



Luís Duarte Baptista Manso

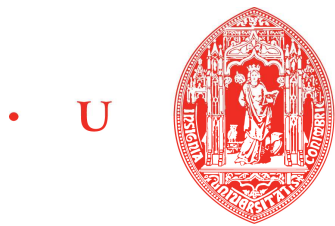
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NOS CUIDADOS DE SAÚDE REPRODUTIVA: A GINECOLOGIA-OBSTETRÍCIA OS DEVERES DE INFORMAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO PROFISSIONAL

Tese de Doutoramento em Direito, na Área de Especialização em Direito Civil,
orientada pelo Senhor Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Luís Duarte Baptista Manso

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NOS CUIDADOS DE
SAÚDE REPRODUTIVA: A GINECOLOGIA-OBSTETRÍCIA**

OS DEVERES DE INFORMAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO PROFISSIONAL

Outubro/2014

AGRADECIMENTOS

No âmbito da investigação realizada, importa endereçar um especial um agradecimento ao Senhor Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro, orientador da presente dissertação de Doutoramento, pelos ensinamentos e conselhos prestados, que, na verdade, constituíram um elemento fundamental e de enorme valia para um estudo adequado e completo do tema e da execução diligente das respectivas actividades do plano de trabalhos.

Por outro lado, deixe-se, aqui, igualmente, uma palavra de apreço ao Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira e ao Centro de Direito Biomédico, instituição da qual sou investigador e membro associado, e que sempre concedeu uma importante estrutura formativa e académica em sede de Direito Médico e Bioética.

A este propósito, nota de agradecimento segue, ainda, para os Departamentos de Ginecologia-Obstetrícia, Unidades de Medicina da Reprodução e Medicina Materno-Fetal, e Centros de Criopreservação de Gâmetas e Células Estaminais em que fui recebido, e cuja deslocação permitiu, como tal, apurar, de modo imediato, o respectivo funcionamento e operacionalidade dos serviços.

Doutro passo, cumpre legar um reconhecimento aos profissionais da Sala do Catálogo, de Leitura e de Revistas da Faculdade de Direito, e da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, pela prontidão, empenho e disponibilidade, invariavelmente, oferecidos.

Finalmente, merece, ainda, uma referência premente a Fundação para a Ciência e a Tecnologia, pela concessão da Bolsa de Investigação de Doutoramento, financiada pelo QREN-POPH - Tipologia 4.1 - Formação Avançada, comparticipada pelo Fundo Social Europeu e por Fundos Nacionais do MEC.

ABREVIATURAS

ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ACES – Agrupamentos de Centros de Saúde
ACOG – American Congress of Obstetricians and Gynecologists
ADM – Assistência na Doença aos Militares
ADSE – Protecção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas
APB – Associação Portuguesa de Bioética
Art.º – Artigo
Art.ºs – Artigos
ASRM – American Society for Reproductive Medicine
BC – Bulletin Civil
BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
BGH – Bundesgerichtshof
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
BVerfGe – Bundesverfassungsgericht
CDHBio – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
CDPN – Centros de Diagnóstico Pré-Natal
CDTPN – Centros de Diagnóstico e Terapêutica Pré-Natal
Cfr. – Conferir
CGH – Hibridação Genómica Comparativa
CJ – Colectânea de Jurisprudência
CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
CORE – Comment on Reproductive Ethics
CPAS – Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores
CRP – Constituição da República Portuguesa
DGPI – Diagnóstico Genético Pré-Implantação
DGS – Direcção-Geral da Saúde
DGSI – Direcção-Geral dos Serviços de Informática
DIU – Dispositivo Intra-Uterino
DPN – Diagnóstico Pré-Natal
DR – Danno e Responsabilità

DR – Diário da República
EUA – Estados Unidos da América
FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FI – Il Foro Italiano
FISH – Fluorescence in Situ Hybridization
FIV – Fertilização in Vitro
FSH – Follicle-Stimulating Hormone
GIFT – Gamete Intrafallopian Transfer
GnRH – Gonadotropin-Releasing Hormone
GP – Gazette Du Palais
HFEA – Human Fertilisation and Embryology Authority
HFE Act – Human Fertilisation and Embryology Act
HGC – Human Genetics Commission
HLA – Human Leukocyte Antigen
IA – Inseminação Artificial
ICSI – Injecção Intracitoplasmática
JCP – Juris-Classeur Périodique
Ob. cit. – Obra citada
OGH – Oberster Gerichtshof
OMS – Organização Mundial de Saúde
Pág. – Página
Págs. – Páginas
PCR – Polymerase Chain Reaction
PMA – Procriação Medicamente Assistida
Por ex. – Por exemplo
RCDL – Rivista Critica di Diritto del Lavoro
RCP – Responsabilità Civile e Previdenza
RD – Recueil Dalloz
RDCDGO – Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
RL – Recueil Lebon
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RTDC – Revue Trimestrielle de Droit Civil
SAMS – Serviços de Assistência Médico-Social

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial
SART – Society for Assisted Reproductive Technology
SIU – Sistema Intra-Uterino
SNS – Serviço Nacional de Saúde
SPDC – Sociedade Portuguesa da Contraceção
SPG – Sociedade Portuguesa de Ginecologia
SPMR – Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução
ss. – Seguintes
STA – Supremo Tribunal Administrativo
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
STS – Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TET – Tubal Embryo Transfer
UCC – Unidades de Cuidados na Comunidade
UCSP – Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados
URAP – Unidades de Recursos Assistenciais Partilhados
USF – Unidades de Saúde Familiar
V. – Ver
Vol. – Volume
ZIFT – Zygote Intrafallopian Transfer

RESUMO

No Ordenamento Jurídico Português, a prestação de Cuidados de Saúde obedece a regulação legal ditada pelo Direito, sendo que, no âmbito do exercício da actividade médica, a respectiva violação das normas legais pode, como tal, determinar o apuramento de Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar.

De facto, o trabalho de investigação em apreço convoca as problemáticas ético-jurídicas e de teor jurisprudencial e doutrinal, em Direito Civil, respeitantes aos Cuidados de Saúde Reprodutiva e à especialidade de Ginecologia-Obstetrícia.

Neste sentido, procurou efectuar-se, desde logo, uma análise do contexto legal e dogmático que permeia o instituto da Responsabilidade Civil em termos gerais e a sua emergência e consolidação no espaço actuante da prática médica.

Além disso, foi gizada uma referência premente ao Direito à Informação do paciente em sede de actos médicos e à competente formulação doutrinal e estrutura jurídica da figura do Consentimento Informado, a par com o regime legal de acesso ao Processo Clínico.

No que tange aos Cuidados de Saúde Reprodutiva, a dissertação contempla um traçado das questões jurídico-civilísticas e elementos doutrinários inscritos no terreno do Planeamento Familiar, da Medicina Materno-Fetal e Diagnóstico Pré-Natal, e da Procriação Medicamente Assistida e Diagnóstico Genético Pré-Implantação.

A este propósito, foi legado um estudo exaustivo do enquadramento e orientação jurisprudencial e doutrinal, em Direito Interno e Direito Comparado, das acções de Responsabilidade Civil por violação do dever de informação em Diagnóstico Pré-Concepcional, DPN e DGPI.

Por outro lado, o presente trabalho mereceu, ainda, a investigação do papel da Responsabilidade Civil no âmbito de lesões à integridade física e vida, relativamente a intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos nos Cuidados de Saúde Reprodutiva e Medicina Pré-Natal.

Finalmente, realizou-se, também, um apontamento crucial no domínio da Responsabilidade Civil em Ginecologia Oncológica e PMA, e, bem assim, quanto à aplicação da doutrina da *Perda de Chance* nas hipóteses de falha de diagnóstico de patologia neoplásica, de incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação de informação de determinado procedimento, e em respeito a exames e técnicas de PMA.

ABSTRACT

In the Portuguese Legal System, the provision of health care must comply with the legal regulation dictated by law, being that, in the exercise of medical activity, the violation of legal norms may, therefore, determine the establishment of Tort, Criminal, and Disciplinary Liability.

The PhD research work in question refers to the ethical-legal, jurisprudential and doctrinal issues, in Tort Law, concerning Reproductive Health Care and the specialty of Obstetrics and Gynaecology.

In this sense, it sought to be made, first, an analysis of the legal and dogmatic context that permeates Tort Liability in general terms and its emergence and consolidation in the working field of medical practice.

Furthermore, it was held an important referral to the Right to Information of the patient in medical care and the appropriate doctrinal formulation and legal structure of the figure of Informed Consent, together with the legal regime of access to Medical Records.

With respect to Reproductive Health Care, the dissertation includes a section on civilistic-legal subjects and doctrinal elements attached to the areas of Family Planning, Maternal-Fetal Medicine and Prenatal Diagnosis, and Medically Assisted Reproduction and Preimplantation Genetic Diagnosis.

Regarding to the foregoing, an exhaustive study was conducted about the framework and position of jurisprudence and doctrine, in Internal Law and Comparative Law, of Tort Liability actions for breach of the duty of disclosure in Preconception Diagnosis, Prenatal Diagnosis and Preimplantation Genetic Diagnosis.

On the other hand, the present work has incorporated a research of the role of Tort Liability in the domain of physical integrity and life injuries arising from medical-surgical treatments or interventions in Reproductive Health Care and Prenatal Medicine.

Finally, it was also made a crucial mention of Tort Liability in Oncologic Gynaecology and Medically Assisted Reproduction, as well as, the application of the *Loss of Chance* doctrine in cases of failure in cancer diagnosis, failure of compliance or defective compliance in disclosing information about certain procedure, and in performing medical examinations or Assisted Reproductive Techniques.

PARTE I
O DIREITO MÉDICO E A AUTODETERMINAÇÃO DO
PACIENTE NOS CUIDADOS DE SAÚDE

CAPÍTULO I
A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. O Percurso Evolutivo da Medicina e a Consolidação da Responsabilidade Médica

A Medicina é hoje profundamente especializada, dotada de um considerável suporte tecnológico que lhe vem permitindo, cada vez mais, incrementar a sua eficácia e alcançar resultados extraordinários, outrora impensáveis ou longínquos, atento, todavia, neste passo, o direito de cada paciente estar devidamente informado dos procedimentos e terapêuticas em apreço e, em face dos mesmos, proceder à competente decisão, em respeito pleno pela sua autonomia no quadro específico dos cuidados de saúde.

Por outro lado, a actuação do médico é ainda demarcada ou circunscrita pelo cumprimento de determinada regulação jurídica, em termos gerais e nos diversos sectores, assim legitimando e afiançando a cada indivíduo a protecção do Direito quanto ao apuramento, em casos que tais, de eventual responsabilidade médica.

Importa referir, no entanto, que tal contexto surge em corolário de um longo processo evolutivo, com um traçado secular, que não apenas conduziu a uma inversão da posição paternalista do médico relativamente ao paciente, como também a uma progressiva abertura para a punição do médico que exerça a sua actividade em violação das normas legais e contra os domínios próprios das *leges artis*.

Com efeito, os primeiros passos em direcção à responsabilidade pela má prática da arte médica surgem, no período da Antiguidade, no século XVIII a.C., designadamente pelo Código de Hammurabi (1790-1750 a.C.), que, nos seus art.^{os} 218.º a 220.º, estabelecia, em situações concretas, as sanções respectivas, fazendo evidenciar, contudo, um pendor objectivista, que analisava apenas o resultado da intervenção do médico, como se de um contrato de empreitada se tratasse, dispensando-se, assim, o requisito da culpa, tal-qualmente o conhecemos no cenário jurídico hodierno, e que só séculos mais tarde viria a assumir primazia¹.

¹ Cfr. Art.º 218.º, do Código de Hammurabi, que dita, genericamente, que, se um médico, com uma lanceta de bronze, tratar uma ferida grave de um homem livre e produzir a sua morte, ou abrir uma incisão (para a extracção) de um tumor e o olho seja destruído, as suas mãos deverão ser amputadas (cortadas); Art.º 219.º, Código de Hammurabi, se um médico, através de uma lanceta de bronze, tratar uma ferida grave a um escravo de um homem livre, e determinar, assim, a sua morte, deverá dar um outro escravo por esse escravo; Art.º 220.º, do Código de Hammurabi, se ele abriu uma incisão com a lanceta de bronze (para a extracção) de um tumor e o olho tenha sido cortado, somente será paga em prata a metade do valor do escravo; MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 50 e 51; CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico, Enfoque para el Siglo XXI*, J.M. Bosh Editor, 2003, pág. 27; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC, Coimbra, 2012, págs. 13 e 14, nota de rodapé 3.

Na realidade, até ao século V a.C., a Medicina comportava a sua função de arte, num tom híbrido sito entre a religião e o mito, sendo executada por sacerdotes ou indivíduos, que, não raras vezes, se proclamavam imbuídos de dom divino, e que, de forma autoritária e rígida, transmitiam, sem margem de contestação, as suas directrizes terapêuticas aos pacientes².

Ora, é precisamente nesta fase, já em torno do século IV a.C., que a Medicina, não abandonando, porém, o conceito de arte, principia a ganhar moldes de ofício, sobretudo na Grécia Antiga, com Hipócrates, que legou escritos de relevo na área da saúde, que compreendem o chamado “*Corpus Hippocraticum*”, e cujo juramento ou código de ética, de influência do pensamento de Pitágoras, prenuncia uma clara defesa do princípio da beneficência, buscando-se, invariavelmente, como escopo último, ajudar o paciente, protegendo-o de acometimentos físicos ou danos.

De facto, a importância de Hipócrates na história da Medicina revela-se incontornável a vários níveis, desde logo, porque, em certo passo, acaba por lhe conferir não apenas um carácter marcadamente científico, como, outrossim, introduz e delimita a esfera actuante da conduta do médico, através de princípios de cariz deontológico, cuja força e vigor perduraram, em grande extensão, até ao século XXI.

Tratava-se, não obstante, de uma medicina paternalista, vertical, onde o paciente se encontrava, em regra, privado de qualquer informação ou esclarecimento, sendo assegurada a sua participação somente como mecanismo de viabilização da actuação do médico, que assim, acoberto de uma relação de confiança, seria o detentor do conhecimento e, como tal, determinava, em absoluto, o tratamento ou procedimento necessários³.

Na Civilização Egípcia Antiga, os médicos pertenciam à classe religiosa ou sacerdotal, pelo que o exercício da concernede arte deveria respeitar os parâmetros e regras previstas no *Livro Sagrado* de Hermes, aí figurando diferentes cominações na hipótese de desobediência, como seja, até mesmo a pena de morte. Em rigor,

² Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Fim da «Arte Silenciosa»*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2005, págs. 105 a 108, acentuando o “carácter sagrado da profissão médica”.

³ Cfr. RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986, págs. 61 a 63; TOM L. BEAUCHAMP e JAMES F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 7ª Edição, Oxford University Press, 2013, págs. 204 a 226, que analisam o princípio da beneficência, distinguindo-o da não maleficência, apontando os seus elementos de colisão relativamente à autonomia do indivíduo; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2010, pág. 167, que destaca que, “In the past, doctors were under no duty at all to provide their patients with information about their prognoses, or the advantages and disadvantages of different treatments.”; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, 5ª Edição, Penguin Books, 2011, págs. 61 a 70.

salvaguardadas situações pontuais, de não cooperação do paciente, que poderiam libertar o médico de qualquer responsabilidade, a fiel anuência e seguimento deste aos termos e ditames impostos nesse livro, garantia-lhe uma total impunidade⁴.

Em respeito já ao Direito Romano, a noção de responsabilidade, em termos gerais, surge, desde logo, com um carácter essencialmente penal ou até religioso, impondo sanções desprovidas de qualquer finalidade ressarcitória. De forma gradual, contudo, abandonando o sentido primário da vingança privada, e com a Lei das XII Tábuas, a responsabilidade civil começa a desenhar-se e a tomar contornos de autonomia, sendo a aprovação posterior da *Lex Aquilia de Damno*, plesbicitu rogado pelo Tribuno Aquilius, em data que se julga sita entre 287 ou 286 a.C., o momento efectivo da consolidação do sentido indemnizatório na reparação do dano, em virtude da ofensa a *Delicta* tipificados, concedendo-se, igualmente, espaço ao princípio da culpa, ainda que incorporado no plano da *iniuria* ou ilicitude⁵.

Por seu turno, em Roma, o exercício incorrecto da arte médica era igualmente objecto de regulação e conseqüente aferição de responsabilidade jurídica, uma vez decorrendo falta de perícia ou destreza. Não obstante, o escasso elenco de situações concretas, no âmbito legal, convidava a uma frequente impunidade dos médicos⁶.

Na Idade Média, a Medicina acompanha o seu timbre sagrado, atingindo, na óptica de Guilherme de Oliveira, a sua feição mais autoritária, sobretudo porque exercida pelos monges, cuja vida era habitualmente regida por padrões de extremo rigor

⁴ Cfr. MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 53; CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico*, ob. cit., pág. 28; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, págs. 28 e 29.

⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, Almedina, 2010, págs. 291 a 308; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade Subjectiva, Responsabilidade Objectiva e Sistemas Securitários de Compensação de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, págs. 559 a 561; SANTOS JUSTO, *Lex Aquilia*, in *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume I, Coimbra Editora 2006, pág. 22, refere que, “a *iniuria* passou a ser constituída por dois elementos: um, objectivo, caracterizado pela antijuridicidade; o outro, subjectivo, marcado pela voluntariedade censurável (*culpa*).”; SANDRO SCHIPANI, *Contributi Romanistici al Sistema Della Responsabilità Extracontrattuale*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, págs. 63 a 84, a propósito do problema da culpa na *Lex Aquilia*.

⁶ Cfr. MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 51 a 53, referindo o criticismo de Plínio em face da não responsabilização dos médicos; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 15 e 16; JOSEP CORBELLA i DUCH, *Responsabilidad Civil de los Centros Sanitarios*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 37, que indica que a Medicina em Roma era executada por escravos gregos, servos e libertos, acrescentando que, na época Imperial, a *Lex Aquilia* admitia a pretensão de indemnizações em virtude de lesões causadas de forma negligente, portanto, sem dolo ou carácter intencional.

e hierarquia⁷. Em abono da verdade, grande parte dos textos escritos resultavam de uma imediata aplicação dos pressupostos defendidos nas obras de Hipócrates, ressaltando-se, destarte, a clara posição paternalista daí advinda, e não se registando, além disso, grandes avanços científicos⁸.

Ora, numa fase inicial, até ao princípio do século XIII, tratava-se, em regra, de uma medicina religiosa, sendo que o Direito Canónico previa o apuramento de responsabilidade do médico, em circunstâncias de prática negligente ou por falta dos conhecimentos devidos, embora, as mais das vezes, restrita a sanções de cariz religioso ou moral. A partir desta data, com o despontar da medicina laica, surgem também algumas regulações da actividade médica, pelo que importa referir, no caso de Castilha (Espanha), o *Fuero Real*, no século XIII, com uma distinção entre médicos (*físicos*) e cirurgiões (*maestros de las llagas*), e sob a epígrafe “*De los Físicos y de los Maestros de las Llagas*”, e o texto normativo *Las Partidas*, que compreende a aplicação de penas por força de actuação médica não diligente⁹.

De todo o modo, o período da História Medieval não trouxe significativos avanços em respeito à Antiguidade, seja no plano técnico, seja na posição do paciente na relação médica, uma vez que este permaneceu alheado da competente informação em cada um dos actos ou procedimentos em jogo, devendo obedecer às indicações proferidas pelo médico, que assim manteve uma supremacia paternalista, que só viria a conhecer novo cenário em finais do século XVII e, concretamente, no século XVIII, com o Iluminismo e a prossecução de valores defensores do indivíduo, da sua liberdade e conhecimento, propulsionados, *inter alia*, por René Descartes, John Locke e, mais tarde, Francis Hutcheson e Immanuel Kant, que preconizou a teoria do *idealismo transcendental* ou formal.

No campo da saúde, destaque-se o revolucionário Benjamin Rush, tido como “American Hippocrates”, que, não se pronunciando, na verdade, sobre a existência de um consentimento informado, considerou, ainda assim, que o médico deveria conceder ao paciente certa informação, nomeadamente de forma instrutiva, buscando afiançar, por essa via, uma obediência inequívoca, rigorosa e imediata às suas orientações.

⁷ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 60 e 61.

⁸ Cfr. RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, ob. cit., págs. 63 e 64, referindo, a este propósito, Henri de Mondeville, um proeminente médico desta época, fiel ao traçado estabelecido por Hipócrates.

⁹ Cfr. CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico*, ob. cit., pág. 31; MANUEL ÁNGEL DE LAS HERAS GARCÍA, *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica*, Tomo I, Editorial Dykinson, S.L., 2005, págs. 12 e 13.

Em traçado próximo, refira-se John Gregory, Professor de Medicina na Universidade de Edinburg, que preconizava que o médico tinha como obrigação fundamental, na sua actuação, o princípio da beneficência, acompanhado de valores como a honestidade, a verdade e a abertura para o diálogo, embora alertando que determinada patologia ou condição física ou psíquica do paciente poderiam, como tal, motivar daquele uma particular precaução ou tacto na comunicação de certos elementos acerca do seu estado de saúde. Por outro lado, nota de relevo, ainda, para Thomas Percival, que, em certo passo, seguiu as pisadas de John Gregory, tendo ficado célebre pela sua obra “Medical Ethics”, publicada em 1803¹⁰.

Quanto ao enquadramento jurídico, a Revolução Francesa, em 1789, impulsionada pelos ideais Iluministas, acabaria por desaguar no Código Napoleónico, actual *Code Civil*, publicado no período Contemporâneo, em 1804, e com forte peso de Jean Domat, que introduziu a noção de *faute* (culpa), e de Pothier. De facto, o art.º 1382.º, que ainda hoje vigora, é um expoente máximo da responsabilidade civil, e colocava a *faute* (culpa) como critério ou requisito singular de imputação delitual.

No século XIX, no Direito Alemão, com Jhering, o princípio da culpa conhece novos contornos, pelo que o apuramento de responsabilidade civil, afastando-se do Sistema Jurídico Francês, consagra um elemento bipartido centrado na *ilicitude*, ou seja, na violação das respectivas normas ou disposições jurídicas, e na *culpa*, enquanto censura ético-jurídica à conduta do agente, construção dogmática esta que viria a ser acolhida no Código Civil Alemão (BGB), permanecendo até à actualidade¹¹.

Por sua vez, no que tange ao palco médico, do século XIX até meados do século XX, *maxime*, com o sustentáculo trazido pela revolução industrial e, posteriormente, com as inovações terapêuticas, que, a par e passo, culminaram numa continuada medicalização de muitas patologias, a arte de curar conhecia agora um novo fôlego ou arrimo, alcançando vectores de prestígio e superioridade paternalista, recuperando ou fazendo perdurar traçados próprios da era Hipocrática.

A este propósito, Rute Teixeira Pedro refere, inclusive, que a importância da classe médica afirmava-se com tal premência, que a decisão da Academia de Medicina de Paris, de 1829, ao afirmar a responsabilidade dos médicos exclusivamente a título

¹⁰ Cfr. RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, ob. cit., págs. 64 a 74.

¹¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, ob. cit., págs. 317 a 334; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade Subjectiva, Responsabilidade Objectiva e Sistemas Securitários de Compensação de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde*, ob. cit., págs. 562 a 565.

moral, rasgando com outras formas de responsabilidade, foi precursora de uma considerável e gradativa imunidade ou “intocabilidade” desses profissionais, cujo *standard* de exigência acabou por diminuir no período subsequente, abrindo caminho a um estágio de aparente indulgência no âmbito da má prática médica, salvaguardados apenas os casos de culpa grave¹².

Na verdade, este cenário, traduzido, por um lado, numa desenfreada busca pelo conhecimento científico, aliada a uma aparente liberdade de actuação, tornou a Medicina fortemente interventiva e invasiva, pelo que, sobretudo a partir da entrada no século XX, despertou no paciente a necessidade de mais precaução quanto à realização de determinados procedimentos, figurando, portanto, um crescendo interesse deste sobre os métodos e técnicas a serem aplicados, antevendo-se, como tal, uma fragilidade notória na relação de confiança e o início do primado da autonomia nos cuidados de saúde¹³.

De facto, o momento de viragem na relação médico-paciente toma lugar na sequência dos ensaios e intervenções científicas abusivas levados a cabo em seres humanos, rotundamente violadores da autodeterminação e da integridade pessoal e moral do indivíduo. Cumpre, aqui, salientar as atrocidades, a esse nível, cometidas nos campos de concentração Alemães, na Segunda Guerra Mundial, que constituíram crimes julgados no Tribunal de Nuremberga, dando origem, em momento posterior, ao Código de Nuremberga, em 1947, onde se plasmam os direitos do paciente, designadamente, no que tange ao *consentimento voluntário* no terreno da experimentação médica.

