente à possibilidade de abortar? Não haverá analogia

⁵⁹ PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de «nascimento indevido» ...” cit., 751.

⁶⁰ Com referências, cfr. o nosso “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (*Teilrechtsfähigkeit*)” cit.



com o que sustentámos quanto à dimensão existencial associada à inutilidade do ato médico, nos casos de *wrongful pregnancy*?

A decisão de não gerar vida não é juridicamente comparável à decisão de abortar. A licitude da primeira, e sua natureza performativa, permite equacionar a presença de um dano correspondente à frustração de uma auto-determinação lícita da existência. A ilicitude da segunda, exclui esta possibilidade.

A frustração da possibilidade de abortar não configura, portanto, um dano em sentido técnico-jurídico.

IV – Quanto à condição deficiente da vida nascida, não conseguimos acompanhar o entendimento da causalidade normativa proposto pela jurisprudência, a que já aludimos.

Reitere-se: o erro médico (*lato sensu*) não é causa normativa da deficiência e, por isso, não pode ser imputado ao médico o custo associado à deficiência da vida nascida. Estaríamos para além dos fins de *justiça corretiva* da responsabilidade civil.

V – Isto posto, não deixa de existir responsabilidade pela má prestação do serviço médico, com todas as consequências que daí se devem retirar. Nelas não se incluem, porém, o sustento da vida indevida nem da sua condição deficiente.

No entanto, já estão a coberto do nexo de causalidade normativa outros danos, associados à condição deficiente da vida nascida, decorrente da não informação atempada da condição clínica da criança ou do erro de diagnóstico.



No cenário hipotético a ter em conta na fixação da indemnização, o intérprete-aplicador não pode considerar o resultado da prática do aborto, dada a sua ilicitude, mas pode e deve considerar o cenário hipotético resultante do não aborto. Ou seja: os comportamentos lícitos que podiam ter sido tomados para minorar o impacto da vida deficiente na realidade familiar e que o não foram, porque a deficiência não foi conhecida (ou não foi conhecida em tempo devido).

Pense-se, por exemplo, no impacto psicológico da ausência de preparação da família para a situação que se encontra a viver, com os graves transtornos psiquiátricos por vezes envolvidos e não mitigados (sendo que a informação atempada é, na experiência comum, um importante factor de mitigação do sofrimento). Ou nas opções de organização pessoal, profissional e familiar que não foram tomadas atempadamente, ou que foram e não seriam caso a condição deficiente tivesse sido conhecida: mudança de emprego, decisões de investimento/desinvestimento, local de residência, contratação de auxílio profissional, etc.

Também aqui – e restringido a estes aspetos – a noção de dano existencial pode ajudar a densificar as consequências do ilícito (ainda que contratual).

VI – Algumas das pretensões surgidas neste cenário podem cruzar-se com outros aspectos da responsabilidade médica, alheios à *wrongful life*. Pense-se, por exemplo, nos tratamentos intra-uterinos que podiam ter sido realizados para minorar a condição padecente da vida nascida (excluído que seja do cenário hipotético do aborto), ou para facilitar os seus cuidados.



Do mesmo modo, algumas destas pretensões podem configurar danos próprios da criança nascida com deficiência, incluindo *danos relacionais*, na medida que a perturbação da integridade moral dos pais se possa refletir na relação com o filho e na sua própria personalidade.

Fora destas hipóteses, cremos, estamos já para além das fronteiras da responsabilidade civil.

Diogo Costa Gonçalves