Neste seguimento, em 1949, a República Federal Alemã publica a sua primeira Constituição, assegurando a promoção de valores afectos à dignidade do ser humano e o respeito pela sua personalidade jurídica¹⁴.

Por outro lado, após uma lenta evolução, que arranca, sobretudo, no século XIX, com traços dispersos e escassa univocidade conceptual, a figura do *consentimento* para a prática de actos médicos, enquanto mecanismo paradigmático da autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde, emerge, concretamente, em 1914, no litígio *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, pela voz do Juiz do Supremo Tribunal,

¹² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 29 e 30.

¹³ Cfr. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica 21, Coimbra Editora, 1996, págs. 7 e 8, referindo a dimensão duplamente “surpreendente” e “aterradora” dos inúmeros avanços da ciência no campo da manipulação biológica do ser humano.

¹⁴ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004, págs. 28 a 30 e 59 e 60; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, 2001, págs. 35 e 36.

Benjamim Cardozo, ao proferir, na competente decisão da causa, que, “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages.”. No entanto, só algumas décadas mais tarde, em 1957, se consagra, em rigor, a expressão *consentimento informado* ou esclarecido, no caso *Salgo v. Leland Stanford Jr.*, em que o Juiz Bray, responsável pela acção, decidiu no sentido de que os médicos tinham o dever de informação de “any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment.”¹⁵.

Com efeito, ante o exposto, facilmente se denota que o modelo paternalista, sagrado e quase místico da Medicina, perdeu o seu fulgor. A 2ª metade do século XX e o século XXI dão plenas mostras de que a relação médico-paciente é agora equilibrada, estando, profundamente, cristalizado o direito de cada indivíduo decidir, de modo esclarecido, o curso da sua saúde.

Doutro passo, a profunda especialização da Medicina, actuante em diferentes áreas, não foi alheia ao Direito, sendo que o legislador tem empreendido significativo labor, na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, procurando regular o acesso aos cuidados de saúde, a organização e funcionamento das unidades de saúde, a formação dos médicos e o exercício da sua actividade, assistindo, indelevelmente, ao cidadão a possibilidade de se socorrer da Responsabilidade Médica, na forma Penal, Disciplinar e Civil.

E, enquanto a expectativa na arte médica de curar o paciente foi subindo de tom, facto é que a tolerância do mesmo à falha ou à *mala praxis* se revelaram cada vez mais diminutas, convidando, não raras vezes, a uma medicina defensiva e cautelosamente direccionada.

Na realidade, o médico do século XXI tem hoje uma tarefa difícil, porventura mais drástica, porquanto o diagnóstico, o tratamento e o prognóstico não contam mais com a ajuda divina de outros tempos. Além disso, existe abertura para a crítica e para a desilusão, e a eventual responsabilidade pelo exercício incorrecto da sua actividade ser-lhe-á directamente imputável¹⁶.

¹⁵ Cfr. RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, ob. cit., págs. 123 a 132.

¹⁶ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 18 a 20; GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Fim da «Arte Silenciosa»*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 108 e 109, que refere que, “Os Deuses, cansados de suportar por inteiro o cuidado dos homens,

2. A Responsabilidade Médica no Século XXI

2.1. A Dimensão Tripartida da Responsabilidade Médica: Penal, Disciplinar e Civil

No Ordenamento Jurídico Português, o entendimento doutrinal sobre a responsabilidade médica nem sempre se revelou unânime ou consensual, destringando-se, a este propósito, três posicionamentos.

O primeiro situava-se na defesa da absoluta *irresponsabilidade* dos médicos, assente na valência atribuída pelo prestígio e idoneidade da carta de curso, sem prejuízo dos obstáculos que a punição do médico traria à dinâmica evolutiva da ciência, e, por agravo, ao próprio paciente, além da evidente dificuldade de prova em sede processual, que implicaria o recurso a concepções de ordem técnica, inviabilizando qualquer aferição de responsabilidade.

No segundo traçado, admitia-se a responsabilização dos médicos na hipótese de culpa grave, existindo dolo ou *má fé*, estando, assim, descartados casos de mera negligência.

A manifesta incongruência e desadequação destas duas concepções ditou o seu insucesso, remetendo para o plano principal a doutrina que hoje se aceita e que defende a admissibilidade total da responsabilidade do médico, uma vez preenchidos, naturalmente, os competentes requisitos para o seu apuramento¹⁷.

E se, em rigor, na última década do século XX, o número de acções de responsabilidade médica crescia de forma gradual, certo é que, no século XXI, tem-se verificado uma significativa litigância nos Tribunais Portugueses, sobretudo, nas especialidades de Ginecologia-Obstetrícia, Medicina Plástica e Anestesiologia.

Com efeito, no âmbito da *jurisdicização* da Medicina, fortemente regulada, o médico está hoje sujeito a responsabilidade penal, disciplinar e civil¹⁸.

A *responsabilidade penal* reconduz-se aos princípios dogmáticos de construção do facto punível em face de um tipo de ilícito criminal, previsto no Código Penal ou em legislação avulsa, a par, bem assim, com o direito adjectivo consagrado no Código de Processo Penal.

de assumir por junto a responsabilidade pela doença e pelas graças da cura, transferiram para os médicos o pesado ónus de tratar dos corpos.”

¹⁷ Cfr., de perto, nesta matéria, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *A Responsabilidade Civil do Médico*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, págs. 337 e 338.

¹⁸ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 19; também, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 38, referindo-se à “judicialização” dos actos médicos.

A *responsabilidade disciplinar* pode inserir-se dentro do espaço tutelar, deontológico e regulador da Ordem dos Médicos e dos Conselhos Disciplinares, sendo qualificada como *profissional*, e, portanto, aplicável a todos os médicos, obrigatoriamente, inscritos, atento o Estatuto Disciplinar dos Médicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto, e o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, previsto no Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro. Por outro lado, tratando-se de médico que exerça no *hospital público*, isto é, seja funcionário da Administração Pública, emerge uma responsabilidade disciplinar *administrativa*, sob égide do Direito Administrativo, e nos termos plasmados, v.g., no Estatuto do Médico, respeitante ao Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de Setembro, e no Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro. Finalmente, nas hipóteses de médico cuja prática da actividade ocorra numa clínica privada, tem lugar uma responsabilidade disciplinar *laboral*, coordenada pelos ditames epígrafados pelo Direito do Trabalho¹⁹.

No que tange à *responsabilidade civil médica*, a sua análise depende do espaço actuante, na medicina pública ou na medicina privada, apresentando-se, assim, distinto o tratamento dado pelo sistema jurídico numa ou noutra situação, ainda que concernente à mesma profissão e, neste passo, genericamente, à prática de acto médico equivalente ou similar²⁰.

De facto, é hoje doutrina maioritária, entre nós, aquela que entende que o médico que desempenhe as suas funções no hospital público, e, destarte, no Serviço Nacional de Saúde, pratica *actos de gestão pública*, estando sujeito ao regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, prevista na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, e julgada nos Tribunais Administrativos, exceptuadas as circunstâncias em que figure concomitante ilícito penal, em sede do qual, se tornam competentes os Tribunais Comuns, nos moldes preceituados no art.º 71.º, do Código de Processo Penal²¹.

¹⁹ Cfr. ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, págs. 165 a 172; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in *BMJ*, n.º332, 1984, págs. 23 a 30; LESSEPS LOURENÇO DOS REYS, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Série III, Vol. 5, n.º5, pág. 306.

²⁰ Cfr., para desenvolvimentos nesta temática, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade Civil do Médico que Actua no SNS e Responsabilidade Civil do Médico que Exerce uma Profissão Liberal. A Determinação do Regime Legal Concretamente “Aplicável”*, Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º10, 2008, págs. 161 a 179.

²¹ Cfr., no mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit, págs. 39 a 51, evidenciando que a tese em apreço, de actos de gestão pública, jaz, desde

Por sua vez, o exercício da actividade na medicina privada respeita aos domínios da responsabilidade civil por factos ilícitos, de imputação subjectiva, podendo verificar-se sob a forma extracontratual, delitual ou aquiliana, regulada nos art.^{os} 483.º e ss. e 562.º e ss., do Código Civil, ou contratual, negocial ou obrigacional, nos termos laminados pelos art.^{os} 562.º e ss. e 798.º e ss., do Código Civil, nada obstando ao cúmulo na mesma acção das duas responsabilidades, objecto de julgamento nos Tribunais Comuns²².

No âmbito da presente investigação, centraremos o respectivo estudo na responsabilidade civil em sede da medicina privada, sendo neste espaço que se desenlaçam importantes dilemas ético-jurídicos, que exigem uma profunda apreciação da construção dogmática e demais vectores deste instituto crucial do Direito Civil, sem prejuízo de referências prementes e justificáveis à medicina pública e, caso seja, ao regime jurídico aí prefigurado.

2.2. O Instituto da Responsabilidade Civil

2.2.1. Características Gerais e Finalidades

O instituto da responsabilidade civil, previsto nos art.^{os} 483.º e ss., do Código Civil, enquanto fonte das Obrigações, assente no princípio “*neminem laedere*” de

logo, no pressuposto de que, sendo os médicos funcionários do Serviço Nacional de Saúde, inexistirá qualquer margem para a liberdade contratual, não apenas dos próprios, como também pelo hospital. Ademais, uma razão de peso, além da prática da actividade com recursos e logística do hospital, e da ausência de contraprestação de honorários, reside no facto de que, por norma, não existe um processo de escolha de certo médico por parte do paciente, nem vice-versa; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, págs. 123 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, págs. 157 e ss.; RAFAEL VALE e REIS, *Responsabilidade Civil dos Médicos nos Estabelecimentos Públicos de Saúde – Origens Históricas*, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, págs. 289 e ss.; Em sentido contrário, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, ob. cit., págs. 48 a 51, consideravam, à altura, que a solução mais adequada, atento o direito positivo, era a da responsabilidade contratual dos hospitais públicos e a responsabilidade contratual dos próprios médicos, quando aí pratiquem clínica privada. Neste passo, segundo os autores, poderão tomar-se em linha de apontamento os contratos de adesão, a figura das “*relações contratuais de facto*” ou das “*relações de massas*”; ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 239 e 240.

²² Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Reimpressão da Edição de 1985, Almedina, 2011, págs. 430 e 431.

Ulpiano, radica, essencialmente, na competente *reparação* dos prejuízos ou danos causados a um indivíduo em virtude da prática, por terceiro, de um facto lesivo²³.

Não obstante, a esta função ressarcitória ou indemnizatória de um dano de carácter privatístico, tem-lhe sido igualmente reconhecido um papel *preventivo* e *sancionatório*, ao jeito penal, de que são modelo os *punitive damages*, sem descartar, além disso, um frequente e notório timbre retributivo²⁴.

Ora, tal concepção surge, aliás, projectada, num plano divisório imediato, desde logo, tomando em apreço a responsabilidade *extracontratual*, que tem por base a violação de direitos subjectivos, de normas destinadas a proteger interesses alheios, ou na hipótese de abuso de direito, e em que, na óptica de Menezes Cordeiro, se deverá adoptar uma posição mais severa, que ultrapasse o sentido indemnizatório basilar, e se centre, outrossim, na retribuição do mal e na prevenção de ofensas, sobretudo, porque, regra geral, se encontram em jogo bens e valores morais ligados à pessoa, à saúde e à família. No que tange ao espaço laminado pela responsabilidade *contratual*, que jaz no incumprimento de uma obrigação, e, como tal, dos seus deveres conexos, a questão subsume-se, na verdade, ao cariz reparatório *supra* evidenciado²⁵.

Quanto às diferentes formas de responsabilidade civil, cumpre referir, a título sumário, no plano *extracontratual*, a *responsabilidade por factos ilícitos*, ou de imputação subjectiva, assente na culpa, e regulada nos arts.^{os} 483.º, n.º1, a 498.º, do Código Civil, e a *responsabilidade pelo risco*, de carácter objectivo, prefigurada nos art.^{os} 499.º a 510.º, do Código Civil, e, portanto, com laivos de autonomia, respeitando a situações concretas e excepcionais, atento o traçado imposto pelo art.º 483.º, n.º2, do mesmo diploma legal.

²³ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, pág. 349, que refere que o traço característico do instituto da responsabilidade civil jaz na “*distribuição dos danos que se produzem no contacto social*”, destacando-se, aqui, a função reparatória ou ressarcitória.

²⁴ JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Volume II, Direito das Obrigações, Quid Juris, 2012, págs. 161 e 162, defende que a dimensão sancionatória ou “penalizadora” da responsabilidade civil só poderá verificar-se em presença dos *punitive ou exemplary damages*, atendendo que extravasam ou vão além dos limites do dano padecido pelo lesado, fixando-se, nesse passo, uma indemnização superior ao *quantum* de prejuízo causado; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, 2006, págs. 64 e ss.; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 71, considera, ainda, uma *função de justiça*, através da qual, se deverá apurar as condutas culposas das não culposas. Por outro lado, partindo do conceito base de (re) distribuição dos danos, evidencia, também, o seu papel *social* uma vez conjugado com a operacionalidade dos seguros.

²⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, ob. cit., págs. 419 a 421.

Neste terreno delitual, pode, também, enunciar-se a responsabilidade por *factos ilícitos danosos* ou responsabilidade pelo *sacrifício*, apesar da ausência de qualquer disposição normativa no Código Civil que assim determine a sua regulação²⁶.

Por seu turno, no que concerne à responsabilidade obrigacional, deixe-se apenas a nota de relevo de que, através do art.º 798.º, e, depois, pelo art.º 799.º, n.º2, o legislador acaba por remeter, em sede doutrinal, para os pressupostos que medeiam a responsabilidade por factos ilícitos, incorporados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil²⁷.

2.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil e seu Alcance Prático no Direito Médico

Na verdade, temos que, no palco da medicina privada, a responsabilidade civil processa-se, genericamente, na forma subjectiva, por factos ilícitos, seja na vertente extracontratual ou contratual²⁸.

O apuramento da responsabilidade civil por factos ilícitos obedece a pressupostos ou requisitos, via de regra, unívocos no Direito Comparado, e previstos no art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil, que dita que, “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Neste passo, refira-se, de aplicação cumulativa: o facto voluntário, a ilicitude, o nexo de imputação do facto ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

²⁶ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, 2000, págs. 519 a 524; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, *ob. cit.*, págs. 405 a 418.

²⁷ Alguma doutrina aponta, ainda, um terceiro tipo ou “terceira via”, no âmbito da qual, se destriça a responsabilidade pré-contratual ou *in contrahendo*, prevista no art.º 227.º, do Código Civil; Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, pág. 529; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Reimpressão da Edição de Fevereiro de 2004, Almedina, 2007, págs. 757 a 766; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9ª Edição, Almedina, 2010, págs. 370 a 377; em sentido distinto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, *ob. cit.*, págs. 400 a 403, que afirma que a “terceira via” constitui um mero agregado dependente da responsabilidade delitual; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2011, pág. 540, considera dispensável no nosso Direito o recurso a uma “terceira via”.

²⁸ No entanto, importa salientar que o Direito Médico contempla, também, situações de responsabilidade civil objectiva, como, v.g., nos Ensaios Clínicos de Medicamentos, no art.º 15.º, n.º1, da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, a propósito da *responsabilidade do promotor e do investigador*, e, na Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, no art.º 9.º, n.º2, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho, quanto à indemnização do dador pelos prejuízos sofridos no âmbito do processo de *dádiva* ou *colheita*; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 690 a 693.

Com efeito, supõe-se um *facto voluntário do lesante*, portanto, um *facto dominável* ou *controlável* pela vontade, um *comportamento* ou uma *forma de conduta humana*²⁹, seja por acção ou omissão, conquanto que, em respeito a esta última hipótese, e nos termos do art.º 486.º, do Código Civil, decorresse da lei ou do negócio jurídico o respectivo dever de actuar. Na prática, o legislador pretendeu legar fora deste hemiciclo, *maxime*, os factos naturais e fortuitos, objectivamente alheados do domínio humano.

Por outro lado, a *ilicitude*, que corresponde a uma actuação contrária aos ditames estabelecidos pelo Direito.

Ora, a este propósito, e em sede da estrutura doutrinal e jurídica da responsabilidade extracontratual, prefigura-se, desde logo, uma *primeira variante de ilicitude*, assente na violação de *direitos de outrem*, e, como tal, de direitos subjectivos absolutos, entre os quais, se destacam os Direitos Reais e, com forte premência na área médica, os Direitos de Personalidade³⁰.

No que tange à *segunda variante da ilicitude*, a mesma contempla as circunstâncias de violação de *disposição legal destinada a proteger interesses alheios*, ou seja, a protecção de interesses ou bens jurídicos de particulares, ainda que em paralelo ou não com interesses colectivos, mas que não constituam direitos subjectivos³¹.

A sua verificação pressupõe, assim, uma infracção ou ofensa do agente à norma *per se*, que tutele ou garanta a protecção imediata e não meramente reflexa de interesses particulares que venham a ser lesados, e em que os respectivos prejuízos ou danos advenientes se circunscrevam ao fim ou esfera protecional dessa disposição normativa.

A título de referência, é comum inserirem-se nesta variante de ilicitude os *delitos de perigo abstracto*, onde se enquadram as normas do Código da Estrada, em relação às quais, facilmente se depreende que a censurabilidade ao agente é, de facto, exclusivamente, dirigida à própria conduta antijurídica ou infractora da norma.

Por sua vez, a doutrina pronuncia-se, ainda, quanto a uma *adicional* forma de ilicitude, *maxime*, na hipótese de prejuízo adveniente de *abuso de direito*, decantado do art.º 334.º, do Código Civil, quando o titular de determinado direito “exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social

²⁹ In ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *ob. cit.*, pág. 527.

³⁰ Neste apartado, indique-se a violação do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, por falha do dever de informação médica, que se recorta a partir da tutela geral do art.º 70.º, do Código Civil, e, bem assim, a lesão de bens jurídicos da integridade física e moral do paciente.

³¹ Por exemplo, os danos patrimoniais puros ou *pure economic loss*.

ou económico desse direito”, sendo que, no palco delitual, tomará particular premência o espaço destinado aos *bons costumes*³².

Em respeito ao terreno da responsabilidade obrigacional, e nos moldes ditados pelos art.ºs 798.º e ss., a ilicitude jaz na violação de direitos de crédito, o que, para efeitos de Direito Médico, se consubstancia, essencialmente, no incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações constantes no contrato de prestação de serviços médicos, como seja, por exemplo, a obrigação de informar ou o dever de sigilo.

Por outro lado, um terceiro pressuposto de responsabilidade civil reside no *nexo de imputação do facto ao lesante*, que se subdivide no conceito de *imputabilidade* e de *culpa*.

A imputabilidade, segundo o art.º 488.º, n.º1, do Código Civil, traduz-se na capacidade de discernimento intelectual do indivíduo para mesurar os efeitos da sua conduta e, em face dessa apreciação, livremente ou voluntariamente autodeterminar-se na prática do facto. Destarte, os menores de 7 anos e os interditos por anomalia psíquica figuram, assim, na qualificação de inimputáveis, ao abrigo do disposto no art.º 488.º, n.º2, do Código Civil.

Em seu turno, a *culpa*, define-se como a censura ou reprovação ético-jurídica em relação a uma conduta, ou comportamento, do agente, atendendo que poderia e deveria tê-la prevenido, impedido ou evitado, nomeadamente, actuando de modo distinto.

Neste apartado, pode falar-se de *dolo*, sempre que exista um modo de agir aquiescente, intencional ou de má fé, e, portanto, com representação ou conhecimento do efeito danoso de um facto ilícito, aceitando-se, por conseguinte, a sua verificação³³. Doutro passo, refira-se a mera culpa ou negligência, que se consubstancia numa actuação não intencional, *rectius*, numa falha ou omissão da diligência devida ou exigível, ou, ainda, numa violação do dever objectivo de cuidado, de forma a prever ou a evitar a produção do facto ilícito e, como tal, o resultado danoso³⁴.

³² Sobre a importância da figura do *abuso do direito*, no plano contratual, nomeadamente, quanto ao conceito de boa fé, V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, *ob. cit.*, pág. 455.

³³ Poderá ser *directo*, se houve representação do resultado ilícito e vontade de praticar o facto, visando directamente a sua ocorrência; *necessário*, quando, tendo em vista determinado intento e prevendo o facto ilícito como corolário necessário ou lateral da sua conduta, aceita-o, não se coibindo de agir; *eventual*, se o agente admite como consequência eventual ou possível da sua conduta a ocorrência de determinado resultado danoso, e age, conformando-se na hipótese dele vir a ter lugar.

³⁴ Na verdade, em sede doutrinal, considera-se, ainda, a *negligência consciente*, em que o agente, por omissão da diligência devida ou por violação do dever de cuidado, embora representando ou antecipando a possibilidade de ocorrência do facto ilícito, actua na errada convicção de que o mesmo não ocorrerá, ou seja, não se conforma com a sua verificação; *negligência inconsciente*, em que o agente não alcança ou

Ora, sobretudo, quanto à negligência, com presença, aliás, marcante ao nível da Medicina, e tendo por base a forte tecnicidade e perícia aqui demandadas, mostra-se de relevo imperioso saber qual o critério jurídico a adoptar para apreciação da conduta ou diligência exigíveis ao agente, ou seja, qual o critério aferidor e de graduação da culpa.

Na verdade, nos termos previstos no art.º 487.º, n.º2, do Código Civil, verifica-se que o legislador, à semelhança do Direito Comparado, adoptou o princípio ou critério da *culpa em abstracto*, portanto, de carácter objectivo, tomando em consideração, para fins comparativos, não a diligência habitual do agente, mas, desta feita, um padrão de carácter abstracto, respeitante à figura do *bonus pater familias*, ou do homem médio, normalmente prudente e diligente³⁵.

Por outro lado, em jeito complementar ao teor literal, a doutrina maioritária tem-se pronunciado no sentido de considerar que a culpa deverá, aqui, incluir, desde logo, a “*deficiência da vontade*”, como seja, “a falta de *cuidado*, de *zelo* ou de *aplicação* (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza)”, mas também a “*conduta deficiente*”, isto é, “a *falta de senso*, de *perícia* ou de *aptidão* (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade)”³⁶.

Ante o exposto, facilmente se compreende o enorme relevo que tal apontamento dogmático assumirá no terreno da Medicina, sendo aí de considerar como critério analítico, para efeitos de ajuizar do requisito da culpa, o padrão do médico normal, medianamente sensato, razoável, cuidadoso e diligente, munido dos necessários conhecimentos (científicos e técnicos) e com competência intelectual, emocional e física para o exercício das suas funções.

Pela nossa parte, cremos tratar-se de um padrão que opera, em certo passo, como um filtro, vantajoso em sede dos deveres de tráfego jurídico, uma vez que permite uma triagem dos profissionais que, pelo menos, disponham qualitativamente de um *standard* médio para o exercício de uma actividade *exigente e difícil* como a médica, em relação à qual, acrescente-se, existem, aliás, elevadas expectativas no que tange ao cuidado e

representa sequer a possibilidade do facto ilícito se verificar, quando poderia e deveria tê-lo previsto ou evitado se houvesse actuado com a diligência devida ou expectável.

³⁵ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 359 a 377. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., págs. 298 a 332; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 558 a 584.

³⁶ In ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., págs. 577 e 578; JORGE SINDE MONTEIRO, *Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, (Curso de Mestrado), Coimbra, 2001, págs. 33 a 38.

perícia a ser investidos na execução dos respectivos procedimentos clínicos ou intervenções cirúrgicas³⁷.

Aqui chegados, e quanto aos pressupostos de responsabilidade civil, cumpre, ainda, indicar *o dano*, que se consubstancia na lesão de um bem jurídico ou interesse juridicamente tutelado³⁸. Pode dividir-se em *patrimonial*, se o prejuízo respeita à condição patrimonial do lesado, compreendendo, de um lado, o dano emergente, e, de outro, o lucro cessante³⁹, atento o art.º 562.º, do Código Civil, que legitima a função reparadora do presente instituto, sem prejuízo, bem assim, do vincado no art.º 566.º, do Código Civil; *não patrimonial*, tratando-se de um interesse moral (ou físico), não avaliável na forma pecuniária, e que, pela sua gravidade, mereça a tutela do Direito, decorrendo assim uma compensação do lesado nos termos, assim, afilados pelo art.º 496.º, n.º1, do Código Civil.

Por último, remanesce indicar um pressuposto fulcral da responsabilidade civil, que é, precisamente, *o nexo de causalidade entre o facto e o dano*.

A este propósito, a doutrina prevalecte adopta a tese da *causalidade adequada*, a qual se vem admitindo estar cristalizada no escopo legal do art.º 563.º, do Código Civil, que plasma que, “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”.

Na verdade, a sua aplicação pressupõe que se verifique, desde logo, se o facto é, num plano concreto, condição *sine qua non* do dano, para, depois, aferir, já em abstracto, isto é, num sentido geral, se o mesmo é a sua causa adequada.

Esta construção bidual justifica-se, na sua plenitude, na medida em que não bastará analisar-se o processo causal apenas numa dimensão naturalística, ou até de ordem meramente científica, em que poderão figurar várias condições de produção do dano, que comportam, invariavelmente, o mesmo peso, sendo, como tal, equivalentes. Tal seria profundamente desastroso e, quiçá, injusto, de um ponto de vista jurídico, pois tenderia, as mais das vezes, a remeter o julgador para soluções erróneas.

³⁷ Cfr., no mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Civil dos Médicos: Danos Hospitalares – Alguns Casos da Jurisprudência*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 56 e 57, que defende que o padrão indicado acabará, depois, por ser moderado ou atenuado pela noção de obrigação de meios que prevalece na actividade médica, e segundo a qual, o médico não se obriga à obtenção de determinado resultado, mas tão somente a empenhar-se com a necessária diligência para alcançar o tratamento efectivo do paciente. E se, na prática, tal poderá suceder, o autor adverte, ainda, que essa classificação não poderá, contudo, servir de escape para garantir ou permitir, em contextos actuaentes mais difíceis, a absolvição dos médicos.

³⁸ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, pág. 343, que define dano como “a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica”.

³⁹ Cfr. Art.º 564.º, n.º1, do Código Civil.

Por conseguinte, mostra-se necessário apurar, com mais detalhe, qual o facto que, uma vez tendo operado como condição do dano, se revela, depois, em abstracto, causa adequada a produzi-lo.

Neste passo, tem-se adoptado uma *formulação negativa*, com traçado de Enneccerus-Lehmann, e que Antunes Varela sistematiza, destacando que o facto que operou como condição do dano só não será causa adequada se, “dada a sua natureza geral, se mostrar de *todo em todo indiferente* (...) para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude de circunstâncias *excepcionais, anormais, extraordinárias* ou *anómalas*, que intercederam no caso concreto.”⁴⁰.

Ora, cumpre referir que, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, é de manifesta importância esta segunda operação de *adequação*, não apenas pela incerteza e, por vezes, imprevisibilidade quanto ao decurso exacto de certos procedimentos médicos, mas também porque, tendo o paciente provado que certo facto ilícito fora condição do dano, caberá, depois, ao médico, caso seja, refutar tal entendimento, demonstrando a sua evidente inadequação⁴¹.

Por sua vez, o julgador terá a seu cargo um *juízo de prognose posterior objectiva* ou *prognose póstuma*, na medida em que, recuando ao período efectivo da acção, tomará em apreço, quer as circunstâncias *conhecidas* pelo agente no momento da prática do facto, quer aquelas que, nessa ocasião, seriam *reconhecidas* ou *cognoscíveis*, ou, ainda, pudessem, em certo modo, ser antevistas por um observador experiente⁴².

⁴⁰ In ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 890 e 891; no mesmo entendimento, JORGE SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, págs. 379 e 380, destaca que na “impostação do juízo de adequação” dever-se-á perguntar se “é um facto deste tipo apto a produzir este género de dano”, sendo que “(...) a indiferença (inadequação) existirá quando o evento, segundo o normal decurso das coisas e a experiência da vida, não eleva ou favorece, nem modifica o círculo de riscos da verificação do dano”.

⁴¹ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 148 a 151.

⁴² Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, pág. 381; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (por: Sousa Ribeiro, Jorge Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença), Coimbra, 1983, págs. 238 a 242; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 361 e 362.

3. A Responsabilidade Civil na Medicina Privada

3.1. O Direito na Relação Médico-Paciente

3.1.1. Contexto Histórico e Emergência da Relação Jurídica Contratual

A Medicina está hoje evoluída a vários níveis, dispondo de recursos técnicos, científicos e de infra-estruturas próprias, consubstanciadas em Unidades de Saúde Públicas e Privadas, que assim visam garantir aos cidadãos um acesso organizado e, tendencialmente, especializado aos cuidados de saúde.

Neste terreno, o Direito surge como elemento regulador, procurando, assim, coordenar a dinâmica da relação médico-paciente.

Em termos históricos, refira-se que, durante todo o período do século XIX e inícios do século XX, a relação médico-paciente esteve confinada ao regime da responsabilidade extracontratual, descartando-se em relação à mesma qualquer configuração ou veste de natureza jurídica contratual.

Na realidade, considerava-se, desde logo, que sobre os bens jurídicos vida e saúde não poderia recair qualquer transacção ou negócio.

Por outro lado, em estreita tradição Romanista, permanecia a convicção de que a arte médica, enquanto parte integrante das *operae liberales*, e, como tal, expoente da condição intelectual do ser humano, sendo, outrossim, caracterizada pela liberdade no seu exercício, estaria arredada, necessariamente, de qualquer vínculo ou obrigação jurídica *inter partes*. Ademais, os honorários pagos em sede das profissões liberais, e, portanto, na circunstância de uma consulta médica, traduziriam um agradecimento ou uma forma de honrar o médico, não se concebendo, de todo, qualquer contraprestação pecuniária.

Acresce, ainda, que a própria classe médica, dada a sua, gradual, condição elevada ou prestigiante em termos profissionais, teria como privilégio a própria sujeição ao regime extracontratual ou delitual, sobretudo, no espaço concernente ao ónus da prova da culpa, em virtude de cair sobre o credor (paciente) o peso dessa tarefa, ditando, assim, uma posição mais favorável ao devedor (médico)⁴³.

Perante este *background*, a doutrina jurídica tardou em sofrer mutações, pelo que só conhecerá um ponto de viragem com o *Arrêt Mercier* da *Cour de Cassation*, a 20 de Maio de 1936, que veio, assim, consagrar o carácter contratual da relação médico-

⁴³ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, págs. 79 a 82.

paciente, fazendo remeter, desde logo, ao médico uma simples *obrigação de meios*, atentos, no entanto, critérios ou princípios de diligência, sensatez e zelo nos respectivos cuidados a ser praticados⁴⁴.

Como ensina André Dias Pereira, a importância deste Acórdão revela-se extraordinária, até mesmo pelo seu simbolismo prático, na medida em que “permitia fazer passar as relações entre médico e paciente de um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito: a mensagem do *arrêt Mercier* é que o médico é um contraente, um prestador de serviços”⁴⁵.

Já no que respeita ao Direito Português, a abertura e reconhecimento da esfera contratual presente na actividade médica ocorreu pela voz de Moitinho de Almeida, ao defender, em 1972, que “As relações mais comuns entre médico e doente assumem natureza contratual.”⁴⁶.

3.1.2. O Contrato de Prestação de Serviços Médicos no Ordenamento Jurídico Português

A relação jurídico-privada que se estabelece entre o médico e o paciente tem conhecido, entre nós, a denominação de *contrato de prestação de serviços médicos* ou *clínicos*.

Na ausência de tipicidade legal, que pudesse coadjuvar na interpretação do seu conteúdo e características, será de considerar que se trata, na verdade, de um contrato civil, outorgado de modo consensual, e por via oral, dispensando-se a sua redução a escrito ou adicionais formalismos⁴⁷.

De facto, trata-se de um contrato com forte pendor de sinalagmaticidade típico da relação contratual civil, assim derivando ao médico a obrigação de prestar determinados cuidados ao paciente e a este o dever de manter uma estreita cooperação

⁴⁴ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 56 a 61; nesta matéria, MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, 5ª Edição, Comares, 2007, págs. 13 a 19.

⁴⁵ In ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 580.

⁴⁶ In MOITINHO DE ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, in *Scientia Iuridica*, XXI, 1972, pág. 329.

⁴⁷ Deixei-se, no entanto, a referência de que, com o desenvolvimento progressivo do Direito Médico e da enorme litigância em torno do exercício da actividade médica, nomeadamente, em sede de violação do dever de informação, tem sido frequente o recurso a formulários de consentimento informado, legando-se, na forma escrita, as informações referentes ao procedimento ou intervenção cirúrgica a ser realizados.

para com o primeiro e as suas indicações clínicas, por forma a garantir-se o máximo de eficácia dos respectivos tratamentos ou procedimentos.

Por outro lado, o empenho e a dedicação intelectual carreados pelo médico no âmbito do exercício da sua actividade, a par com os gastos envolvidos em material de saúde, implicam, em regra, do paciente, o pagamento, retributivo, de um determinado montante em pecúnia ou em géneros, convidando, bem assim, à qualificação do contrato como oneroso e transaccional.

Assume, também, uma natureza *intuitu personae*, na medida em que as obrigações próprias que decorrem desse contrato configuram um carácter pessoal e intransmissível, especialmente adstritas às qualidades ou características específicas do médico, e pressupondo, neste sentido, uma relação de confiança recíproca com a contraparte, o paciente, a quem se destina a prestação dos respectivos cuidados de saúde.

Em acréscimo, consiste num contrato que apresenta a particularidade de respeitar à prática de um ou mais actos médicos, eventualmente prestados de forma prolongada no tempo, dada a natureza dos bens jurídicos em apreço, podendo, destarte, ser classificado como de execução continuada ou periódica⁴⁸.

Não parece despiciendo considerar que este contrato possa, igualmente, tomar-se como contrato de consumo, e, portanto, beneficiar dos princípios e regras aplicáveis no âmbito do direito do consumidor.

Cumprido, no entanto, atentar que o traçado em análise contempla a relação obrigacional tradicional ou clássica, em que o médico e o paciente são também eles as partes directamente intervenientes no contrato, isto é, o devedor e credor das obrigações, apesar de que, na prática médica, nem sempre tal se verifica, havendo espaço para a entrada em palco de outras personagens, e, como tal, de relações jurídicas privadas (ou públicas) de enorme complexidade⁴⁹.

Aqui chegados, outra questão de enorme relevância parece pender e que reside na delimitação do conteúdo jurídico que deverá reger estes contratos, que não constam

⁴⁸ *Cfr.*, nesta matéria, Acórdão do STJ, de 26 de Fevereiro de 2004, Relator: Araújo Barros, *in* www.dgsi.pt.

⁴⁹ Imagine-se o caso de uma clínica privada de radiologia, com a qual o médico responsável possa ter um contrato laboral. Em sentido semelhante, mas do lado da contraparte, considere-se a hipótese do paciente que contrate um seguro privado de saúde, que tem convenção com determinado médico ou unidades de saúde.

de nenhum diploma legal, embora sejam, na realidade, vinculados por forte tipicidade social⁵⁰.

Destarte, o seu enquadramento tem sido, em regra, reconduzido ao espaço genérico dos *contratos de prestação de serviços*, regulado no art.º 1154.º, do Código Civil, que prefigura que, “Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”.

Indique-se, com Ferreira de Almeida, que a referência ao conceito *resultado* não se vislumbra como problemática, no sentido de afastar a referida inserção qualificativa. Na verdade, o que se pretende aqui consignar, nesse passo, é justamente a diligência e recursos envolvidos pelo médico no âmbito do seu trabalho intelectual, assim promovendo uma *alteração no corpo humano*, e que cairá, desde logo, na obrigação de tratamento e não de cura⁵¹.

De facto, tal entendimento parece ser o mais correcto, até porque a construção do contrato de prestação de serviços, enquanto figura ampla, aplicável a diversos contextos jurídicos e actividades profissionais, exige do intérprete que, embora mantendo o escopo teleológico da norma, o verta adequadamente à situação concreta. E, neste contexto, cremos que o termo *resultado* utilizado pelo legislador, uma vez transposto para o palco médico, nos termos acima explanados, não contende com o primado da *obrigação de meios* reconhecida à arte médica⁵².

Naturalmente que este preciosismo de ordem técnica não esbata outros condicionalismos resultantes da falta de um regime legal do contrato de prestação de serviços médicos, tendo, por isso, alguma doutrina, entre a qual, se destaca, Ferreira de Almeida e, a título mais recente, André Dias Pereira, sugerido o seu enquadramento e tipificação e esboçado um ensaio similar da sua arrumação sistemática e de conteúdo, que, em seguida, expomos⁵³.

⁵⁰ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., págs. 34 a 37; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 70 a 73; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, Almedina, 2009, págs. 61 a 66.

⁵¹ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ob. cit., págs. 86 a 89.

⁵² Cfr., também, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 341 a 343.

⁵³ Cfr., ainda, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações “de lege ferenda”*, in *Scientia Iuridica*, XXXIII, 1984, pág. 107, sugerindo a tipificação do contrato de prestação de serviços médicos.

Assim sendo, impõe-se, desde logo, nesta lide, a chamada à intervenção do disposto no art.º 239.º, do Código Civil, que concerne à *integração contratual*, aqui tomando em apreço a *vontade das partes* e os princípios da *boa fé*, imprescindíveis em sede do tráfego jurídico.

Neste sentido, a construção do respectivo regime jurídico deverá atender, desde logo, às regras legais *imperativas*, que medeiam e são fixadas no âmbito regulatório da profissão médica ou, ainda, no espaço proteccional dos direitos dos consumidores.

Ocuparão, também, lugar, neste traçado, o *costume*, *normas deontológicas* e *usos*, conquanto que não derroguem ou actuem de forma inversa ou contrária ao disposto nas normas legais imperativas, e que, além disso, o costume *praeter legem* mereça igual preponderância que as normas supletivas, que se atribua valor jurídico corporativo às normas emanadas pela Ordem dos médicos, e que, por via da remissão estabelecida no art.º 239.º, 1ª parte, se possam conter certos usos, aos quais se reconheça natureza normativa.

Por último, em virtude do preceituado no art.º 1156.º, do Código Civil, admite-se, com as devidas adaptações, o recurso às normas elencadas a respeito do contrato de mandato, sem prejuízo de, em situações que tais, na insuficiência ou falta de proximidade analógica das mesmas, poder seguir-se o modelo legal do contrato de empreitada, atento o art.º 1155.º, do Código Civil⁵⁴.

Em nossa óptica, entendemos, todavia, que a intervenção do modelo legal de outros contratos de prestação de serviços obrigará, as mais das vezes, a uma elasticidade elevada no plano analógico, porventura com incompatibilidades frequentes, pelo que a sua aplicação prática ao Direito Médico poderá, na verdade, ser ingrata, acabando por operar, essencialmente, como um ponto de partida referenciador ou delimitador do respectivo campo de actuação jurídico, e, como tal, invariavelmente, na dependência de outras normas.

⁵⁴ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ob. cit., págs. 99 a 101; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 584 a 589, que analisa o regime do mandato em relação à prestação de serviços médicos, indicando as respectivas circunstâncias da sua aplicabilidade; MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, ob. cit., págs. 20 a 32, em sede do Ordenamento Espanhol, cuja lei civil não tipifica qualquer contrato que regule a prestação de serviços médicos, defende uma total rejeição da sua qualificação como contrato de mandato. Neste passo, segue a doutrina e a jurisprudência dominantes, que adoptam o regime do arrendamiento de servicios, traçado nos respectivos art.ºs 1542.º e 1544.º, do Código Civil; No mesmo sentido, CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico*, ob. cit., págs. 41 a 47, chamando a atenção, outrossim, para o disposto nos art.ºs 1101.º a 1107.º, do Código Civil Espanhol, relativo às obrigações contratuais.

A solução, arrastada no tempo, passará somente pela criação de base de um regime jurídico que, de forma concertada, regule a prestação de cuidados médicos no palco privado, sem prejuízo de poder estender-se a sua eficácia à medicina pública, assim uniformizando, em prole do sistema jurídico, o tipo de tratamento responsabilizador a conceder aos médicos em caso de *mala praxis*.

3.1.3. O Papel da Responsabilidade Extracontratual na Medicina Privada

Considerámos como elemento firme que a relação estabelecida entre médico e paciente na medicina privada assume uma clara feição contratual.

Importará, no entanto, determinar-se qual o papel aí ocupado pelo regime jurídico extracontratual, que parece dever aplicar-se em inúmeras situações.

A título inicial, poderíamos, desde logo, atentar nas hipóteses em que a prestação de serviços de saúde tem lugar na falta de *contrato prévio*, ou vínculo jurídico, na medida em que, genericamente, não chega a decorrer qualquer manifestação de vontade das partes.

Ora, neste passo, poderíamos incluir, de imediato, as circunstâncias de urgência médica em que o paciente se encontra inconsciente, e o médico realiza o procedimento ou intervenção cirúrgica necessários, ao abrigo do consentimento presumido, sendo que quaisquer actos danosos que venham a decorrer cairão no regime da responsabilidade extracontratual⁵⁵.

Cabem também aqui os casos em que figure incapacidade de exercício do paciente, insuprida pela falta de representante legal, ou, sobretudo, no caso de incapacidade accidental, não estando igualmente verificados os pressupostos da gestão de negócios, de carácter representativo, nos termos do art.º 268.º *ex vi* art.º 471.º, 1ª parte, do Código Civil, que, assim, permitissem ao médico actuar, contratualmente, em favor do incapaz.

O regime extracontratual poderá, também, entrar em palco nas situações em que, embora figure um contrato, aparentemente, outorgado de modo válido, os danos advenientes dos actos médicos que sejam realizados projectam-se na esfera jurídica de terceiros, e, destarte, fora do espaço protecional respeitante à obrigação negocial.

⁵⁵ Indiquem-se, por exemplo, as situações em que o médico se depare com um indivíduo ferido ou debilitado, correndo riscos de vida ou de integridade física, e proceda à sua assistência médica. Veja-se, aliás, neste passo, o art.º 284.º, do Código Penal.

Indiquem-se, neste ensejo, as vítimas de um acidente de viação de um transporte colectivo de passageiros, cujo condutor profissional tenha sido atestado pelo médico como habilitado, em termos clínicos, para o desempenho dessa actividade.

Por outro lado, enquadram-se também neste contexto as circunstâncias em que o contrato é inválido por nulidade, na medida em exista uma violação do respectivo objecto negocial, que atente contra normas legais, designadamente preenchendo um tipo de ilícito criminal, suponha práticas médicas ilícitas, ou até, simplesmente, desrespeite os princípios da ordem pública ou dos bons costumes.

Finalmente, tomem-se em consideração as situações, não raras, em que exista violação de um *direito subjectivo absoluto* ou de uma *norma legal de protecção destinada a proteger interesses alheios*, nos moldes apregoados pelo art.º 483, n.º1, do Código Civil⁵⁶.

Uma vez efectuada a análise do campo de actuação da responsabilidade delitual, cumpre, todavia, decifrar qual o posicionamento jurídico e doutrinário no que tange aos casos em que, ambos os regimes, extracontratual e contratual, possam ser convocados em relação ao mesmo acto médico.

Ora, a este propósito, a doutrina Portuguesa, apesar de alguma dissonância, e ante a omissão do legislador, parece caminhar em direcção à tese do *concurso* ou *cúmulo de responsabilidades*, no sentido de que, existindo um contrato validamente celebrado, que produza os seus efeitos, e se encontrem, *a latere*, preenchidos, também, os requisitos de verificação do regime extracontratual, o lesado dispõe da faculdade de *cumular* na mesma acção as regras de cada uma das responsabilidades.

Na base deste entendimento, vislumbramos, desde logo, Vaz Serra que, nas hipóteses de simultâneo ilícito contratual e extracontratual, e embora arrancando da *tese de opção* por uma ou outra responsabilidade, veio desaguar, claramente, no princípio do *cúmulo*, tal-qualmente deixou laminado no art.º 767.º, n.º1, do Anteprojecto do Código Civil, apregoando que seriam admissíveis “(...) as regras de ambas as responsabilidades, à escolha do prejudicado, que pode inclusivamente escolher parte de umas e parte de outras.”⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 650 e 651; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 62 a 69; FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ob. cit., págs. 101 e ss..

⁵⁷ Cfr. VAZ SERRA, *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*, in *BMJ*, n.º 85, 1959, págs. 208 e ss. e 238 e 239; MOITINHO DE ALMEIDA, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, in *Scientia Iuridica*, ob. cit., pág. 331; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da*

Em sentido equivalente, avançando a teoria do cúmulo, propenderam, também, Rui de Alarcão, afirmando que, “*De iure constituto*, parece-nos que a solução que se deve ter como consagrada é a da admissibilidade do cúmulo”⁵⁸, e, mais tarde, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, ao destacarem que o facto das partes “(...) terem concluído um contrato não tem de forma alguma de significar que se presuma terem querido renunciar à protecção que em geral lhes é garantida pela lei”, sendo que, na falta de norma em sentido inverso, dever-se-á admitir enquanto “(...) «*solução natural*», a da concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidades”⁵⁹.

No plano inverso, cumpre indicar, desde logo, Jaime Cardoso de Gouveia, que se manifestou, em moldes genéricos, contra a teoria do cúmulo, entrevendo-se, no entanto, escassa abertura, em circunstâncias remotas, para a *tese de opção*⁶⁰.

Também desafecto à posição de concurso de responsabilidades se mostra Almeida Costa, considerando que o problema deverá ser resolvido à luz de um critério teleológico, que tome em linha de apreciação o sentido, funcionalidade e autonomia, quer da figura contratual, quer extracontratual, atentos os ditames basilares prefigurados pelo Direito das Obrigações.

De facto, e renunciando, ainda assim, a qualquer eventual *relação de especialidade* entre ambas as responsabilidades, o Professor defende que, nas situações que ora tratamos, se deverá adoptar essencialmente um *princípio de consunção*, nos termos do qual, e valorando o papel imperioso concebido à *autonomia privada*, o regime contratual *consuma* o delitual.

Na sua óptica, tal perspectiva revela-se adequada aos interesses do lesado, e permite salvaguardar, igualmente, o lado do credor, assim promovendo uma certa paridade entre partes, em sede de *justiça material* e num plano sistemático⁶¹.

Posição Contratual, Almedina, 1982, pág. 411, defendendo, essencialmente, a *tese de opção*, enquanto faculdade cabível ao prejudicado de “escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável, a determinados pontos (...)”.

⁵⁸ In RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 178 e 179.

⁵⁹ In JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, ob. cit., pág. 40; Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 345; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações*, Programa 2010/2011, Apontamentos, 3ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2010/2011, págs. 107 e 108; num sentido próximo, e sem renunciar, em absoluto, à *tese da opção*, legam total receptividade à *tese do cúmulo*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 430 e 431; Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, Coimbra Editora, 2002, pág. 381; ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 228 a 236, embora alertando para eventuais cautelas, aquando da aplicação prática da teoria do cúmulo, de forma a prevenirem-se “resultados de duvidosa legalidade”.

⁶⁰ Cfr. JAIME CARDOSO DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1932, págs. 227 a 240.

Perante as posições expendidas, seguimos claramente a *tese do cúmulo de responsabilidades*, por ser aquela que, em nosso parecer, melhor tutela os interesses do lesado, afiançando-lhe mecanismos adicionais de protecção.

De facto, seria absolutamente impensável que, sobretudo, na falta de uma norma que regulasse estas situações, se convidasse à adopção de um critério que remetesse exclusivamente para a tutela contratual ou sugerisse, apenas, a opção por um dos regimes⁶².

Na realidade, tendo por base que da mesma conduta do lesante poderão derivar implicações jurídicas que, assim, determinem ilicitude contratual (*rectius*, incumprimento ou cumprimento defeituoso) e ilicitude extracontratual, cremos ser totalmente admissível que o lesado cumule ambas as responsabilidades numa só acção, escolhendo, de entre o concurso de normas que se contém dentro dos dois regimes, aquele que se revele mais favorável.

Neste conspecto se pronuncia, aliás, Karl Larenz, ao consagrar que o cúmulo de responsabilidades se consubstancia, de facto, num “concurso de normas que fundamentam uma única pretensão” (*Anspruchsnormenkonkurrenz*)⁶³.

E, atendendo a que as diferenças de regime são substancialmente diversas, a tese adoptada apresenta-se tanto mais pertinente quanto vantajosa ao lesado, nos domínios da responsabilidade médica, onde a tutela delitual e contratual se entrecruzam frequentemente.

⁶¹ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 546 a 553; em sentido semelhante, ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Direito e Justiça*, ob. cit., págs. 188 a 198, que rejeita a tese do concurso de responsabilidades, defendendo que as duas tipologias normativas apresentam, desde logo, total autonomia e escopo final próprios, estando-lhes, por isso, subjacentes critérios legais de protecção distintos. Entende, também, que, figurando, por conseguinte, dois *blocos normativos* heterogéneos, reguladores da mesma situação fáctica e, portanto, da mesma conduta ilícita, seria profundamente «oportunista» a selecção isolada e conveniente das regras mais favoráveis, assim fazendo entrar em jogo uma espécie de «acção híbrida». Além disso, criar-se-iam, também, problemas derivados da própria determinação de qual o foro competente, seja contratual, seja extracontratual. Do mesmo modo, considera não ser acertada a *tese da opção*, até porque a determinação do regime legal resulta de um problema qualificativo, em respeito ao art.º 644.º, do Código de Processo Civil (art.º 5.º, n.º3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), que não deverá, aqui, estar especialmente sujeito a critérios de “tutela do lesado ou de recuperação dos danos causados”. Neste seguimento, e acompanhando a *tese da consunção* de Almeida Costa, entende que, na medicina privada, a relação estabelecida entre médico e paciente é contratual, gerando, como tal, “situações de «violação contratual positiva» ou de cumprimento defeituoso.”

⁶² Cfr., também, LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à Tramitação Deste Tipo de Acções*, (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial), in *Revista do CEJ*, 2.º semestre, 2011, págs. 42 e ss..

⁶³ Cfr. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Besonderer Teil, 12ª Edição, Munique, 1981, pág. 690.

Com efeito, pense-se na questão tangente ao prazo de *prescrição* da responsabilidade contratual, que, nos termos do art.º 309.º, do Código Civil, corresponde a 20 anos, por contraposição ao prazo previsto em sede extracontratual, atento o art.º 498.º, do Código Civil, que se basta apenas a 3 anos. Do mesmo modo, destaque-se, igualmente, *ónus da prova a culpa*, que, para o regime obrigacional, o art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, dita uma presunção de culpa sobre o devedor (médico), ao passo que, no terreno delitual, segundo o art.º 487.º, n.º1, do Código Civil, caberá ao lesado (paciente) essa tarefa processual. Por outro lado, relembrem-se, igualmente, as hipóteses em que o médico tenha a seu serviço funcionários ou auxiliares, facto esse que, no plano contratual é regido, nos termos do art.º 800.º, do Código Civil, no âmbito da responsabilidade por facto de terceiro, ao passo que, no espaço delitual, surge em respeito ao art.º 500.º, do Código Civil, exigindo-se a necessária relação de comissão entre os mesmos. Já quanto à hipótese de pluralidade de devedores, indique-se que o regime contratual conta com a conjunção, sendo que, por seu turno, no regime extracontratual, se concebe o princípio da solidariedade passiva, nos ditames traçados pelo art.º 497.º, do Código Civil.

Vertendo o exposto num contexto prático ou imediato, deixe-se a nota de relevo para os típicos litígios médicos, em que o paciente tenha sido submetido a um determinado tratamento, em relação ao qual, tenha havido falha no dever de informação ou haja sido executada uma intervenção cirúrgica em clara violação do disposto nas *leges artis*, tendo, destarte, lesado o paciente na sua integridade física ou psíquica.

Ora, neste passo, ocorrendo violação de um direito absoluto, nos moldes apregoados pelo art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, estariam asseguradas, nas palavras de André Dias Pereira, “duas camadas de normatividade protetora: em primeiro lugar a protecção delitual (...); em segundo lugar, se e quando aplicável, as normas da responsabilidade contratual.”⁶⁴.

Não podemos deixar de conceber, destarte, a *teoria do cúmulo* como uma mais-valia para o lesado e, concretamente, para o paciente, que, assim, dispõe de grande elasticidade e abrangência normativa e jurídica para fazer valer os seus direitos⁶⁵.

⁶⁴ In ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 656, e, nesta matéria, págs. 653 a 656; também, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, ob. cit., págs. 398 e 399.

⁶⁵ Cfr., também, a posição da jurisprudência, que, em rigor, não tem apresentado uma linha unívoca. De facto, apontando para a *tese da opção*, saliente-se o Acórdão do STJ, de 22 de Outubro de 1987, Relator: Lima Cluny, in BMJ, n.º 370, 1987, págs. 529 a 534; Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001, Relator: Ferreira de Almeida; Acórdão do STJ, de 22 de Fevereiro de 2005, Relator: Pinto Monteiro; Acórdão do

3.2. O Acesso aos Cuidados de Saúde

3.2.1. Enquadramento Geral

A Sociedade do século XXI é profundamente organizada e estruturada, verificando-se, sobretudo, ao nível do sector profissional e de serviços, um firme objectivo de responder, de modo célere e imediato, às necessidades e interesses do indivíduo.

Ora, no campo da protecção da saúde, tal motivação, além de relevante, comporta essencialmente um carácter imperioso ou peremptório, porquanto, via de regra, estão em equação bens jurídicos, como a vida e a integridade física, ao abrigo do art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e art.º 64.º, da CRP.

De facto, no que tange aos recursos disponíveis ao paciente no acesso aos cuidados de saúde, figuram, no nosso sistema de saúde, vários domínios, cuja actuação, cumpre referenciar e delimitar.

STJ, de 4 de Março de 2008, Relator: Fonseca Ramos; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Abril de 2006, Relator: Fátima Galante, *in www.dgsi.pt*; Defendendo a *teoria do cúmulo*, indique-se o Acórdão do STJ de 30 de Maio de 2013, Relator: Serra Baptista, *in www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de Abril de 1995, Relator: Francisco Lorenço, *in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XX, Tomo II, *págs. 31 a 35*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Setembro de 2007, Relator: Rosa Ribeiro; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Setembro de 2012, Relator: Maria Cecília Agante; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Novembro de 2013, Relator: Teresa Albuquerque, *in www.dgsi.pt*; Pronunciando-se em sentido positivo à *teoria da consunção*, Acórdão do STJ de 8 de Fevereiro de 1994, Relator: Fernando Fabião, *in Colectânea de Jurisprudência*, Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo I, *págs. 95 a 98*; Acórdão do STJ, de 9 de Fevereiro de 1995, Relator: Costa Soares, *in Colectânea de Jurisprudência*, Supremo Tribunal de Justiça, Ano III, Tomo I, 1995, *págs. 75 a 77*.

V., ainda, o entendimento da doutrina e jurisprudência do Ordenamento Jurídico Espanhol, que defende a *tese do concurso* ou *cúmulo de responsabilidades*; CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico*, *ob. cit.*, *págs. 47 a 50*, considera que, “se hace preciso aclarar que las dos formas de responsabilidad civil, contractual e extracontractual, no siempre funcionan separadamente, pudiendo concurrir a la vez, bien en un mismo sujeto responsable, bien en sujetos distintos”, indicando, como exemplo paradigmático, a STS de 7 de Novembro de 1990; FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE, *Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del “cirujano” en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico*, *in Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado*, Direcção de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, *págs. 21 a 23*, afirma que o princípio da *unidad conceptual de la culpa civil*, “que posibilita la invocación conjunta o simultanea de la normativa de responsabilidad contractual y extracontractual la encontramos ya asentada en un cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidado.”; O autor refere, neste seguimento, a SAP de Guipúzcoa, Secção 3ª, de 9 de Dezembro de 2008, EDJ 2008/274648, que dita que, “*el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o acumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual (...) y la de la responsabilidad contractual*”; A SAP de Madrid, Secção 10ª, de 24 de Outubro de 2008, AC 2008/2118, e, também, a STS, Secção 1ª, de 10 de Junho de 2004, RJ 2004/3605; num plano minoritário, CLARA ASUA GONZÁLEZ, *Responsabilidad Civil Médica*, *in Tratado de Responsabilidad Civil*, (Coordenação de Fernando Reglero Campos), Thomson Aranzadi, 2ª Edição, 2003, *págs. 1048 e ss.*, considera desprovido de sentido jurídico um facto ilícito conduzir a uma zona intermédia que admita a aplicação simultânea de dois regimes, contratual e extracontratual.

Em primeiro lugar, o *Serviço Nacional Saúde* (SNS), que reúne os serviços e entidades destinados à prestação de cuidados de saúde no âmbito *público*, regidos pelo Direito Administrativo e, designadamente, pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que consagra o regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

Neste segmento, refira-se, nos termos do art.º 7.º, n.ºs 1 e 2, da Lei Orgânica do Ministério da Saúde, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro, os *Agrupamentos de Centros de Saúde*, como, v.g., as Unidades de saúde familiar (USF) e Unidades de cuidados de saúde personalizados (UCSP)⁶⁶, as *Unidades Locais de Saúde*, e, ainda, os *Estabelecimentos Hospitalares*, independentemente da sua natureza jurídica ou designação, pretendendo, aqui, concentrar-se, em geral, os Institutos Públicos, as EPE e as PPP.

Por outro lado, num segundo apartado, encontramos os prestadores de cuidados de saúde, *próprios*⁶⁷, *convencionados* ou que actuem em *regime livre*⁶⁸, tendo por base um subsistema, público ou privado, de que o indivíduo seja beneficiário, e nos moldes e regras por aquele traçados⁶⁹.

A este propósito, no que toca aos subsistemas sociais de carácter *público*, indique-se, desde logo, a título exemplificativo, a ADSE, que compreende a Protecção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas, e, bem assim, a ADM, ou Assistência na Doença aos Militares.

Na verdade, defendemos que as relações entre médico e paciente, ainda que abrigadas por um *subsistema público de saúde*, estão, em geral, coordenadas pelas regras de *direito privado*, embora se deixem algumas reticências, a esse respeito, nas

⁶⁶ Poderiam também referenciar-se as Unidades de cuidados na comunidade (UCC), Unidades de saúde pública (USP), Unidades de recursos assistenciais partilhados (URAP) - *Cfr.* art.ºs 4.º e 7.º, do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 137/2013, de 7 de Outubro, que estabelece o regime da criação, estruturação e funcionamento dos Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES).

⁶⁷ Como, por exemplo, os Hospitais Militares.

⁶⁸ No caso de regime livre, o utente, beneficiário, pode deslocar-se a qualquer prestador de cuidados de saúde, privado ou social, que não tenha acordo ou convenção com o subsistema respectivo, pagando o valor da consulta ou tratamento integrais, solicitando, depois, ao mesmo, o reembolso ou participação competentes.

⁶⁹ *Cfr.* Entidade Reguladora da Saúde, *Relatório Sobre a Carta de Direitos dos Utentes*, 2011, págs. 15 e ss., nota de rodapé 13, que considera como subsistema público as “entidades de natureza pública que por lei asseguram prestações de saúde a um conjunto de cidadãos e/ou participam financeiramente nos correspondentes encargos”, e os subsistemas privados, que se equiparam aos anteriores, respeitando a entidades privadas, que, “por contrato assumam a responsabilidade perante o SNS de assumir os encargos com as prestações de saúde relativamente aos beneficiários que os integrem.”

circunstâncias, talvez menos frequentes, em que aquele possa funcionar integrado nas instalações do SNS⁷⁰.

Já em sede dos subsistemas sociais de carácter *privado*, indique-se, nomeadamente, os SAMS ou Serviços de Assistência Médico-Social e a CPAS ou Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, figurando claramente entre médico e paciente uma relação de carácter privado, e, portanto, estando subjacentes, desde logo, os normativos próprios do Direito Civil.

Uma terceira modalidade de acesso aos cuidados de saúde corresponderia aos prestadores de cuidados de saúde, *próprios, convencionados* ou em *regime livre*, em relação a um determinado *seguro de saúde* contratado com uma seguradora, tendo sido, na respectiva apólice, inscrita a cobertura de *doença*⁷¹.

Nesta hipótese, em relação à qual, se poderiam referenciar, desde logo, as seguradoras Multicare, Future Health Care ou Médis, encontram-se, todavia, previstas, na prática, apenas as tipologias elencadas no art.º 123.º, n.º2, als. a) a c), do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 91/2014, de 20 de Junho, que compreendem o regime directo de *prestações convencionadas*, um *regime livre* de reembolso ou, eventualmente, um *regime misto*.

Tratando-se do modelo de prestações convencionadas, é, via de regra, a companhia de seguros, no âmbito da sua rede de cuidados de saúde, que indica a clínica ou o médico, cabendo ao utente o pagamento de parte do valor, sendo o restante assumido por aquela. Por sua vez, quanto ao regime livre, o segurado poderá deslocar-se ao prestador que, assim, entenda, pagando a totalidade do valor, que será, depois, em parte, devolvido ou reembolsado pela entidade de seguros.

Ora, também aqui, conforme se depreende, as relações estabelecidas entre o médico, seguradora e paciente se encontram subordinadas ao Direito Privado⁷².

⁷⁰ Tome-se, aqui, em consideração as circunstâncias em que o utente se desloca a um hospital público, indicando o número do subsistema *público* de saúde de que é beneficiário e pagando a taxa moderadora. De facto, neste caso, não terá direito a qualquer comparticipação desse montante; *Cfr.*, em sentido mais amplo, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 592 e 593, que considera que, neste contexto, está, genericamente, subjacente, à relação médico-paciente uma dimensão privatística, tomando em análise, como tal, a posição do Direito Alemão (*Krankenkassen*).

⁷¹ *Cfr.* Entidade Reguladora da Saúde, *Relatório Sobre a Carta de Direitos dos Utentes*, *ob. cit.*, pág. 21.

⁷² *Cfr.*, nesta matéria, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 589 a 595, que afirma que, num eventual apuramento de responsabilidade civil, para o caso do modelo de prestações convencionadas, em que a escolha do médico não passa pelo utente, este obterá uma devida protecção, considerando-se o médico como um auxiliar da companhia de seguros, e, assim, fazendo apelo ao disposto no art.º 800.º, do Código Civil, nos termos do qual, a seguradora responderia exclusivamente em virtude de culpa do prestador de cuidados de saúde. Se, por outro lado, se considerar o regime livre, em que a selecção do prestador de cuidados é feita pelo utente, a relação de direito privado

Finalmente, em último lugar, cabe, ainda, a possibilidade ao paciente de acesso e livre escolha de prestadores de cuidados privados, com ou sem finalidade lucrativa, mediante determinada contraprestação com estes acordada⁷³.

3.2.2. Dimensão Multifacetada dos Contratos de Direito Privado e o Exercício da Medicina em Equipa

A prática da actividade médica não se apresenta linear, contando com uma pluralidade de intervenientes que, no âmbito privado, acabam por densificar e complexificar as inerentes relações jurídicas, sobretudo, em circunstâncias de aferição de responsabilidade civil por factos ilícitos.

Neste contexto, indique-se, desde logo, a *relação contratual clássica*, em que o paciente selecciona determinado médico, deslocando-se ao seu consultório privado.

Ora, aqui, o médico assume, no plano obrigacional, a posição de devedor para com o paciente, que, como tal, toma o lado creditício, sendo aquele o prestador directo dos cuidados de saúde, que dará o seu parecer clínico e/ou executará, também ele, os procedimentos necessários, não ocorrendo, em regra, qualquer exercício de medicina em equipa. Pontualmente, todavia, recrutará a colaboração ou contratação de pessoal técnico.

A este respeito, e para efeitos de apuramento de responsabilidade civil, o médico responde, desde logo, pela violação das obrigações contidas no contrato, nomeadamente pelo seu não cumprimento ou cumprimento defeituoso, que assim determine a produção de danos ao paciente, atento o art.º 798.º, do Código Civil. Ademais, responde, ainda, no traçado imposto pelo art.º 800.º, do Código Civil, pelos actos das pessoas (auxiliares) que haja seleccionado para afiançar o cumprimento das obrigações estabelecidas.

Na hipótese de contrato inválido, tratando-se de ilícito extracontratual, o médico poderia ser demandado ao abrigo do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, ou, caso fosse, pelo art.º 500.º, do Código Civil, em sede do qual, responderia, independentemente de culpa, pelos actos praticados pelos seus auxiliares no exercício das funções que lhes foram confiadas ou direccionadas, no âmbito de uma relação de comissão (v.g.,

será estabelecida directamente com o médico, pelo que só este deverá responder em caso de ilícito culposos.

⁷³ Cfr. Entidade Reguladora da Saúde, *Relatório Sobre a Carta de Direitos dos Utentes*, ob. cit., págs. 11 a 21.

mandato), sem prejuízo de eventual direito de regresso, nos termos do art.º 497.º, n.º2, *ex vi* art.º 500.º, n.º3, do Código Civil⁷⁴.

Por outro lado, importa, ainda, destringir os casos em que o exercício da prática médica conheça, enquanto terceira personagem central, uma unidade hospitalar privada prestadora de cuidados de saúde, ou seja, uma clínica.

Destarte, pode, como tal, tomar-se em linha de apontamento as tipologias contratuais assentes na divisão bipartida de *contrato total* e *contrato dividido*, originariamente esboçadas pela doutrina Alemã⁷⁵.

No que tange ao *contrato total*, pretende-se, aqui, reunir a completude das obrigações respeitantes à *prestação de serviços médicos*, consubstanciadas em determinado tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, e aquelas afectas ao *internamento hospitalar*, que, em seu turno, subentendem os serviços paramédicos, cuidados de hospitalização e respectiva segurança, integrando, ainda, elementos típicos do contrato de compra e venda (recursos farmacêuticos), de empreitada (através da confecção de refeições, em termos gerais, ou adequadas ao estado de saúde do paciente) e de hospedagem ou locação (relativo ao uso do espaço).

De facto, nestas circunstâncias, o paciente contrata directamente com a clínica os respectivos serviços, pelo que, em regra, será esta que determina o médico ou a equipa médica que realizará o tratamento ou intervenção cirúrgica.

Por conseguinte, uma vez tomando em apreço uma situação de eventual responsabilidade civil, a clínica será accionada, respondendo, ante o paciente, de forma exclusiva, ao abrigo do art.º 800.º, do Código Civil, pelos actos dos seus auxiliares, que tenham conduzido ao inadimplemento ou cumprimento defeituoso das obrigações assumidas, quer no que concerne à prestação de serviços médicos, quer, ainda, em relação aos cuidados de internamento, entendidos em sentido amplo. Fica, no entanto, a nota de que assiste, ainda, doutro passo, ao paciente, no palco extracontratual, a

⁷⁴ Em todo o caso, afigura-se-nos de difícil aplicação o disposto no âmbito do art.º 500.º, do Código Civil, tratando-se de dois ou mais médicos, com especialidades distintas, cuja autonomia profissional poderia, eventualmente, obstar ou cercear a criação, *ab initio*, de uma relação de comissão; Cfr., ainda, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, *ob. cit.*, pág. 51; para mais desenvolvimentos, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil do Comitente (ou Responsabilidade por Facto de Terceiro)*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 156 e ss..

⁷⁵ V. ELMAR KILLINGER, *Die Besonderheiten der Arzthaftung im Medizin*, Springer, 2009, págs. 108 a 112; OTTO BERGMANN, HANS FRIEDRICH KIENZLE, (Hrsg.) *Krankenhaustaftung Organisation, Schadensverhütung und Versicherung – Leitfaden für die Tägliche Praxis*, 3ª Edição, Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, 2010, págs. 6 e ss..

possibilidade de accionar, a título separado, o médico responsável, ou, na indeterminação deste, a equipa médica, incluindo auxiliares, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, que, assim, tendo por base a teoria do cúmulo de responsabilidades, que defendemos *supra*, responderiam solidariamente com a clínica.

Estando em presença de um *contrato dividido*, opera-se uma fragmentação em sede negocial quanto à titularidade dos serviços a serem prestados, pelo que a clínica apenas se encarrega de prover o cumprimento das obrigações relativas ao internamento, aqui se enquadrando, *maxime*, os cuidados paramédicos, de apoio à actividade médica, de aprovisionamento de material e equipamento, deveres de vigilância e segurança, a locação das instalações e a hospedagem⁷⁶. Por seu turno, o médico, com plena autonomia, outorga directamente com o paciente outro contrato, assumindo, em concreto, a prestação de serviços médicos.

Nesta situação, e tomando como paradigma as circunstâncias fácticas que subjazam a tratamentos invasivos ou intervenções cirúrgicas, é o médico contratado que, no âmbito do cumprimento das respectivas obrigações assumidas, utiliza as instalações da clínica, mas selecciona, por escolha pessoal, o médico anestesista e (ou) o cirurgião ajudante. Em casos mais pontuais, todavia, poderá a clínica assumir a seu cargo a recomendação ou escolha de médico anestesista, sendo frequente apenas o provimento de pessoal de enfermagem, técnicos e demais auxiliares *latu sensu*.

Ora, controvertendo o exposto no palco da responsabilidade médica, não resistem dúvidas de que a clínica, ao abrigo do disposto no art.º 800.º, n.º1, do Código Civil, responde pelos actos danosos praticados pelos seus representantes legais e auxiliares, que, em regra, conforme se evidenciou, se subsumem, aqui, *unicamente* aos cuidados de internamento.

Por outro lado, o médico, ao abrigo do regime contratual, uma vez actuando como responsável imediato pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, responde, nos termos acolhidos pelo art.º 798.º, do Código Civil, pelo que, já

⁷⁶ Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, 3ª Edição, Editorial Aranzadi, 2011, págs. 348 a 352, que refere, no palco da doutrina Espanhola, o chamado “contrato de clínica o de hospitalización”, que considera atípico e de carácter complexo, indicando que tal entendimento é partilhado pela jurisprudência Italiana; MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, *ob. cit.*, págs. 420 a 448, cita, nesta temática, González Morán, que defende que o “contrato hospitalario (...) engloba dentro de su contenido elementos objetivos e materiales diversos; está formado por la superposición de un contrato de hospedaje más un contrato de prestación de suministro de medicamentos, instalaciones, instrumental y prestación de cuidados de enfermería.”.

em respeito ao art.º 800.º, do Código Civil, será demandado, em termos objectivos, pelos actos dos médicos, ou, *rectius*, auxiliares que haja recrutado⁷⁷.

Na realidade, as concepções que, de forma breve, foram explanadas têm uma importância premente no domínio da actividade médica, na medida em poderão operar como critérios coadjuvantes em processos de responsabilidade civil médica, afixando ao paciente mecanismos de defesa acrescidos, e nas circunstâncias elencadas, concretamente de contrato dividido, permitem libertar as clínicas de pesados fardos judiciais⁷⁸.

E, neste sentido, se pronuncia André Dias Pereira, entendendo que cabe à clínica o ónus da prova de que se está perante um contrato dividido, em que, acrescente-se, somente o paciente é denominador comum entre as referidas partes⁷⁹.

⁷⁷ De facto, a questão do exercício da actividade médica em equipa revela-se complexa e nem sempre de fácil solução. Procurou analisar-se o plano da medicina privada, onde existe uma personalização dos actos negociais, no sentido de que, e, sobretudo, no contrato dividido, é o médico que, a título pessoal, escolhe os seus ajudantes, incluindo o médico anestesista, pelo que a responsabilidade civil surge, nessa medida, e, inevitavelmente, encabeçada por si enquanto prestador de cuidados de saúde que contratou com o paciente. Temos, contudo, que, *maxime*, na medicina pública, ou em ilícito criminal, poderá haver necessidade de adoptar critérios que permitam ajudar a individualizar a responsabilidade dos diferentes intervenientes. *Cfr.*, para mais aprofundamentos, JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, *ob. cit.*, págs. 189 a 203, que enuncia, em termos genéricos, o critério ou princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança, característicos do Direito Penal. Em termos teóricos, na divisão de *trabalho horizontal*, as partes estariam situação de igualdade, actuando de modo autónomo e complementar, dispondo dos seus conhecimentos e formação, podendo, assim, *confiar* integral e reciprocamente no respectivo desempenho do colega, com a inevitável consequência de que cada um seria responsável pelos seus actos médicos. Veja-se, por exemplo, o caso do médico cirurgião e o do médico anestesista. Segundo o autor, contudo, tal princípio comporta excepções, como o caso em que, em respeito ao médico anestesista, tenha sido “el propio cirujano quien lo ha designado y elegido, hasta el extremo de que el paciente ni conoce al anestesista, ni ha entablado relación contractual directa con el mismo, lo que sucede, de forma muy habitual, en la medicina privada. (...) En estos supuestos, si el elegido fuere notoriamente incapaz (...) podría el cirujano incurrir en responsabilidad *in eligendo* (...)” Quanto à divisão de *trabalho vertical*, o vector característico parece ser o da hierarquia entre os médicos da mesma especialidade ou, noutra corredor, com pessoal de enfermagem, reconhecendo-se ao chefe de equipa um particular, mas não absoluto, dever de coordenação e controlo quanto à actuação dos demais elementos, pelo que, como tal, não poderá descartar-se, também, aqui, o princípio da confiança.; SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade Penal No Exercício da Medicina Em Equipa: O Princípio da Confiança e o Princípio da Divisão do Trabalho*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Studia Iuridica 99, Coimbra Editora, 2009, págs. 418 a 429; *Teamwork and Patient Safety: Is The Surgeon The Captain of The Ship?*, in *Lex Medicinæ*, IV EAHL Conference, Volume Especial, 2014, págs. 154 a 163, considera que, para efeitos de *segurança do paciente* nos cuidados de saúde, deve ser rejeitada a doutrina do “*captain of the ship*”, em que o cirurgião é, invariavelmente, o chefe de equipa no bloco operatório, pelo que, em regra, o princípio da confiança merece, como tal, aplicação na divisão de trabalho horizontal e vertical.

⁷⁸ *Cfr.*, nesta matéria, FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, *ob. cit.*, págs. 89 a 94; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 348 a 351.

⁷⁹ *Cfr.* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 596 a 606, que, considera, também, que, dada a dificuldade reconhecida em encontrar-se a pessoa responsável, no âmbito de uma intervenção médica mais *complexa*, poderá tomar-se em linha de análise, desde logo, o sistema de *responsabilidade central*, previsto no Código Civil Holandês, nos termos do qual, o paciente intenta a acção directamente contra a unidade de prestação de cuidados de saúde, dispensando-se, nessa

3.3. Carácter Jurídico da Obrigação do Médico. A Obrigação de Meios e Obrigação de Resultado

No exercício da prestação de cuidados de saúde *latu sensu*, e, em rigor, considerando o plano contratual, a obrigação assumida pelo médico é, via de regra, tomada como uma obrigação de meios e não de resultado, tendo, para tal, contribuído a formulação conceptual e definitiva de René Demogue⁸⁰.

Assim sendo, o devedor (médico) assume uma verdadeira obrigação de meios, na medida em que se propõe a actuar com o seu empenho, diligência e saber, provendo os meios necessários tendentes à obtenção de certo resultado (cura), mas não se vinculando ao mesmo perante o credor (paciente). No fundo, o tratamento e intervenção cirúrgica serão mecanismos adequados e diligentes a obter um resultado, que poderá ou não ocorrer⁸¹.

Como refere Rute Teixeira Pedro, “a mera não obtenção deste resultado não importa uma situação de incumprimento, por que o devedor deva responder. Decisivo será averiguar a razão pela qual o resultado não foi atingido e, só no caso de tal se ficar a dever a um comportamento negligente do devedor – o que incumbirá ao credor provar – consubstanciará um inadimplemento (culposo).”⁸².

Em seu turno, nas obrigações de resultado, o devedor vincula-se perante o credor na obtenção de determinado resultado, como seja, nomeadamente, a prestação de certa *res*, e em relação ao qual, será responsável, se o mesmo não tiver lugar⁸³.

No nosso Direito, a apontada classificação bipartida da natureza jurídica das obrigações tem sido, no geral, perfilhada pela doutrina, assim fazendo pesar sobre o médico apenas uma obrigação de meios.

tarifa, qualquer identificação dos agentes do facto danoso. Por outro lado, a proposta do European Group on Tort Law, de *responsabilidade empresarial*, que faria incidir sobre determinada empresa uma presunção de culpa ilidível, quanto aos actos praticados pelos auxiliares, ao equipamento fornecido, produtos e serviços.

⁸⁰ Cfr. RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et Fin)*, Tomo V, Paris, 1925, págs. 536 a 544.

⁸¹ Semelhante contexto ocorre no âmbito da advocacia. Cfr. ASUNCIÓN MARÍN VELARDE, *Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial, in Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional*, ob. cit., pág. 54, defende que, nas obrigações de meios, o devedor assume uma prestação de *facere*, atendendo a que na relação jurídica ou na actividade em apreço “puede incidir el componente aleatorio que afectaría a la finalidad querida por el acreedor”; sobre o carácter aleatório característico das obrigações de meios, e excluindo-o da obrigação de resultado, HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Vol. 1, 7ª Edição, Montchrestien, Paris, 1985, págs. 15 e 16.

⁸² In RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 91.

⁸³ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações* (Colaboração de Rui de Alarcão), 3ª Edição, Almedina, 1966, págs. 411 a 415.

De facto, indique-se a posição assumida por Pinto Monteiro, que considera que naquelas cabe apenas ao devedor “(...) desenvolver os esforços e a diligência normais, em ordem a satisfazer o interesse fundamental do credor”, constituindo, na verdade, o paradigma usual do contrato outorgado pelo médico, já que este não se propõe, ou melhor, não se obriga a curar o paciente, mas sim “(...) a tratá-lo convenientemente, a fim de tentar obter a sua cura”⁸⁴.

Por outro lado, também Figueiredo Dias e Sinde Monteiro parecem caminhar nesse entendimento, avançando que, apesar da obrigação do médico ser de meios, ele poderá, ainda assim, *prometer* um resultado⁸⁵.

Num sentido próximo, mais recente, encontramos André Dias Pereira, que defende que, em regra, o médico apenas assume uma obrigação de meios, não se *vinculando* a obter certo resultado, mas apenas a prover o adequado *cuidado e diligência*, tendo como escopo imediato o tratamento do paciente⁸⁶.

Em todo o caso, se, na maioria das especialidades médicas, as concepções referidas se afiguram aplicáveis com toda a clareza, parecem resistir dúvidas no que tange a determinados tratamentos ou intervenções cirúrgicas que têm sido fonte de alguma divergência em sede doutrinal e jurisprudencial, no Direito Interno e Direito Comparado.

⁸⁴ In ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pág. 266.

⁸⁵ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, ob. cit., págs. 45 e 46.

⁸⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 629 e 617 a 623; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 342 e 343, referindo que o médico se obriga a prestar os cuidados “normalmente exigíveis «com o intuito de», isto é, não assegura, nem pode assegurar, a obtenção de determinado resultado – a cura.”; No terreno jurisprudencial, Acórdão do STJ, de 18 de Setembro de 2007, Relator: Alves Velho, refere que, “A prestação do médico consiste na denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar”; Acórdão do STJ, de 24 de Maio de 2011, Relator: Hélder Roque, dita que, “o médico apenas está vinculado a uma obrigação geral de prudência e de diligência, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse resultado se produza, esperando-se apenas que assumam um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico, permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea (...)”; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2014, Relator: Roque Nogueira, in www.dgsi.pt; Numa posição contrária, FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ob. cit., págs. 110 a 112, que entende que a distinção operada quanto à natureza das obrigações é absolutamente dispensável, podendo, inclusive, conflitar com a presunção de culpa estabelecida no art.º 799.º, n.º1, do Código Civil. De todo o modo, não questiona que, em regra, a obrigação do médico consiste no tratamento e não na cura, sendo aquele o “resultado” da prestação do serviço; V., ainda, na doutrina Espanhola, RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *El “Resultado” de la Obligación del Médico. ¿ Ideas Sensatas Que Pueden Volverse Locas?* , in *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, Madrid, 2006, págs. 441 e ss., que parece colocar alguns entraves à habitual distinção doutrinal da obrigação do médico como sendo de meios ou resultado.

A este propósito, cumpre avançar, desde logo, a especialidade de *cirurgia plástica* ou, também apelidada, de cirurgia estética.

Numa fase mais inicial, sobretudo no Direito Francês, entendia-se que, independentemente da intervenção cirúrgica ou respectiva finalidade, qualquer facto praticado pelo médico, que determinasse a produção de danos ao paciente, tenderia a conduzir à imediata censurabilidade da conduta do operador, e, como tal, à sua culpa. Essa era a posição da doutrina e da jurisprudência, que, assim, buscava salvaguardar, de forma extensa, os interesses do paciente em relação a uma especialidade em que, aparentemente, não se colocavam problemas de tratamento ou cura, e, portanto, de carácter *terapêutico*.

Hoje em dia, havendo, porém, quem reconheça, genericamente, o carácter de obrigação de meios à cirurgia plástica, com o fundamento de que em qualquer procedimento a ser realizado existirá sempre um certo grau de imprevisibilidade quanto ao seu curso, além de riscos associados, a verdade é que o grande dilema tem jazido, sobretudo, um passo antes, nomeadamente no objectivo ou finalidade que se pretende obter com a realização da competente intervenção.

E, aqui, é mister considerar-se uma divisão da cirurgia plástica em duas tipologias atento o seu âmbito de actuação: cirurgia *reparadora* ou *reconstrutiva* e cirurgia (puramente) *estética* ou *cosmética*.

Quanto ao primeiro caso, a intervenção cirúrgica destina-se a recuperar, restaurar ou corrigir uma lesão ou deformação *graves* de carácter congénito ou adquirido.

A este respeito, tomam nota de destaque as intervenções destinadas a *tratar* malformações *penosas* que condicionem a actividade física ou coloquem em risco a integridade pessoal ou vida do paciente, como, por exemplo, lesões nos membros superiores ou inferiores ou, ainda, a excisão de tumores da pele. Por outro lado, um adicional campo de actuação de enorme relevância consiste na reparação de sequelas de queimaduras ou traumas físicos resultantes de acidentes de viação, nomeadamente de carácter *crânio-encefálico*.

No que concerne à segunda hipótese, o procedimento cirúrgico comporta um papel puramente estético, com diminuto timbre funcional, onde se procura, sobretudo, aperfeiçoar ou melhorar certas imperfeições, não graves, as mais das vezes, tendo por base um critério essencialmente cosmético.

De facto, indiquem-se, neste contexto, os procedimentos de colocação de implantes ou próteses mamários por motivos cosméticos ou mesmo a rinoplastia, na ausência de doença respiratória grave (apneia)⁸⁷.

Ante o exposto, alguma jurisprudência tem considerado que a cirurgia reparadora mantém os limites tradicionais da obrigação de meios, pelo que a cirurgia puramente estética encerra em si mesmo a verificação de um resultado específico.

Neste passo, aliás, se pronunciou o Acórdão do STJ, de 15 de Dezembro de 2011, ao prefigurar que, em certas circunstâncias, “o médico está vinculado a obter um resultado concreto, constituindo exemplo (...) a cirurgia estética de embelezamento”, e não já “a cirurgia estética reconstrutiva geralmente considerada como exemplo cirúrgico de obrigação de meios (...)”⁸⁸.

Ora, não recusamos que nas cirurgias reparadoras subjaz um evidente sentido terapêutico, direccionado à saúde física e com evidente repercussão no plano emocional, pelo que, nas cirurgias puramente estéticas, em seu turno, o escopo terapêutico surge diluído entre motivações cosméticas e o bem-estar psíquico que o sucesso do procedimento poderá implicar.

Na prática, todavia, na maioria das situações, a linha divisória entre uns e outros casos parece ser difícil de delimitar, sem prejuízo de que, em rigor, muitos procedimentos exigem uma componente de precisão e destreza igual ou superior a outras especialidades cirúrgicas, e, todos eles, comportam determinados riscos.

Defendemos, neste passo, que o problema deverá ser colocado sob um prisma distinto, *sito* no patamar do *dever de informação* do médico ao paciente e, bem assim, quanto ao sentido objectivo que esses esclarecimentos prestados tomaram na esfera jurídica do segundo.

Por conseguinte, se o médico prestou informações tendentes a assegurar ou a garantir indelevelmente a obtenção de um determinado resultado, tendo o paciente

⁸⁷ Cfr. MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 183 a 202; FERNANDA GONÇALVES GALHEGO MARTINS, *A Responsabilidade Penal do Cirurgião Plástico e a Conduta do Paciente*, Coimbra Editora, 2011, págs. 84 a 86.

⁸⁸ Cfr. Acórdão do STJ, de 15 de Dezembro de 2011, Relator: Gregório Silva Jesus; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Relator: Filipe Carço, “ (...) Por vezes, ainda que partindo de uma obrigação de meios, é exigível ao clínico que atinja um resultado. Tem-se defendido que tal exigência ocorre, por exemplo, nas intervenções cirúrgicas estéticas de embelezamento (não já nas reconstitutivas ou de reparação) (...) Aceitamos a admissibilidade da obrigação de resultado no contrato médico, mas saber se uma obrigação pertence a um ou outro tipo depende das circunstâncias da espécie, que sempre devem ser cuidadosamente ponderadas.”; Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2009, Relator: Pires da Rosa, em que designa a obrigação da cirurgia estética, como “ (...) obrigação de *quase resultado* porque é uma obrigação em que só o resultado *vale a pena*.”, in www.dgsi.pt.

ficado plenamente convicto de que o mesmo iria ocorrer, a obrigação poderá revestir contornos mais aproximados da obrigação de resultado, e, eventualmente, identificar-se com ela. Na verdade, cremos, ainda, que este entendimento poderá ser extensível, também, às situações de falha ou cumprimento defeituoso do dever de informação, em que o paciente tenha ficado na errónea convicção de que o resultado pretendido estaria absolutamente afiançado. Destarte, caberia, assim, ao médico, entre outros aspectos, prestar os esclarecimentos adequados e verificar se aquele paciente em concreto os apreendeu devidamente, antes de proceder à tomada de decisão.

Em todo caso, tratar-se-ia de uma acção de responsabilidade civil por violação do dever de informação, pelo que, fora deste conspecto, difícil de apurar, e que apenas terá relevância a nível casuístico, entendemos que a cirurgia estética deverá merecer, como princípio geral, a natureza jurídica de *obrigação de meios*⁸⁹.

Aqui chegados, cumpre, ainda, indicar, de forma breve, outros casos, onde subsistem dúvidas quanto ao teor jurídico da obrigação assumida.

Começamos, desde logo, com a hipótese de cirurgia de vasectomia e de laqueação de trompas, que, sem prolegómenos, classificamos de *obrigação de meios*, desde logo, porque, em nenhuma delas, pode ser assegurado tecnicamente o resultado anticoncepcional pretendido. De facto, no que concerne à primeira, existe o risco de recanalização espontânea dos ductos deferentes, e, já no que tange à segunda, o risco de repermeabilização.

⁸⁹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 626 a 629, que entende que o modo como é prestada a informação, designadamente, no que respeita às finalidades da intervenção em cirurgia estética, poderá determinar que a mesma possa ver “transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meios em obrigação de resultado”; neste traçado, na doutrina Espanhola, JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., págs. 89 a 106, defende que, nas circunstâncias em que o médico tenha concedido a informação necessária e “(...) ilustrado correcta e exhaustivamente a su paciente, incluso de la eventualidad de un mal resultado con la posibilidad de empeoramiento, en su caso, del aspecto estético”, a obrigação do cirurgião deverá classificar-se de “obligación de medios acentuada, reforzada o especialmente qualificada”. Quanto aos casos em que, através da prestação de informação, e mediante um critério de “publicidad promocional”, tenha ocorrido um pleno “aseguramiento” do resultado, aquela poderá tomar-se como obrigação “propia de resultado”. E tal justifica-se, essencialmente, em sede da violação *in casu* do dever de informação e não “por las peculiaridades del acto quirúrgico”; No mesmo sentido se pronuncia, aliás, a jurisprudência Espanhola: STS de 26 de Abril de 2007, Relator: Villagómez Rodil, STS de 23 de Maio de 2007, Relator: Xiol Ríos; Ainda, no Direito Brasileiro, em igual entendimento, VANDERBY LACERDA, *apud* MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 187 a 189; entendendo que o médico cirurgião plástico assume uma obrigação de meios, mas reconduzindo o problema ao dever de informação; EDUARDO DANTAS, *A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico. A Cirurgia Plástica como Obrigação de Meio*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 69 a 79; V., ainda, nesta matéria, GÉRARD MÉMETEAU, *Clinique Privée: Incompétence du Médecin et Obligation d’Information*, *Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 11 de Junho de 2009, in *Recueil Dalloz*, Ano 186.º, n.º 6/7411, 11 de Fevereiro de 2010, págs. 363 a 367, a propósito de um caso de falha de informação médica em cirurgia estética.

Em sentido equivalente decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Outubro de 2007, que dita que a laqueação de trompas não se destina a “remover “um mal de saúde” da paciente”, tendo como “finalidade exclusiva (...) alcançar um método anticoncepcional definitivo que não se revelou eficaz (...)”. Por outro lado, “o risco de sucesso da laqueação não é obviamente de 100%, nem tal foi assegurado à Autora”⁹⁰.

Na verdade, estando ante uma cirurgia voluntária ou electiva, o dever de informação terá que comportar, bem assim, um peso acrescido, já que a respectiva violação poderá desembocar em acções de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*, nos termos dos art.^{os} 70.º, n.º1, e 483.º, n.º1, do Código Civil.

A título final, deixe-se, ainda, a nota meramente enunciativa quanto às especialidades médicas de imagiologia, radiologia e anatomia patológica, em que, apesar do rigor expectável na obtenção dos resultados, cremos deverem merecer, em regra, o qualificativo de *obrigação de meios*⁹¹.

3.4. O Ónus da Prova da Culpa

Importará tomar-se em análise o regime do ónus da prova na medicina privada, considerando, para tal, os limites estabelecidos pelo regime contratual e extracontratual.

⁹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Outubro de 2007, Relator: Isabel Salgado, in *www.dgsi.pt*.

⁹¹ Cfr., no entanto, Acórdão do STJ de 4 de Março de 2008, Relator: Fonseca Ramos, que defende que não poderão merecer igual tratamento jurídico os actos médicos consubstanciados em procedimentos ou intervenções difíceis e complexas, onde, “no estado actual da ciência”, a cura surge inalcançável, quando tomados em comparação com outros, que correspondem a intervenções mais simples e habituais. De facto, no primeiro caso, o médico vincula-se a uma obrigação de meios, subserviente, apenas, aos ditames das *leges artis*, ao passo que o segundo se deve enquadrar numa obrigação de resultado, já que “implica a afirmação de uma resposta peremptória”. Assim sendo, os exames feitos no âmbito das *análises clínicas* ou de *bioquímica*, onde a “margem de incerteza” é diminuta, ou até mesmo de outras especialidades, como, por exemplo, a *radiologia*, em que o risco envolvido ao paciente é, igualmente, diminuto, não podem senão qualificar-se como obrigações de resultado; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Novembro de 2013, Relator: Manuel Marques; neste sentido, EUGENIO LLAMAS POMBO, *La Responsabilidad Civil del Médico, Aspectos Tradicionales y Modernos*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, pág. 79, entendendo que não existe, no âmbito das análises clínicas, qualquer componente aleatória; V., ainda, uma recente decisão do STJ, onde, de forma, cremos, absolutamente incorrecta, se entendeu que o médico ginecologista-obstetra, em virtude de se tratar de médico especialista, entenda-se por contraponto a um médico generalista, assume uma obrigação de resultado; Acórdão do STJ, de 7 de Outubro de 2010, Relator: Ferreira de Almeida, dita do seguinte modo, tratando-se de “*médico especialista*”, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico *dever de emprego da técnica adequada*” mostra-se compreensível “a *inversão do ónus da prova*, por se tratar de uma *obrigação de resultado* – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (*prova do incumprimento*), o que tem por base uma *presunção da censurabilidade ético-jurídica* da sua conduta.”, in *www.dgsi.pt*.

3.4.1. Responsabilidade Contratual

No palco da responsabilidade contratual, e atendendo ao plasmado nos art^{os} 344.º, n.º1, e 799.º, n.º1, do Código Civil, uma vez tendo sido provada, pelo credor (lesado), a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação do devedor (lesante), opera uma presunção de culpa sobre este último, que terá, como tal, que provar que os danos não derivam de *culpa* sua.

Ora, sendo a obrigação assumida pelo médico uma obrigação de meios, poderia dar-se o caso de impossibilidade por parte do paciente (credor) de provar a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação do médico (devedor) ou dos seus auxiliares e fazer daí emergir a presunção de culpa, com a inevitável consequência de que cairia sobre o paciente o pesado ónus de provar a culpa do médico⁹².

Pela nossa parte, não cremos que assim seja, embora deva reconhecer-se alguma dificuldade por parte do doente em provar a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da conduta obrigacional do médico.

Figueiredo Dias e Sinde Monteiro referem que o doente terá uma difícil tarefa de provar, *objectivamente*, que os cuidados de saúde aplicados não foram os melhores ou mais adequados, estando, portanto, justificado em pleno o incumprimento do contrato. Destarte, o paciente terá a seu cargo a prova de que o médico não foi diligente, aplicado, dedicado, ou zeloso, estando depois a cargo do médico, por inversão de prova, o dever de provar que não teve culpa, e que cumpriu o seu dever de diligência, aí se fundamentando em critérios técnicos ou das *leges artis*⁹³. No fundo, a prova do não cumprimento ou cumprimento defeituoso é atribuída ao paciente, mas *o ónus da prova da culpa* recai sobre o médico.

Seguimos na esteira destes autores, cuja posição, a este respeito, é, aliás, genericamente partilhada pela jurisprudência, conforme dita o Aresto de 9 de Março de 2010, do Tribunal da Relação de Lisboa, “2. Ainda que se entenda que a obrigação a que o médico está adstrito é uma *obrigação de meios*, tendo presente a especial dignidade dos interesses afectados pelo (in) cumprimento, o desequilíbrio (estrutural) da relação estabelecida entre o médico e o doente, a particular dificuldade na efectivação da tutela de tais interesses, à luz das preocupações crescentes do legislador de

⁹² Ou dos seus auxiliares.

⁹³ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, ob. cit., pág. 46.

favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais débil, impende sobre o prestador de serviços médicos uma *presunção de culpa*, que lhe cumpre elidir, se pretender furtar-se à obrigação de indemnizar, por falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso (nos termos gerais da responsabilidade contratual, como decorre do art. 799.º, n.º 1, do CC).”⁹⁴.

Naturalmente, que quem propugne pela verificação pontual da obrigação de resultado na actividade médica teria estes problemas, certamente, dissipados ou aliviados, dada a acrescida e imediata facilidade ao paciente em demonstrar apenas a não ocorrência do resultado pré-acordado.

De todo o modo, apesar da importância dogmática que possa ser conferida à apontada distinção entre obrigação de meios e de resultado, acreditamos que, em termos práticos, mesmo tomando-se como regra no vínculo médico-paciente a obrigação de meios, o seu relevo é diminuto, sendo perfeitamente aplicável a *presunção de culpa* do art.º 799.º, n.º1, do Código Civil⁹⁵.

Como ensina, aliás, Antunes Varela, a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado “não pode ser levada demasiado longe. Se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não soube actualizar-se; (...) é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas, porque estas se encontram sujeitas, como todas as demais, ao *dever geral da diligência exigível do devedor*”⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Março de 2010, Relator: Maria do Rosário Morgado; Acórdão do STJ, de 18 de Setembro de 2007, Relator: Alves Velho, que indica que, uma vez que o médico assume uma obrigação de meios, “Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artes*, só depois funcionando a *presunção de culpa*, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente; O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (acto ilícito), ele mesmo”; Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2002, Relator: Afonso de Melo, que dita que, “Sobre o médico incide a *presunção de culpa* estabelecida no art.º 799, n.º 1, do CC, ainda quando de obrigação de meios se trate.”. V., também, Cassazione Civile, Sezione Unite, 11 de Janeiro de 2008, n.º577, in *Danno e Responsabilità*, Ano XIII, Agosto-Setembro de 2008, *pág. 871*, “(...) Una diversa regola probatoria non potrebbe essere introdotta in base alla superata distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi. Tale distinzione, infatti, non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d’opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni.”.

⁹⁵ Cfr., também, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, *pág. 142*, que, embora acompanhando o entendimento de que nas obrigações de meios se aplica a *presunção de culpa* do art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, cabendo ao doente “demonstrar que o processo que visava obter a cura não foi conduzido com a adequada diligência”, defende, todavia, que a distinção da natureza jurídica das obrigações não encontra base de suporte no Direito Português, sobretudo, porque “aquilo a que o devedor se obriga é sempre uma conduta” e o credor, nos termos do art.º 398.º, n.º2, do Código Civil, “visa sempre um resultado, que corresponde ao seu interesse”.

⁹⁶ In ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *ob. cit.*, *pág. 86*, nota de rodapé 2, em referência a Rescigno.

Neste passo, o paciente terá, desde logo, que provar o não cumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do médico, o que, em abono da verdade, implicará daquele a reunião e apresentação ao julgador da causa de todos os elementos que importem uma violação dos deveres impostos ao médico, e, bem assim, a ofensa aos ditames traçados pelas *leges artis*⁹⁷.

3.4.2. Responsabilidade Extracontratual

No que tange à responsabilidade extracontratual, salvo nos casos previstos na lei, em que decorre presunção de culpa, cabe ao credor (lesado) a prova da culpa do devedor, nos termos gerais do art.º 342.º, n.º1, do Código Civil.

3.4.3. As Dificuldades de Prova e a Importância das Presunções Judiciais

A actuação do médico, no exercício da sua actividade, deve obedecer a princípios de diligência e de cuidado, mostrando-se, além disso, imprescindível o cumprimento da prestação de informação e o respeito pelas *leges artis*, no âmbito do procedimento ou intervenção a serem realizados.

Não obstante, tem-se assistido a um aumento gradativo da litigância nos Tribunais Portugueses e noutros Ordenamentos Jurídicos, sendo nota dominante a

⁹⁷ *Cfr.*, neste sentido, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 344 e 345, que entende que o pressuposto da presunção de culpa do art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, reside no defeito do cumprimento do respectivo contrato, o qual terá que ser provado pelo autor da acção. Por outro lado, uma vez que obrigação do médico é de meios, não bastará a “prova da não obtenção do resultado previsto – a cura.”, pelo que o paciente haverá que demonstrar “(...) que o médico não empregou todos os meios, não praticou todos os actos considerados normalmente necessários para a prossecução daquela finalidade.”; ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Direito e Justiça*, *ob. cit.*, págs. 207 a 209, que não entrevê qualquer *brecha* à presunção de culpa do art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, cristalizada em sede contratual, quer se trate de obrigação de meios ou de resultado. Neste passo, o lesado haverá que fazer “prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 617 a 620 e 677 a 680, considera que a inversão do ónus a prova se justifica em pleno. Desde logo, atendendo à dignidade dos interesses em jogo, e ao “desequilíbrio estrutural da relação estabelecida entre o médico o doente”, que vai, aliás, de encontro ao esforço gradativo que vem sendo empreendido pelo legislador no sentido de criar mecanismos de resposta mais favoráveis ao lesado, enquanto “parte contratual mais fraca”; do mesmo autor, *Portugal, in Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2007*, (Coordenação Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, pág. 487, “In a contractual relation, the doctor (the debtor) has the burden of proof that he committed no fault. However, it must be stressed that the patient has the burden of proving the *wrongful performance* or *non-performance* of the medical duties.”; RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010, pág. 103.

dificuldade probatória que assiste ao lesado (paciente), designadamente no que concerne à culpa e ao nexo de causalidade.

Tal não se afigura uma surpresa, na medida em que, as mais das vezes, o paciente não dispõe de conhecimentos nem de experiência que lhe permitam, de facto, afiançar com clareza que a conduta do médico foi culposa e é causa adequada dos danos produzidos.

A adensar esta dificuldade apresenta-se a própria natureza aleatória que caracteriza a actividade médica, que autoriza, em certo passo, a entrada de riscos e de consequências que nem sempre podem ser previstos ou antecipados.

Para obviar a estes obstáculos que assolam a parte do lesado, a doutrina tem-se pronunciado, com mais ou menos acolhimento jurisprudencial, no sentido de avançar mecanismos probatórios que assim convidem a um maior equilíbrio processual entre as partes, sem, contudo, implicarem, necessariamente, uma inversão do ónus da prova⁹⁸.

3.4.3.1. *Res Ipsa Loquitur*

A este respeito, cumpre indicar, desde logo, nos domínios do *Common Law*, a *res ipsa loquitur*, isto é, a *coisa fala por si própria*⁹⁹.

Trata-se de um instrumento probatório que jaz no princípio de *evidência circunstancial*, nos termos do qual, a franca anormalidade, invulgaridade ou desproporcionalidade do dano, ou da sua produção, se apresentam suficientes para o julgador, através de um raciocínio lógico intuitivo ou dedutivo, sustentado num juízo probabilístico, de máximas da experiência ou da cognição humana, inferir da negligência do médico.

Neste contexto, são normalmente referenciados como paradigmáticos os casos de cirurgia a um membro inferior ou superior diferente do acordado, material de instrumentação (pinças, bisturis) ou de enfermagem (compressas) legados dentro do local cirúrgico, a presença de queimaduras na sequência de um tratamento de

⁹⁸ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *A Jurisprudência Portuguesa em Matéria de Responsabilidade Civil Médica: O Estado da Arte*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 38, Abril/Junho, 2012, pág. 22, indicando que muitas das acções de responsabilidade médica têm fracassado no que concerne à prova dos requisitos de responsabilidade civil.

⁹⁹ Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., pág. 240, nota de rodapé 218, recorda que a expressão *res ipsa loquitur* foi usada por Cícero no seu *Discurso pro Milone*; também, MARIANO ALONSO PÉREZ, *La Relación Médico-Enfermo, Presupuesto de Responsabilidad Civil (en torno a la “lex artis”)*, in *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, (Coordenação de Juan Antonio Moreno Martínez), Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pág. 49.

coagulação de alta frequência, hipoxia pós-anestésica num indivíduo sem antecedentes de risco, queda de dentes no tubo digestivo, intoxicação por alumínio em doentes renais que realizem hemodiálise¹⁰⁰.

Ora, a primeira referência a esta teoria surge precisamente, em 1863, num caso do Direito Inglês, *Byrne v. Boadle*, em que um indivíduo abriu um golpe na cabeça, na circunstância de um saco de farinha que caiu da varanda de um armazém, tendo o respectivo tribunal invocado que, em circunstâncias normais, isto é, sem negligência, tal não teria sucedido¹⁰¹.

De todo em todo, o litígio considerado chave neste instrumento probatório apenas surge em 1865, em *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*, numa situação aparentemente similar, em que um indivíduo fora lesado na cabeça por sacos de açúcar provenientes de um armazém, tendo o juiz da causa indicado que, “There must be reasonable evidence of negligence. Both where the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by defendants, that the accident arose from want of care.”¹⁰².

Por sua vez, cumpre referir o caso *Mahon v. Osborne*, em 1939, em que foi legada uma zaragatoa (cotonete) na zona de intervenção cirúrgica, que, não tendo sido detectada a tempo, motivou a morte do paciente. Neste passo, Lord Goddard pronunciou-se no sentido de que, “As it is the task of the surgeon to put swabs in, so it is his task to take them out and if the evidence is that he has not used a reasonable standard of care he cannot absolve himself, if a mistake has been made, by saying, I relied on the nurse”¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob.cit., págs. 680 a 682; ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, 2004, pág. 275.

¹⁰¹ Cfr. *Byrne v. Boadle* (2 Hurl. & Colt. 722, 159 Eng. Rep. 299, 1863), cujo Sir Baron Pollock refere, “It is the duty of persons who keep barrels in a warehouse to take care that they do not roll out, and I think that such a case would, beyond all doubt, afford *prima facie* evidence of negligence. A barrel could not roll out of a warehouse without some negligence, and to say that a plaintiff who is injured by it must call witnesses from the warehouse to prove negligence seems to me preposterous.”.

¹⁰² Cfr. *Scott v. London and St. Katherine Docks Co.* (1865) 3 H & C 596.

¹⁰³ Cfr. *Mahon v. Osborne* (1939) 2 KB, 14, 50; num sentido próximo, *Urry v. Bierer* (1955) *The Times*, 15 July, CA; V., também, *Saunders v. Leeds Western Health Authority* (1985) C.L.Y. 2320, num caso de paragem cardiorespiratória posterior a 30 minutos após administração de anestésico; na Irlanda, *Lindsay v. Mid-western Health Board* (1993) L.L.R.M 550, em que o paciente entra em estado comatoso durante uma intervenção, aparentemente simples, ao apêndice.

Mais recentemente, destaque-se, ainda, o litígio *Wright v. Carter*, no Supremo Tribunal de Indiana, em 1993, num caso de cirurgia efectuada ao membro inverso, em que foi considerado que, “in some situations, a physician’s allegedly negligent act or omission is so obvious that expert testimony is unnecessary.”¹⁰⁴.

Refira-se, ainda, que a *res ipsa loquitur*, enquanto mecanismo facilitador da prova da culpa, e, bem assim, do nexos causal, obedece ao preenchimento de certos pressupostos ou requisitos básicos para a sua verificação.

Em primeiro lugar, não deverá figurar ou existir prova sobre como e porque motivo ocorreram ou se produziram os danos. Por outro lado, terá que presumir-se ou intuir-se que o dano não poderia ter sido produzido, se não fora a actuação ou omissão culposa (negligente) do médico. Além disso, essa presunção de responsabilidade pelo dano deverá pesar sobre o médico que *pessoalmente* trata o paciente. Finalmente, o dano não poderá ter ocorrido por circunstâncias que façam prever ou deduzir a culpa ou mera culpa do paciente¹⁰⁵.

Sucedem, porém, que tratando-se de litígios exclusivamente médicos, a questão torna-se mais complexa, desde logo, pela existência de alguns entraves assentes no facto de que a ciência médica não se afigura totalmente exacta. Neste passo, o resultado danoso em relação ao qual se pretende invocar a regra da *res ipsa loquitur* deverá circunscrever-se fora dos riscos normais e previsíveis do respectivo tratamento ou intervenção cirúrgica, situando-se, desta feita, num plano de total inadequação ou extrema imprevisibilidade, fortemente indiciadoras de negligência, e, portanto, de violação das *leges artis* por parte do médico responsável¹⁰⁶.

Por outro lado, embora não exista um entendimento totalmente unânime no Direito da *Common Law*, a doutrina e jurisprudência maioritárias têm caminhado no sentido de que este instrumento probatório, em regra, não imprime uma automática inversão do ónus da prova ou uma condenação imediata do réu¹⁰⁷.

Na verdade, como refere John Healy, atendendo ao facto de que a teoria *res ipsa loquitur* é uma presunção que arranca de uma evidência circunstancial “it is not sufficient to cause a legal burden of proof to shift to the defence.”. Entende o autor que

¹⁰⁴ Cfr. *Wright v. Carter*, 622 N.E.2d 170, 171 (Ind. 1993); Cfr., também, J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, 8ª Edição, Oxford University Press, 2010, págs. 146 e 147.

¹⁰⁵ Cfr. ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Direito e Justiça*, ob. cit., pág. 220.

¹⁰⁶ Cfr., a este propósito, *Wilkinson v. Vesey*, [110 R.I. 606, 295 A.2d 676] (1972); no Canadá, *Girard v. Royal Columbian Hospital* [1976] 66 D.L.R. (3d) 676, 691 (B.C.S.C.); ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, ob. cit., pág. 273.

¹⁰⁷ Cfr., no Canadá, *Rietze v. Bruser* (No. 2) [1979] 1 WWR 31.

esta “*permissive approach looks on res ipsa loquitur as an evidential practice and not a fixed rule of law (...)*”, acrescentando, no entanto, mais à frente que, inevitavelmente, “if the defendant adduces no rebuttal evidence, “the plaintiff will have proved his case.” ”¹⁰⁸.

De todo em todo, a sua aplicação prática é adequada, tendo-se estendido, com algumas adaptações, a inúmeros Ordenamentos Jurídicos, designadamente ao nível jurisprudencial, aí apresentando um papel de importância notória em favor do lesado em sede de responsabilidade civil¹⁰⁹.

3.4.3.2. A Prova *Prima Facie* (*Anscheinsbeweis*)

No Direito Alemão, as preocupações relativas ao ónus da prova permitiram a emergência e consolidação gradativa de um mecanismo probatório que arranca da teoria *res ipsa loquitur* e do respectivo conceito de *evidência circunstancial*, tomando o nome de prova *prima facie* ou por primeira aparência (*Beweis des Ersten Anscheins*).

Trata-se de uma regra que assenta, sobretudo, os seus pilares nos chamados eventos ou acontecimentos típicos (*typischen Geschehensabläufen*), ou seja, aqueles em relação aos quais, de um modo geral, atentas as regras e máximas da experiência, se presume que só poderiam ter derivado de uma *específica* causa ou *determinado* facto culposos.

Com efeito, se um caso apresenta uma circunstância fáctica ou evento que, de acordo com os princípios mais basilares da experiência ou da cognoscibilidade humana, é, no sentido expendido, *típico*, permitir-se-á, nesse passo, inferir ou deduzir, à *primeira* aparência, que o dano só poderá resultar de (determinada) conduta culposa, designadamente, revestindo tons de clara omissão de diligência e zelo devidos¹¹⁰.

¹⁰⁸ In JOHN HEALY, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, Sweet and Maxwell, London, 1999, págs. 198 e 199, referindo, também, em Inglaterra, o litúgio *Ng. Chun Pui v. Lee Chuen Tat* [1988] RTR 298.

¹⁰⁹ Cfr. ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, ob. cit., págs. 266 a 275; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., págs. 239 a 244.

¹¹⁰ Cfr. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, Coimbra Editora, 2004, pág. 125, nota de rodapé 14, que refere que, “entender que na aparência (...) determinado facto ou situação procede ou radica em uma certa causa, ou, o que vale sensivelmente o mesmo, que uma dada causa aponta *típicamente* num certo sentido ou para um certo resultado.”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 342 e 343.

Por outro lado, a sua aplicabilidade prática na jurisprudência Alemã, embora premente, sobretudo em sede de Direito Médico, não tem implicado, via de regra, a inversão do ónus da prova¹¹¹.

Ainda assim, tal como sucede, em moldes aproximados, no Direito Inglês, se o lesado invocar a prova *prima facie* e o lesante não contrapor, nomeadamente, aqui, demonstrando a *atipicidade* do evento, o julgador tenderá a considerar a culpa como provada.

Deixe-se, a este propósito, a nota de relevo para o Acórdão do BGH de 10 de Julho de 1956, que reproduz um caso frequente na jurisprudência, em que material cirúrgico fora legado na cavidade torácica de uma paciente, que havia sido submetida a uma mastectomia, presumindo-se, como tal, a culpa do cirurgião¹¹².

3.4.3.3. A Teoria do Dano Desproporcionado

No Direito Espanhol, a *res ipsa loquitur* encontra a sua expressão concreta na chamada *teoria do dano desproporcionado*, que jaz no pressuposto de que, se numa determinada situação o dano produzido se apresenta de tal forma *desproporcionado*, atentas as regras e princípios comuns da experiência ou da lógica, presume-se que o mesmo só poderá ter resultado de actuação negligente (culposa).

Como indica Julio Galán Cortés, vertendo este mecanismo probatório no terreno da responsabilidade médica, “si en el tratamiento médico se produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico y éste no explica a causa de tal daño, este resultado desproporcionado acredita su culpa y el nexo causal entre su actuación y el daño, es decir, que este daño desproporcionado se causó por la acción u omisión del médico.”¹¹³.

¹¹¹ Cfr. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, ob. cit., págs. 131 e 130 a 133, que destaca que só em casos *extremos* de negligência grosseira a jurisprudência Alemã tem admitido a inversão do ónus da prova, indicando, nomeadamente o exemplo do uso de um líquido de ampola cuja abertura havia sido efectuada na véspera do procedimento, BGH VersR (1968) 498.

¹¹² Cfr. BGH de 10 de Julho de 1956 (VersR 1956) 577; atentamente, ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, ob. cit., págs. 275 a 282, que destaca que a primeira sentença que aplicou a regra da prova *prima facie* no Direito Alemão recua, desde logo, à decisão do Supremo Tribunal *Reichsgericht*, em 1900 (RG JW 1900); para mais desenvolvimentos, HOLGER FLEISCHER, *Schadenersatz für Verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, in *Juristenzeitung*, Heft, 1999, págs. 768 e ss; DIETER GIESEN, *Arzthaftungsrecht. Die Zivilrechtliche Haftung aus Medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, 5ª Edição, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2007.

¹¹³ In JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., págs. 239 a 244.

De facto, a jurisprudência Espanhola tem mostrado receptividade plena a este mecanismo probatório, e, embora exista alguma diversidade quanto às suas consequências práticas, tem-se reconhecido, sobretudo no terreno médico, uma tendência para aliviar a carga probatória do lesado (paciente), fazendo, assim, operar uma presunção *desfavorável* sobre o devedor (médico), que terá que ser, por este, contraposta ou *desvirtuada*.

Neste passo, cumpre enunciar a STS de 22 de Maio de 1998, que afirma que a “desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico de urgencias (flemón dentario) y el luctuoso y grave resultado (muerte del paciente) que, en poco tiempo se produce” permite concluir que deverá corresponder aos médicos e ao centro hospitalar “en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable (...)”. Por sua vez, a STS de 19 de Julho de 2001, dita que, “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente”.

Em bom rigor, com a aceitação da *teoria do dano desproporcionado*, vislumbra-se um esforço louvável da jurisprudência Espanhola no sentido de equilibrar a relação processual, fazendo cair no médico o ónus de provar que a *presunção desfavorável* sugerida pela evidência lógica das circunstâncias não apresenta fundamento e, como tal, o dano não deriva de culpa sua¹¹⁴.

¹¹⁴ Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., págs. 241 e 242, nota de rodapé 226, e págs. 243 e ss., considera que esta teoria, num sentido mais genuíno ou puro, não importa uma efectiva inversão do ónus da prova, ou melhor, uma alteração automática, *per se*, das regras probatórias da responsabilidade civil, consistindo, apenas, numa “presunción judicial cualificada de culpa”, que exigirá do demandado a prova da sua diligência, isto é, de uma “contraprueba”, a fim de eximir-se de responsabilidade; Neste sentido, STS de 15 de Fevereiro e 26 de Julho de 2006, 23 de Maio de 2007, 20 de Julho de 2009; MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, ob. cit., págs. 124 a 126, referindo-se a uma “presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado”. V. ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, ob. cit., págs. 288 e 289, referindo que, em casos de dano desproporcionado ou de “culpa virtual”, o Tribunal Supremo tem admitido “explícitamente” a presunção de culpa do médico; JAVIER LARENA BELDARRAÍN, *El Proceso por responsabilidad civil médica: Consideraciones en materia probatoria, in Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional*, ob. cit., págs. 312 a 315, que refere que a jurisprudência Espanhola, em casos de “resultado adverso” em que a “negligencia aparece como la causa más probable del mismo”, parece apontar, em circunstâncias pontuais, para uma presunção de culpa do médico, não se vislumbrando, de todo, qualquer forma de responsabilidade objectiva; CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico*, ob. cit., págs. 221 a 229.

3.4.3.4. O Ordenamento Jurídico Português

No Direito Interno não foi esboçada, nem está consagrada qualquer teoria específica quanto aos mecanismos de facilitação probatória.

A jurisprudência, por seu turno, não tem apresentado, a este respeito, um entendimento consensual, vislumbrando-se, ainda, alguma inflexibilidade no terreno das regras clássicas de repartição do ónus probatório, que imprimem, assim, ao paciente uma tarefa difícil e até *diabólica*.

De um lado, poder-se-iam referir, antes de mais, alguns relevantes Arestos onde as dificuldades probatórias determinaram o enfraquecimento da acção, conduzindo à não condenação do médico responsável.

Com efeito, o Acórdão do STJ, de 22 de Maio de 2003, compreende uma situação fáctica em que a paciente sofreu, maioritariamente, complicações de ordem neurológica, na sequência de uma cirurgia à coluna cervical. Neste passo, o Acórdão pronunciou-se no sentido de que não ficou provado que o réu, médico ortopedista, tivesse actuado de modo a prefigurar uma conduta negligente. Por outras palavras, a paciente não conseguiu produzir prova bastante de que, no decurso do diagnóstico, tratamento ou intervenção, foram omitidos deveres de diligência ou de cuidado, que, como tal, poderiam ter “levado à cura” ou “atenuado a doença”¹¹⁵.

Na mesma linha, indique-se o Acórdão do STJ, de 22 de Fevereiro de 2005, que, num quadro de ordem crânio-encefálica, se concluiu que, atendendo a que o doente se encontrava lúcido, não se registando quaisquer alterações, quer no exame radiológico, quer neurológico, não figuram, assim, “documentos, elementos, prova, que permitam contrariar a conclusão de que não impende culpa sobre o réu sob a forma de negligência.”¹¹⁶.

Destaque-se, ainda, um recente Aresto do STJ, de 15 de Outubro de 2009, que reproduz um caso em que uma paciente em perfeita saúde é submetida a uma intervenção cirúrgica de lipoaspiração, por médico que não era especialista em cirurgia plástica, tendo a mesma decorrido no respectivo consultório. Na sequência da administração de fármacos anestésicos, por parte do médico anestesista, sofreu de

¹¹⁵ Cfr. Acórdão do STJ, de 22 de Maio de 2003, Relator: Neves Ribeiro, in *www.dgsi.pt*; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Notas Esparsas Sobre Responsabilidade Civil Médica – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 119 a 150.

¹¹⁶ Cfr. Acórdão do STJ, de 22 de Fevereiro de 2005, Relator: Pinto Monteiro, in *www.dgsi.pt*.

problemas cardíacos graves que conduziram ao seu falecimento. Ambos os médicos alegaram que a falência cardíaca e consequente morte resultaram de uma reacção alérgica grave (choque anafilático) em virtude da administração das doses anestésicas necessárias ao procedimento.

Trata-se de uma acção interposta pelos pais, em relação à qual, os médicos foram absolvidos, porquanto, os autores não conseguiram fazer prova da violação das *leges artis* e “da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte”, ao passo que os réus provaram ter actuado com diligência¹¹⁷.

Por outro lado, cumpre, ainda, referir outras decisões em que se verifica uma perspectiva mais abonatória do paciente, e onde, não raras vezes, o circunstancialismo evidencial é tão significativo, que permite um *aligeirar* da prova ou uma recondução aos mecanismos próprios do art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, concernentes à presunção de culpa, que o médico não conseguir ilidir.

E, neste contexto, adiante-se, nomeadamente, o Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2002, que compreende uma cirurgia a um dedo da mão esquerda, por médico ortopedista, que, em face da presunção de culpa do art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, não conseguiu demonstrar ter actuado com diligência, tendo sido condenado.

De facto, afirma o Acórdão que, “Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional”, pelo que “(...) Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil (...) O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico.”¹¹⁸.

Considere-se, ainda, o Acórdão do STJ, de 27 de Novembro de 2007, onde se entrevêm algumas reminiscências aos casos antes explanados em sede da *teoria res ipsa loquitur*. A situação fáctica relembra, na verdade, os “*swab cases*” e corresponde a uma intervenção cirúrgica ao ombro esquerdo, em virtude de um acidente de trabalho, tendo sido legada uma compressa na respectiva zona operatória. Apesar da enfermeira

¹¹⁷ Cfr. Acórdão do STJ, de 15 de Outubro de 2009, Relator: Rodrigues dos Santos. Refira-se que o Acórdão, apesar de não colocar obstáculos quanto à aplicabilidade da presunção de culpa prevista no art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, no seio da responsabilidade contratual médica, e mesmo nas obrigações de meios, deixa, no entanto, a ressalva de que, “A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil (...) no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna” apresenta como corolário imediato “um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva.”

¹¹⁸ Cfr. Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2002, Relator: Afonso de Melo.

instrumentista ter procedido à contagem do material cirúrgico, não tendo sido, aí, registadas quaisquer falhas, o Acórdão entendeu, contudo, que impedia sobre o médico um dever de diligência em certificar-se que, antes de efectuar a sutura, nenhum “corpo estranho” era deixado na cavidade cirúrgica¹¹⁹.

Finalmente, importa ainda evidenciar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Setembro de 2007, que contempla um caso de diagnóstico incorrecto de neoplasia da próstata, constante do relatório do médico de anatomopatologia, que veio, assim, a determinar uma intervenção cirúrgica absolutamente desnecessária (prostatectomia radical) e com “consequências devastadoras” na saúde do paciente.

Neste passo, o Tribunal condenou o respectivo médico, tendo em apreço a presunção de culpa prevista no art.º 799.º, n.º1, do Código Civil, no palco da responsabilidade contratual, assente, aqui, na admissibilidade da *prova prima facie* (prova de primeira aparência), isto é, de uma “(...) técnica dedutiva que permite concluir pela existência de negligência médica em virtude de a experiência comum revelar que no curso normal das coisas, certos acidentes não poderão ocorrer senão devido a “causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado” ”¹²⁰.

De facto, a presente decisão tomou em conta o instrumento probatório que constitui a *prova prima facie*, no sentido de que as consequências danosas que se verificaram na esfera jurídica do paciente são de tal forma desfasadas ou gravosas, atento um princípio comparativo ditado pelas máximas da experiência, vertido ao respectivo quadro espaço-temporal dos factos, que se infere ou deduz que as mesmas só tiveram lugar por força de manifesta falta de diligência ou imprudência do médico.

Pela nossa parte, cumpre indicar que na construção dogmática que subjaz aos instrumentos de facilidade probatória não se contempla, por norma, uma inversão das regras gerais do ónus da prova.

Em bom rigor, o que se pretende é inevitavelmente *amparar* o paciente (lesado), colocando-o, em determinados momentos, numa posição de maior igualdade processual para com o médico (lesante), que está certamente mais apetrechado, sobretudo, em termos de conhecimentos técnicos, para se eximir de eventual responsabilidade.

¹¹⁹ Cfr. Acórdão do STJ, de 27 de Novembro de 2007, Relator: Rui Maurício, onde parece evidenciar-se o princípio de divisão do trabalho vertical, remetendo, neste caso, ao cirurgião, enquanto chefe da equipa, uma certa margem de coordenação e vigilância; na medicina pública, Acórdão do STA, de 29 de Junho de 2005, Relator: Costa Reis, numa situação de cirurgia a um rim saudável ao invés do patológico, tendo o Tribunal decidido em termos condenatórios; Acórdão do STA, de 23 de Fevereiro de 2005, Relator: Edmundo Moscoso, em que o Tribunal condenou o hospital ao respectivo ressarcimento ao autor, num caso em que fora legada uma “pinça de coração” na cavidade abdominal.

¹²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Setembro de 2007, Relator: Rosa Ribeiro.

Temos, por conseguinte, que em circunstâncias absolutamente *clamorosas* como aquelas em que, tratando-se de uma intervenção sem complexidade técnica, o paciente acaba por sofrer um dano *desproporcionado* ou *extravasado* face ao normal desenrolar ou evoluir dos acontecimentos assim ditados pela experiência comum, dever-se-á *presumir* que o mesmo só poderá ter provindo de má prática médica, isto é, de falta de diligência, zelo, ou cuidado devidos¹²¹.

Destarte, estando lançada uma presunção *desfavorável*, ou melhor, uma presunção de culpa sobre o médico, caber-lhe-á provar que actuou com toda a diligência, empenho e prudência adequados, respeitando as *leges artis*, e que, portanto, o resultado agreste não deriva de culpa sua¹²².

¹²¹ A este propósito, deixe-se a referência, nos cuidados de saúde reprodutiva, à colocação inadequada de um DIU que venha a determinar perfuração uterina, ficando situado na cavidade abdominal, com lesão de órgãos como intestino e apêndice, e passível de desencadear, bem assim, hemorragia grave ou infecção por sépsis.

¹²² *Cfr.*, no mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 690 e, para mais desenvolvimentos, págs. 677 a 690, que reconhece alguns esforços erguidos por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de promover uma maior “equidade probatória”, considerando, bem assim, que não poderá adoptar-se uma conduta resignativa em relação à “frequente absolvição” do médico, por força da “imposição de uma carga probatória “diabólica”” sobre o paciente. Neste passo, partilha do nosso entendimento de que, em situações de “dano desproporcionado face a intervenções de fácil execução, deve recair sobre o médico o ónus de provar que o desenlace negativo não se ficou a dever a culpa sua.”; nesta matéria, MANUEL ANTÓNIO DO ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª Edição, Almedina, 2007; para um estudo exaustivo sobre a jurisprudência em responsabilidade civil médica, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *A Jurisprudência Portuguesa em Matéria de Responsabilidade Civil Médica: O Estado da Arte*, *ob. cit.*, págs. 14 a 27.

CAPÍTULO II
A INFORMAÇÃO EM DIREITO MÉDICO

1. O Consentimento Informado e Direito à Autodeterminação do Indivíduo nos Cuidados de Saúde

1.1. A Afirmação Doutrinal e Jurídico-Legal do Consentimento Informado

O consentimento informado está hoje perfeitamente sedimentado no Direito da Medicina e na doutrina.

A sua emergência aos terrenos da Bioética veio, assim, redimensionar a relação-médico paciente, permitindo estruturar um claro equilíbrio, ao conferir a cada indivíduo o direito de ser correctamente esclarecido antes de autorizar ou não a prossecução de determinado procedimento ou intervenção cirúrgica.

Trata-se, na verdade, de um verdadeiro mecanismo protector da autonomia do paciente na gestão dos cuidados da saúde, constituindo a sua omissão fundamento, em diversas circunstâncias, de responsabilização do médico por violação do dever de informação.

Por outro lado, a sua consagração operou-se lentamente, tendo dado os primeiros passos no século XVIII, pelo que, só a partir da Segunda Guerra Mundial, conheceu uma das primárias expressões jurídicas, designadamente no Código de Nuremberga, em 1948, e sob a forma de *consentimento voluntário*.

Num palco casuístico, é nos EUA, no litígio *Salgo v. Leland Stanford Jr.*, em 1957, no Tribunal de Apelação da Califórnia, que, segundo a generalidade da doutrina, se encontra radicado o exemplo mais paradigmático da figura do consentimento informado.

Compreende um caso de paralisia irreversível em virtude da realização de uma aortografia translombar, cujo médico cirurgião e radiologista responsáveis foram demandados por não terem informado adequadamente o paciente sobre os riscos da respectiva técnica diagnóstica.

Desta feita, o Juiz da causa afirma *explicitamente* que, “a physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment.”¹²³.

¹²³ Cfr. *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (1957); RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, ob. cit., pág. 125; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 107, destacam que a expressão *intelligent consent* veio, na prática, gradativamente, a ser substituída até à actual figura do consentimento informado, tendo, para tal, contribuído a introdução do conceito de *therapeutic privilege*.

Na sequência deste litígio, outros foram surgindo, importando destacar-se, aqui, o caso *Natanson v. Kline*, em 1960, no Supremo Tribunal do Kansas, a propósito da violação negligente do consentimento informado, tendo a paciente intentado uma acção contra o médico por falha no dever de informação dos riscos do procedimento, no âmbito da administração de uma terapia radioactiva à base de cobalto, aquando de uma mastectomia. Na verdade, a paciente alegou não ter sido devidamente alertada dos riscos do competente acto médico.

Por conseguinte, o Tribunal entendeu que a obrigação de informação se consubstancia em “disclose and explain to the patient in language as simple as necessary the nature of the ailment, the nature of the proposed treatment, the probability of success and alternatives, and perhaps the risks of unfortunate results and unforeseen conditions within the body”, avançando, mais à frente, em plena afirmação do critério do *reasonable doctor*, que, “the expert testimony of medical witnesses is required to establish whether such disclosures are in accordance with those which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances.”¹²⁴.

A título posterior, referencie-se, ainda, o caso *Canterbury v. Spence*, em 1972, no Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, em que o paciente, por força de sintomatologia dolorosa na omoplata e coluna, foi submetido a uma cirurgia denominada de laminectomia, para tratamento de ruptura de disco intervertebral, vindo a padecer, na sua consequência, de paralisia grave. Uma vez intervencionado novamente, o médico neurocirurgião não conseguiu reverter ou minorar o respectivo quadro clínico.

Neste contexto, o Tribunal entendeu que, “due care normally demands that the physician warn the patient of any risks to his well-being which contemplated therapy may involve”, tendo estabelecido um marco importante ao introduzir o conceito de *reasonable* ou *prudent patient*, ao ditar que, “a risk is thus material when a reasonable

¹²⁴ Cfr. *Natanson v. Kline* 186 Kan. 393 (1960). 350 P.2d 1093; V., ainda, no Ordenamento Inglês, *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] WLR 582, que, num caso de terapia electroconvulsiva para tratamento de estado depressivo, o paciente sofreu múltiplas fracturas, designadamente na zona pélvica, tendo intentado uma acção contra o médico responsável, no sentido de que este actuou com negligência, já que não o informou devidamente dos riscos do tratamento e de que tais consequências danosas poderiam ter sido menores se tivessem sido administrados fármacos com actuação relaxante sobre os músculos. O Tribunal absolveu o médico, atento um critério de *Standard Professional*, que, na verdade, corresponde, em moldes aproximados, ao *reasonable doctor*. Com efeito, “A doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled”, ou, ainda, “a proper standard of competent professional opinion”; Trata-se de um padrão que vingou no Direito Inglês até finais do século XX, mas que, sobretudo, no palco do *quantum* de informação a ser transmitido, tem sido progressivamente abandonado pela doutrina e jurisprudência; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001, págs. 212 a 214; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, ob. cit., págs. 122 a 132.

person, in what the physician knows or should know to be the patient's position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to forego the proposed therapy.”¹²⁵.

Legue-se, ainda, a nota, no palco Francês, quanto ao *Arrêt da Cour de Cassation*, de 21 de Fevereiro de 1961, que veio remeter ao médico o dever de prestar uma “*information simple, approximative, intelligible et loyale*”, conteúdos, aliás, que passaram para o *Code de Déontologie Médicale*, de 1995, e que hoje imperam no *Code de la Santé Publique*, concretamente no art.º R4127-35¹²⁶.

Por outro lado, e de forma gradual, vão, também, emergindo diplomas internacionais, reforçando os direitos do paciente e o papel do consentimento informado.

Neste segmento, cumpre salientar as *Cartas de Direitos e Deveres dos Pacientes* que foram tomando lugar em diversos Ordenamentos Jurídicos, principiando com a *Declaração de Direitos do Hospital Beth Israel de Boston* e a *Declaração de Direitos do Martin Luther King Health Center de Nova York*. Em França, A *Carta de Direitos e Deveres dos Pacientes (droits et les devoirs des patients)* (1974); Por sua vez, em Espanha, a *Carta de Derechos y Deberes del Paciente del Insalud*, de 1984, e, em

¹²⁵ Cfr. *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir.1972); ainda, no processo de concretização do consentimento informado, *Cobbs v. Grant*, 104 Cal RPtr 505 (1972), no Tribunal da Califórnia e *Truman v. Thomas* (165 Cal. Rptr. 308) 1980, no Tribunal da Califórnia; Cfr. RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, ob. cit., págs. 125 a 143; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., pág. 189; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 106 a 121; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, ob. cit., pág. 27, que refere, ainda, o caso *Reibl v. Hughes*, em 1981, no Supremo Tribunal do Canadá, onde se considera que a violação do dever de informação constitui uma clara infracção do dever de cuidado que impende sobre o médico.

¹²⁶ Cfr. Art.º R4127-35, “Le médecin doit à la personne qu’il examine, qu’il soigne ou qu’il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu’il lui propose. (...)”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., pág. 61; J. HUREAU e D. POITOUT, *L’expertise Médicale en Responsabilité Médicale et en Réparation d’un Préjudice Corporel*, 3ª Edição, Elsevier–Masson, 2010, pág. 234; EDUARDO DANTAS, *How Informed Should Consent Be? A Brief Analysis on Consent and Autonomy Under The European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º17, 2012, págs. 51 a 56, referindo, também, o caso *in Re F* (1990) 2 AC 1, no Reino Unido, cuja decisão ditava que, “The ability of the ordinary adult to exercise a free choice in deciding whether to accept or refuse medical treatment and to choose between treatments is not to be dismissed as desirable but inessential. It is a crucial factor in relation to all medical treatment.”; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., pág. 36, que evidencia, também, uma decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão, em 1958, com o seguinte texto, “Um doente desconhecedor de assuntos médicos olha para o médico como para um conselheiro e espera deste conselho e informação (...). O conveniente respeito pelo direito de autodeterminação do paciente aumentará, ao invés de diminuir, a confiança no seu médico”, acrescentando, ainda, que o respeito pela vontade do paciente se traduz no respeito pela sua “liberdade e a sua dignidade enquanto ser humano”. Desta forma, o Acórdão veio delimitar de, um lado, a posição do médico como prestador da informação, salvaguardando, bem assim, doutro passo, a autonomia do paciente ante um concreto procedimento ou intervenção.

Portugal, a *Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes*, publicada pelo Ministério da Saúde, em 1997.

Em relação já às fontes jurídicas do consentimento informado, sobretudo, no âmbito de produção *legislativa formal*, indique-se, desde logo, que as mesmas comportam grande densidade histórica, coincidindo com relevantes marcos na evolução do consentimento informado, verdadeiramente propulsores e defensores da dignidade e autonomia do indivíduo.

Com efeito, apontem-se, nesta sede, a Declaração de Helsínquia (1964), enquanto Código de Conduta no plano da investigação, experimentação e ensaios clínicos sobre seres humanos¹²⁷; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), que, em sede do consentimento, vem tipificar, de forma inédita, pelo seu art.º 7.º, o primeiro normativo internacional¹²⁸; a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997); a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina ou Convenção de Oviedo (1997)¹²⁹; a Lei n.º 2002-303, de 4 de Março – *Loi Relative aux Droits des Malades et à la Qualité du Système de Santé* - França (2002); a Lei 41/2002, de 14 de Novembro – *Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica* - Espanha (2002); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)¹³⁰; a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia-Geral da Unesco (2005)¹³¹.

¹²⁷ Trata-se de uma Declaração que conheceu a última versão em Outubro de 2013 - www.wma.net/en/, cumprindo salientar os art.ºs 26 e 27.º; *Cfr.*, também, NEIL C. MANSON e ONORA O'NEILL, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, 1ª Edição, Reimpressão, Cambridge University Press, 2008, págs. 8 e 9, que referem, a propósito da versão de 2004, que foram, aí, introduzidos exigentes critérios em circunstâncias de ensaios clínicos em seres humanos. Com efeito, a Declaração “requires researchers to use *explicit* written and documented procedures in requesting and obtaining consent, and to seek *specific* consent to envisaged research projects. It repeatedly emphasises the information that researchers are to provide to research subjects.”.

¹²⁸ Art.º 7.º, “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inhumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.”.

¹²⁹ Art.º 5.º, “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”, in www.gddc.pt.

¹³⁰ Art.º 3.º, “1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”, in www.eur-lex.europa.eu.

¹³¹ *Cfr.* Art.º 6.º e 7.º, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

No que tange ao Ordenamento Português, o espaço jurídico do consentimento informado, enquanto direito à autodeterminação do indivíduo nos cuidados de saúde, está previsto em inúmeros textos legais.

De facto, em sede Constitucional, a CRP, que, no seu art.º 25.º, reconhece o *direito à integridade pessoal*, sendo que no art.º 26.º, n.º1, protege o direito ao *desenvolvimento da personalidade* e, no n.º3, a garantia da *dignidade pessoal e identidade genética do ser humano* no âmbito da investigação e experimentação científicas.

No campo juscivilístico, concretamente, no Código Civil, cumpre referir a Tutela Geral da Personalidade prevista no art.º 70.º, n.º1, podendo destringar-se, aí, o direito à *integridade física e moral* e, nesse passo, o direito à autodeterminação do indivíduo. Com enorme relevância, refira-se, também, o art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, aplicável em circunstâncias de responsabilidade civil por violação do dever de informação.

Também, no quadro Criminal, o Código Penal, pelo art.º 156.º, relativo aos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, atento o disposto no art.º 150.º; art.º 157.º, quanto ao dever de esclarecimento, art.º 142.º, interrupção voluntária da gravidez, e o art.º 38.º e art.º 149.º, no caso de ilícito contra a integridade física, praticado por indivíduo que não seja médico ou esteja legalmente autorizado, seja ofensivo das *leges artis*, ou, ainda, desprovido das finalidades terapêuticas elencadas no art.º 150.º.

Finalmente, indiquem-se, ainda, de forma breve, a Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto); o Estatuto Hospitalar (Decreto-Lei n.º48357, de 27 de Abril de 1968); Investigação Clínica (Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril); Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho); a Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho); o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro), *maxime*, art.ºs 44.º a 50.º¹³².

¹³² Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 345 a 355; do mesmo autor, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, págs. 79 a 104; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, *ob. cit.*, págs. 32 a 41; Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento Informado – Relatório Final*, 2009, págs. 115 a 121, onde são destacados os desafios para o futuro, tendo o Professor Doutor Guilherme de Oliveira propugnado pela criação de uma lei geral que regule o regime do consentimento informado, agrupando-se, bem assim, a vasta legislação dispersa; V., neste passo, o Projecto de Lei n.º 788/X - Direitos dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado, e Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a - Direito dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado.

1.2. Requisitos de Validade do Consentimento Informado

1.2.1. Concepções Gerais

No nosso Direito Interno, como se analisou, *supra*, está definitivamente consagrado o consentimento informado enquanto figura inscrita num quadro jurídico de defesa dos bens jurídicos civis da autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde e da sua integridade física e moral, abrigados no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e art.º 25.º, n.º1, da CRP, atento o art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Por outro lado, seguindo a doutrina maioritária, entendemos que, tanto nas intervenções médicas de *benefício próprio*, como nas de *benefício alheio*, se trata de um *consentimento tolerante*, regulado nos moldes epigrafados pelo art.º 340.º, do Código Civil, sendo livremente revogável, não gerando, como tal, obrigação de indemnizar a contraparte, que não arroga quaisquer legítimas expectativas¹³³.

Doutro passo, a sua validade depende do preenchimento cumulativo de determinados requisitos ou pressupostos, materiais e formais: Capacidade, Dever de Esclarecimento, Liberdade e Voluntariedade, Respeito pelos Bons Costumes e Ordem Pública, Forma.

1.2.2. Capacidade Decisória

A *capacidade decisória* ou *capacidade para consentir* corresponde a um conceito que, no Direito Português, não dispõe de tipificação legal ou definição sistemática, quer em termos dogmáticos, quer doutrinários, pelo que, exceptuadas que estejam, no palco médico, concretas situações, expressamente taxadas¹³⁴, poderão

¹³³ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, págs. 131 a 133, nota de rodapé 284, referindo que, no âmbito da relação médico-paciente, este não assume qualquer “dever jurídico” de seguir os ensinamentos ou orientações veiculadas pelo médico. E, na verdade, se o paciente optar por não o fazer, não existirá qualquer direito de ressarcimento em favor do médico. Poder-se-á falar, quanto muito, de “*expectativas de facto*”; em sentido distinto, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, Centelha, 1981, págs. 91 e ss., defende, a propósito das noções de consentimento tolerante, autorizante e vinculante, que, nas intervenções em benefício *alheio* ou *geral*, se trata de um consentimento *autorizante*, livremente revogável, embora com a obrigação de ressarcimento da contraparte, nos termos do art.º 81.º, n.º2, do Código Civil; ainda, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, págs. 408 e 409.

¹³⁴ Cfr., por exemplo, Art.º 8.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho, e relativa à Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, a propósito da dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células em menores; Art.º 6.º, n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, no que respeita à Procriação Medicamente Assistida, em que as técnicas de PMA só poderão ser utilizadas em indivíduos com, pelo menos, 18 anos, não interditos ou inabilitados por anomalia psíquica.

tomar-se, para aquela finalidade, *apenas* como linha de apontamento ou de guia, e, destarte, com alguma elasticidade, os critérios da capacidade negocial, ou seja, da capacidade de gozo e de exercício¹³⁵. E entendemos que tal assim suceda, pese embora o consentimento não consistir, *rectius*, num negócio jurídico, mas sim num “exercício da liberdade de vontade” do indivíduo em relação à gestão do seu corpo e da sua saúde¹³⁶.

Neste seguimento, há *incapacidade de gozo* do direito de consentir, e, portanto, nulidade do consentimento, quando o paciente não chega, sequer, a ser sujeito da relação jurídica ou do direito em causa¹³⁷, tal-qualmente sucede com um jovem de 18 anos que pretenda submeter-se a uma vasectomia, atento o art.º 10.º, n.º1.º, da Lei n.º 3/84, de 24 de Março, que dita que a esterilização voluntária apenas está permitida a maiores de 25 anos.

Por outro lado, a *incapacidade de exercício* do direito de consentir determina a anulabilidade do consentimento¹³⁸.

Integram-se, aqui, desde logo, a incapacidade dos interditos (art.ºs 138.º e ss., do Código Civil), suprida pelo respectivo tutor, e a incapacidade dos menores, suprida pela autoridade parental, ou, subsidiariamente, pelo tutor (art.ºs 123.º, 124.º e 130.º, do Código Civil)¹³⁹.

Legue-se, apenas, a este propósito, a nota de relevo que a idade de dezoito anos que impõe o art.º 130.º, do Código Civil, afigura-se estar desajustada da realidade do consentimento informado enquanto mecanismo de autodeterminação nos cuidados de saúde, *maxime*, em certos terrenos da Medicina, em que os competentes métodos de

¹³⁵ De facto, o consentimento informado, enquanto causa de exclusão da ilicitude, abrangida no art.º 340.º, do Código Civil, assume a natureza de acto jurídico simples ou *stricto sensu*, podendo, assim, beneficiar, cremos cautelosamente, sempre que a analogia o permita, do regime jurídico dos negócios jurídicos, conforme assim legitima o art.º 295.º, do Código Civil; para mais aprofundamentos, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, págs. 139 e 170 e ss., que defende que os “limites rígidos da capacidade negocial não são vinculativos para o consentimento”. Não obstante, as suas regras, marcadas por uma “longa tradição dogmática”, podem, na realidade, “constituir um “ponto de orientação” na estruturação da capacidade para consentir.”.

¹³⁶ In JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, *ob. cit.*, pág. 198; ainda, para uma análise do consentimento em Direito Penal, no âmbito médico, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, págs. 449 e ss..

¹³⁷ Cfr. Art.ºs 67.º, 295.º e 286.º, do Código Civil.

¹³⁸ Cfr. Art.ºs 295.º e 287.º, do Código Civil.

¹³⁹ Cfr., também, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, 2ª Reimpressão, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2012, págs. 220 a 250.

actuação invasivos são uma constante e em que a maturidade do *consentente* é, não raras vezes, solicitada antes da *maioridade* civil¹⁴⁰.

Guilherme de Oliveira defende, aliás, que, neste espaço de progressiva autonomização do menor, a lei civil autoriza já algumas “maioridades especiais”, como seja, o art.º 1886.º, do Código Civil, na educação religiosa, que aponta o marco dos dezasseis anos, ou mesmo do art.º 1981.º, n.º1, al. a), do Código Civil, em relação ao consentimento do adoptante, atracado na idade de 12 anos¹⁴¹.

Acresce ainda que, o próprio Código Penal, no seu art.º 38.º, n.º3, alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, estabelece que, “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

Neste conspecto, seguindo, até mesmo, ao encontro da orientação traçada pelo legislador no Código Penal, e na falta de legislação específica, cremos que se vislumbram razões bastantes para que, também em Direito Civil, ao menor com mais de 16 anos que, *simultaneamente*, apresente maturidade para discernir o alcance, dimensão e consequências da actuação médica, num tratamento clínico ou intervenção cirúrgica, lhe seja efectivamente reconhecida capacidade para prestar o consentimento informado¹⁴².

Por outro lado, no que respeita aos inabilitados, temos que, salvo decisão judicial em contrário, na hipótese de cuidados de saúde básicos, o consentimento prestado será válido, pelo que, nas demais situações, mostra-se recomendável que sejam *assistidos* por um curador, aplicando, como tal, de forma teleológica, o art.º 153.º, n.º1, do Código Civil¹⁴³.

¹⁴⁰ V.g., Consultas de Medicina Dentária.

¹⁴¹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pág. 240.

¹⁴² GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pág. 241, nota de rodapé 2, e pág. 243, que, analisando a redacção anterior do art.º 38.º, n.º3, do Código Penal, que estabelecia a idade do consentimento em Direito Penal em 14 anos, considera que o consentimento do menor, em cuidados de saúde, é um consentimento tolerante, na medida em que os consentimentos “vinculantes” ou “autorizantes”, isto é, os compromissos jurídicos, o vínculo jurídico com a clínica e o pagamento da respectiva contraprestação de honorários, continuam a cargo dos pais; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., págs. 202 a 222.

¹⁴³ O art.º 153.º, n.º1, do Código Civil, está situado num quadro jurídico de bens patrimoniais e não pessoais, remetendo autorização do curador em actos de disposição de bens entre vivos e outros “especificados na sentença”. Transpondo tal entendimento para o terreno da saúde, em que, desde logo, estão em jogo bens pessoais, e, atento o espírito da norma, entendemos que, regra geral, e sem prejuízo de análise casuística, apenas os actos médicos que vão além dos cuidados primários ao inabilitado deverão figurar na sentença, e, portanto, merecer a assistência do curador.

1.2.3. Dever de Esclarecimento

Na verdade, o paciente terá que ser informado em relação ao tratamento médico ou intervenção cirúrgica, pelo que a omissão do *dever de esclarecimento* implica a nulidade do consentimento, ao abrigo do prefigurado no art.º 294.º, do Código Civil, e, bem assim, articuladamente, nos art.ºs 340.º e 81.º, do Código Civil.

A obrigação de informar, que se situa, em bom rigor, um passo antes da prestação do consentimento informado, é devida pelo *médico*, em regra, pelo médico assistente que procede ao acompanhamento do paciente e está a par do competente processo clínico, sendo, à partida, quem executará a intervenção e/ou prescreverá o tratamento¹⁴⁴.

Quanto ao respectivo *conteúdo*, na ausência de um regime-regra ou padrão e, tomando em apreço o plasmado, neste passo, em algumas disposições legais, como, *inter alia*, o art.º 157.º, do Código Penal, a Base XIV, n.º1, al. e), da Lei de Bases da Saúde, art.º 50.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, entendemos como sendo imperativos: o estado de saúde e o diagnóstico; a finalidade do tratamento ou da intervenção, estando aqui acolhidos, também, os efeitos secundários a médio e longo prazo; os benefícios ou vantagens do tratamento ou da intervenção e inerentes riscos *previsíveis e graves*; o prognóstico; as possibilidades alternativas ao tratamento ou à intervenção e seus efeitos secundários, vantagens, riscos e prognóstico; recusa do tratamento ou da intervenção sugeridos e consequências a médio e longo prazo¹⁴⁵.

¹⁴⁴ O dever de esclarecimento é *exclusivo* do médico, concretamente em respeito aos *actos médicos* em equação, não sendo autorizada a sua prestação por outro profissional, v.g., um enfermeiro, especialista ou não. A este propósito último, cumpre indicar, aliás, o disposto no art.º 84.º, do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98 de 21 de Abril, e alterado pela Lei n.º 111/2009, de 16 de Setembro, nos termos do qual, o legislador, em respeito ao direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, faz cair na pessoa do enfermeiro o dever de informação do doente e da família, todavia *exclusivamente* no que concerne à sua esfera de actuação, ou seja, aos *cuidados de enfermagem*; também, Parecer da Ordem dos Enfermeiros, EP02/07, de 15 de Março de 2007, sob o tema, *Consentimento Informado para Intervenções de Enfermagem*; SÉRGIO DEODATO, *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Almedina, 2008, págs. 144 a 151 e 165 a 168; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, ob. cit., pág. 157, referindo que o “consentimiento posee, en principio, un carácter personal, alcanzando sólo al médico a quien se otorga”.

¹⁴⁵ Em Portugal, o entendimento actual vai no sentido de se comunicarem ao paciente os riscos *previsíveis e sérios* (graves), afastando-se, destarte, por completo, do traçado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de Julho de 1973, que atendia, *maxime*, aos riscos “(...) que do tratamento resultem com frequência e com sérias probabilidades estados mórbidos (...)”. Em Espanha e na Holanda, a linha de pensamento aparenta ser semelhante. Na Bélgica, a jurisprudência tem privilegiado a informação dos riscos *normais e razoavelmente previsíveis*, estando, aqui, descartados os riscos raros, ainda que graves, ou riscos menores conquanto que previsíveis. Em França, a *Cour de Cassation*, em 1998, e o *Conseil d'État*, em 2000, alteraram, por completo, o critério na informação dos riscos, sendo posição dominante

Doutro passo, quanto ao *modo de veiculação ou transmissão* da informação ao paciente, importa destacar que, ao longo de, praticamente, todo o século XX, aceitou-se a tese de que a transmissão da informação deveria assentar no padrão do *reasonable doctor*. Com efeito, a informação estaria completa, se o médico comum, médio, sensato e razoável, uma vez colocado em igual situação, procedesse à transmissão daquele conteúdo, especificamente daquele modo¹⁴⁶.

Esta posição mais paternalista foi, depois, substituída pelo critério do *reasonable patient* ou do indivíduo médio, comum, nos termos do qual, a completude do processo informativo seria ditada, assim, por um apuramento de carácter abstracto¹⁴⁷.

De todo o modo, a manifesta insuficiência destes dois padrões motivou a adopção do critério subjectivo do *paciente concreto*. Por outras palavras, a informação deverá estar voltada directamente para aquele paciente defronte ao médico, com a sua realidade, personalidade e *modus vivendi* específicos¹⁴⁸.

aquela que aceita a comunicação de *todos os riscos*, incluindo os riscos graves, mesmo que raros. Finalmente, na Alemanha, o médico deverá informar o paciente dos *riscos frequentes* e mesmo os *raros*, na medida em que afectem o paciente em questão; Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 367 a 386, que giza um estudo exaustivo nesta temática, expondo, a teoria dos riscos significativos, defendida por alguma doutrina; do mesmo autor, *Existing Challenges in Medical Liability: Causation, Burden of Proof and Informed Consent*, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º10, 2008, págs. 109 e ss., que refere, “If it is clear that the physician has an obligation to inform, there are doubts about how thorough the information shall be.”

¹⁴⁶ Cfr., nos EUA, *Natanson v. Kline* 186 Kan. 393 (1960). 350 P.2d 1093; em Inglaterra, *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] WLR 582; com alguma evolução, mas mantendo, ainda assim, o critério *Bolam*; *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital Governors* [1985] AC 871, em que a paciente, por força de sintomatologia dolorosa nas costas, braço e ombro, resultantes de um acidente de trabalho, é intervencionada por um neurocirurgião, não tendo conhecido melhoras. Uma vez submetida a nova intervenção, acabou por ficar parcialmente paralisada. A paciente alegou, em tribunal, que não foi devidamente informada dos riscos neurológicos de que veio a padecer. Apesar do respectivo médico ter sido absolvido, cumpre indicar que Lord Scarman, vencido na sua posição, propugnou, em jeito similar aos EUA e Canadá, a adopção do critério do *reasonable patient*. Por sua vez, o Lord Templeman, respeitando, aparentemente, o critério *Bolam*, adianta que a informação deverá contemplar os riscos que possam ser *especiais* para aquele paciente, “a doctor ought to draw the attention of a patient to a danger which may be special in kind or magnitude or special to the patient.”; ainda, *Gold v. Haringey Health Authority* [1988] QB 481; *Blyth v. Bloomsbury Health Authority* (1993) 4 Med L. Rev. 15 1.

¹⁴⁷ Cfr., nos EUA, *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir.1972; no Canadá, *Reibl v. Hughes* [1980] 2 S.C.R. 880; na Austrália, *Rogers v. Whitaker* (1993) 67 ALJR 47.

¹⁴⁸ Cfr., nos EUA, *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (1979); *Bourgeois v. McDonald*, 622 So.2d. 684 (La. Ct. App. 1993); JAIME STAPLES KING e BENJAMIN MOULTON, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, in *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 32, n.º4, 2006, pág. 445, que consideram que a orientação dominante nos EUA é, ainda, a do *reasonable patient*; V., ainda, no Direito Inglês, a posição do *General Medical Council*, no seu art.º 4.º, 2ª parte, “Individual patients may want more or less information or involvement in making decisions depending on their circumstances or wishes.”, art.º 28.º, 2ª parte, “The amount of information about risk that you should share with patients will depend on the individual patient and what they want or need to know.”, e 31.º, 1ª parte, “You should do your best to understand the patient’s views and preferences about any proposed investigation or treatment, and the adverse outcomes they are most concerned about.”, in www.gmc.org.uk; num sentido mais favorável a este critério, traduzindo um novo entendimento jurisprudencial, *Smith v. Tunbridge Wells HA* [1994] 5 Med LR 334; *Pearce v. United Bristol Healthcare NHS Trust* (1998) 48 BMLR 118; *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41; [2005] 1 A.C. 134.

Facilmente se compreende que este critério é aquele que melhor serve os interesses do paciente, já que a transmissão da informação, *o quantum* do seu conteúdo e respectiva especificidade estão coordenados, de permeio, com os elementos que *pessoalmente* relevam para aquele indivíduo em concreto, que irá submeter-se ao competente procedimento ou intervenção cirúrgica.

Como destacam, a este propósito, Ruth R. Faden e Tom L. Beauchamp, “This is the most promising course to ensure that the patient or subject will receive information that is personally material – that is, the kind of description that will permit the subject or patient, on the basis of his or her personal values, desires, and beliefs, to act with substantial autonomy.”¹⁴⁹.

E, com efeito, esta posição, que adoptamos, tem, aliás, sido merecedora de forte receptividade, em Portugal, nomeadamente, por Guilherme de Oliveira, João Vaz Rodrigues e André Dias Pereira¹⁵⁰.

No que concerne, em seu turno, ao discurso informativo, entendemos que o mesmo deverá compreender, preferencialmente, termos despidos da sua veste técnica, revelando-se, portanto, *simples e perceptível para aquele paciente em concreto*.

Por outro lado, a informação deverá ser *suficiente*, no sentido de que o *quantum* de informação veiculada satisfaça as dúvidas e interesses do paciente e permita uma absorção conclusiva dos elementos a tomar em análise, para efeitos de uma decisão

¹⁴⁹ In RUTH R. FADEN e TOM L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, *ob. cit.*, págs. 306 e 307; Cfr. TOM L. BEAUCHAMP e JAMES CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 127, que indicam que, “the subjective standard is the preferable moral standard of disclosure, because it alone meets persons’ specific informational needs. Em todo o caso, avançam que, “we should use the reasonable person standard as the initial standard of disclosure and then supplement it by investigating the informational needs of particular patients or potential research subjects.”; JAIME STAPLES KING e BENJAMIN MOULTON, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, *ob. cit.*, pág. 445, consideram que o critério do paciente concreto é o que mais se conforma aos princípios éticos e legais que subjazem ao consentimento informado e ao seu escopo final. De todo o modo, nessa tarefa, “Creating a hybrid of the objective and subjective patient-based standards that also guides and protects physicians through the use of shared decision-making and decision aids will arguably improve patient autonomy.”; EMILY JACKSON, ‘Informed Consent’ to Medical Treatment and The Impotence of Tort, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, (Coordenação de Sheila A.M. Mclean), Ashgate, 2006, págs. 281 e 282, refere que, “A subjective standard of disclosure might appear more precisely to fulfill the autonomy-based justification for obtaining informed consent (...).”; JOSEPHINE SHAW, *Informed Consent: A German Lesson*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, n.º 4, 1986, págs. 878 e ss.; CLAUDIA CARR, *Unlocking Medical Law and Ethics*, Hodder Education, 2012, págs. 50 a 59; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, *ob. cit.*, pág. 219, alertando para as dificuldades quanto ao uso *exclusivo* deste critério, uma vez que o paciente nem sempre está a par da informação necessária para a sua tomada de decisão, e não se deverá esperar que os médicos façam um estudo exaustivo com cada paciente, de forma a apurar qual a informação fundamental.

¹⁵⁰ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 67; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, *ob. cit.*, pág. 258; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, págs. 444 e 445.

esclarecida, responsável e autodeterminada. E sê-lo-á, cremos, pela verificação de alguns passos:

A informação deve ser, clinicamente, *individual*, já que o esclarecimento terá que adequar-se a cada acto médico *per se*, ou a “cada conjunto de actos que constituam uma unidade, do ponto de vista dos riscos e das vantagens para o doente.”¹⁵¹.

Além disso, deve mostrar-se *casuística*, no pressuposto de que a informação veiculada terá que adaptar-se ao caso clínico em questão, ou seja, mostrar-se “ajuizada para o estágio de evolução do caso”¹⁵².

Por outro lado, deve ser *subjectiva*, isto é, pautar-se por aquele paciente em concreto, com a sua personalidade, motivações, necessidades, formação educacional, espaço sócio-profissional e língua-mãe específicos ¹⁵³.

Trata-se, também, de uma informação *não directiva*, pelo que o seu conteúdo deverá revelar-se isento, imprimindo, quanto muito, uma sugestão ou oferta do respectivo tratamento ou intervenção médica e não a sua imposição.

Deve, ainda, ser *eficaz*, no sentido de que caberá ao médico certificar-se que aquele paciente em concreto foi correctamente esclarecido da totalidade dos dados que lhe permitam decidir de maneira informada e consciente.

Na hipótese de formulários de consentimento informado, onde a informação prestada esteja contemplada na forma escrita, o médico deverá proceder à leitura e explicitação junto ao paciente, sendo fundamental que figurem espaços vazios por forma a inscreverem-se eventuais dados específicos, adequados ao caso ou paciente em questão.

¹⁵¹ In GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 68.

¹⁵² In JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., pág. 242, que defende que a informação deverá ser, aqui, oportuna.

¹⁵³ Cfr. DIETER GIESEN, *International Medical Malpractice Law: A Comparative Law Study of Civil Liability Arising From Medical Care*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 304, que afirma que, em comparação com o critério objectivo do paciente, o critério subjectivo encontra-se “better attuned to the values of each person and his or her inalienable right of self-determination”; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 108, acerca da noção de paciente concreto, “(...) involves a purely subjective judgement – that is, what would that particular patient have considered to be adequate information?”; ALFONSO ATELA BILBAO, *Consentimiento informado y lex artis ad hoc: Casuística en Bizkaia*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional*, ob. cit., pág. 172, indica que, “el acto de informar previo al consentimiento conlleva ínsito el ejercicio de valoración médica de los riesgos de la técnica o intervención de que se trate, como requisito previo indispensable a informar sobre ellos al paciente. Esta valoración, que ha de ser única y exclusiva para cada paciente concreto y en función de sus circunstancias, es uno de los cometidos más importantes del médico.”

O dever de esclarecimento conhece, no entanto, excepções ou limites, nomeadamente, em casos de urgência, privilégio terapêutico, e em respeito ao direito do paciente em não querer saber (*right not to know*)¹⁵⁴.

1.2.4. Liberdade e Voluntariedade

O consentimento tem que ser prestado de modo livre e voluntário, sem qualquer vício da vontade, como, por exemplo, erro, dolo e coacção, nos termos assim aplicáveis pelo art.º 295.º, do Código Civil¹⁵⁵.

1.2.5. Respeito pelos Bons Costumes e Ordem Pública

O consentimento deverá respeitar os bons costumes, enquanto padrões de moral pública e valores genericamente aceites e cristalizados, e a ordem pública, entendida como “o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”¹⁵⁶, sob

¹⁵⁴ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Fim da «Arte Silenciosa»*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pág. 111; Art.º 50.º, n.º3, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, “A revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar”; Art.º 10.º, n.º2, da CDHBio, “Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.”, atentas, no entanto, as excepções elencadas no art.º 26.º, n.º1, *in fine*, da respectiva Convenção, como, “(...) a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros”; No Direito Francês, o art.º L 1111-2, do *Code de la Santé Publique*, “La volonté d’une personne d’être tenue dans l’ignorance d’un diagnostic ou d’un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.”; também no Direito Espanhol, o art.º 9.º, n.º1, 2ª parte, da Lei 41/2002, de 14 de Novembro, *Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*, que dita, “Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.”.

¹⁵⁵ Cfr. JONATHAN HERRING, *Medical Law and Ethics*, 8ª Edição, Oxford University, 2012, págs. 161 e 162, indicando o litígio *Freeman v. Home Office* (No 2) [1984] QB 524, em que um paciente preso não teve alternativa senão sujeitar-se ao tratamento imposto pelos respectivos oficiais médicos. Não obstante, o Tribunal considerou que o consentimento prestado tinha sido válido, porquanto não existiu qualquer ameaça ou coacção psicológica; *Re T* [1992] 4 All ER 649, em que uma paciente sofre um acidente de viação, sendo transportada ao hospital. Após falar com sua mãe, *Testemunha de Jeová*, terá informado os médicos que não consentia na transfusão de sangue. O pai e o namorado intentaram uma acção no pressuposto de que a sua decisão resultou da pressão da mãe. O Tribunal prosseguiu no mesmo sentido, considerando que o dissentimento não foi objecto de uma posição totalmente independente ou autónoma da paciente; sobre os tratamentos médicos em detidos, V. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., págs. 304 a 310.

¹⁵⁶ In CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., págs. 557 e 558; também, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Facto Jurídico, Em Especial Negócio Jurídico, 9ª Reimpressão, Almedina, 2003, pág. 341, refere a *moral pública*, que

pena de nulidade, conforme se decanta a partir do previsto nos art.^{os} 280.º, n.º2, *ex vi* art.º 295.º, 340.º, n.º2, 81.º, n.º1, do Código Civil.

1.2.6. Forma

Em traços gerais, o consentimento que não tenha sido prestado ao abrigo da forma legalmente devida para o acto médico em questão é nulo, nos termos do art.º 220.º, do Código Civil.

Actualmente, exceptuados determinados procedimentos ou intervenções regulados em legislação específica, vale o princípio da liberdade de forma, assente no art.º 219.º, do Código Civil, *ex vi*, art.º 295.º, do Código Civil, sendo frequente a prestação por via oral.

Neste passo, cumpre enunciar, a título breve, algumas circunstâncias onde é o legislador que demarca as regras formais da prestação do consentimento, impondo que o mesmo seja realizado por escrito.

Trata-se, desde logo, da *interrupção da gravidez*, atento o art.º 142.º, n.º4, do Código Penal; realização de *técnicas de procriação medicamente assistida*, nos termos do art.º 14.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, em que o consentimento terá que ser assinado por ambos os beneficiários; na *colheita e transplante de órgãos e tecidos* de origem humana, no art.º 8.º, n.º6, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho; a realização de *testes genéticos diagnósticos ou de farmacogenética*, conforme imprime o art.º 9.º, n.º2, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro; *investigação sobre o genoma humano*, no art.º 16.º, n.º4, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

Por outro lado, em sede de diagnóstico pré-natal, no domínio da medicina pública, refira-se, ainda, o disposto no n.º 3, al. c), do Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, *Diário da República*, 2.ª série, n.º 180, de 6 de Agosto de 1997, que indica

prefigura, aqui, um carácter objectivo, designadamente, no que tange ao “*sentido ético imperante na comunidade social*”; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, *ob. cit.*, pág. 261, considera que os bons costumes correspondem aos “valores morais sociais” e a ordem pública aos “princípios sociais inderrogáveis fundamentantes do sistema jurídico”.

que, “As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido e, sempre que possível, por escrito”¹⁵⁷.

1.3. Ónus da Prova do Consentimento Informado e da Prestação de Informação

A responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado poderá decorrer em virtude da total ausência da sua prestação, ou, ainda, pelo não preenchimento de algum dos seus pressupostos ou requisitos, designadamente, por falha no dever de informação.

Neste passo, levanta-se a questão de apurar sobre quem deverá recair o ónus da prova do consentimento informado e o ónus da prova da prestação da informação.

De facto, nos termos previstos pelo art.º 342.º, n.º1, do Código Civil, caberá ao autor alegar os factos constitutivos do direito arrogado, sendo que, ao abrigo do n.º2, o réu terá a seu cargo que provar os factos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Ora, remetendo tais ensinamentos para o domínio da responsabilidade civil médica, temos que o paciente invoca o direito a ser ressarcido por danos (patrimoniais e/ou não patrimoniais), na sequência de violação do consentimento informado, quer pela sua inobservância, quer, ainda, por falha no esclarecimento ou transmissão da informação.

¹⁵⁷ Cfr. Código Deontológico da Ordem dos Médicos - Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro -, cujo art.º 48.º dita que, “1 - O consentimento pode assumir a forma oral ou escrita. 2 - O consentimento escrito e ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico. 3 - No caso de menores ou incapazes, o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente, nos termos do número 3 e 6 do artigo 46.º e do artigo 52.º.”; Circular Informativa da DGS n.º 15/DSPCS, de 23 de Março de 1998, nos termos da qual, a Direcção-Geral da Saúde, em sede de hospitais públicos, ou melhor, do Serviço Nacional de Saúde, sugeriu a adopção de formulários de consentimento informado, propugnando-se, assim, a forma escrita, em casos de “intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente”; no mesmo sentido, Circular Normativa da DGS n.º 015/2013, de 3 de Outubro de 2013, que revoga, no entanto, a anterior Circular Informativa, estabelecendo, destarte, a inscrição do consentimento informado no (s) respectivo (s) formulário (s) em Anexo, e, nos termos do art.º 6, as circunstâncias em que deve ser realizado por escrito; nesta temática, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 469 e 470 e 458 a 471, que, embora reconheça a importância positiva dos *formulários pré-elaborados*, sobretudo a nível reflexivo e de consciencialização, alerta que a sua utilização como mero “expediente” poderá conduzir a um verdadeiro “aligeirar” das obrigações do médico, em sede de prestação de informação; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., págs. 548 a 551, considera que os formulários deverão ser personalizados, já que aqueles que se encontram impressos de forma genérica não são suficientes para “acreditar el cumplimiento de esta obligación” de informação por parte do médico. Neste passo, relembra a STS de 9 de Maio de 2005, onde se refere expressamente que, “(...) se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos”; ainda, STS, de 25 de Outubro de 2010.

Em qualquer das hipóteses, porém, a ilicitude reside no não cumprimento ou cumprimento defeituoso de prestações de *facere*: consentir e/ou informar.

Cumpra referir, desde logo, que se trata de uma problemática que, embora sobre forte debate, não tem conhecido uniformidade a nível doutrinal, *maxime*, no que tange à prestação da informação.

Numa perspectiva mais legalista ou normativa, perfilhada por Guilherme de Oliveira, Teixeira de Sousa e João Vaz Rodrigues, acolhendo, *tout court*, o art.º 342.º, n.º1, do Código Civil, defende-se que é ao paciente, autor, que incumbe a prova do direito invocado. Por outras palavras, a esse caberá provar, dependendo dos casos, que *não prestou* o consentimento ou que *não foi devidamente informado* antes de o prestar.

Trata-se, como tal, de uma prova de facto negativo (*non facere*), que, na óptica de Guilherme Oliveira, poderá revelar-se difícil, recomendando-se, nesse sentido, o recurso ao consentimento escrito, que constituirá uma salvaguarda dos direitos do paciente¹⁵⁸.

Por outro lado, para Figueiredo Dias, Sinde Monteiro e Capelo de Sousa, uma vez que o consentimento informado prefigura uma causa de exclusão da ilicitude, terá plena aplicação o art.º 342.º, n.º2, do Código Civil, em que “A prova dos factos impeditivos (...) do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.”.

Assim sendo, competirá ao médico (devedor) fazer a prova de que o consentimento havia sido prestado ou, em casos que tais, de que o paciente fora adequadamente informado antes de o prestar, de forma a justificar a ilicitude do acto¹⁵⁹. Consiste, assim, numa prova de facto positivo (*facere*).

Em nosso parecer, entendemos que é ao médico que cabe o ónus da prova do consentimento e da prestação da informação, quer se trate de responsabilidade extracontratual, quer contratual. E cremos que tal se mostra plenamente justificado, não apenas pelo apontado critério de justificação da ilicitude, mas também porque se trata de

¹⁵⁸ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Prática Médica, Informação e Consentimento*, in *Coimbra Médica*, Vol. 14, n.ºs 3-4, Série IV, Maio-Agosto, 1993, págs. 168 a 170; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, págs. 131 e ss.; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, ob. cit., págs. 431 a 434; ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do STJ, de 22 de Outubro de 1981, e Assento do STJ, de 21 de Junho de 1983, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117.º, n.º 3718, Coimbra Editora, 1984, págs. 30 a 32, entrevê-se a adopção de uma posição normativa em respeito ao art.º 342.º, n.º1, do Código Civil.

¹⁵⁹ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, ob. cit., págs. 53 e 54; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., pág. 221; também, VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014, págs. 242 e 243.

uma orientação que vai de encontro à dimensão horizontal e não paternalista da relação médico-paciente do século XXI e a uma maior igualdade e equilíbrio na própria veste de sujeitos processuais.

Na verdade, o médico encontra-se, inequivocamente, numa posição mais favorável, contando, à parte da sua experiência e conhecimentos técnicos e científicos, com o respectivo dossier clínico, informações de internamento ou terapêutica do paciente, que autorizam, neste contexto, que o ónus da prova de que o consentimento foi prestado ou de que a informação foi dada correcta e/ou suficientemente lhe seja conferido. Doutro passo, está-se ante uma prova *fácil* de factos positivos, a que se contrapõe a dificuldade ou, por vezes, impossibilidade de produção da prova de factos negativos, a cargo do paciente.

Este posicionamento tem sido, aliás, nota dominante na doutrina e jurisprudência do Direito Comparado, remetendo ao médico o ónus da prova do consentimento informado e da prestação de informação¹⁶⁰.

Neste sentido, cumpre salientar a Alemanha, Espanha e França. Deixe-se, aqui, um breve apontamento para o caso Francês, que, por via da Lei 2002-303, de 4 de Março, veio afastar a tendência jurisprudencial vincada pelo *Arrêt* da *Cour de Cassation*, de 29 de Maio de 1951, que determinava que o paciente tinha o ónus da prova da falta de consentimento, fazendo cair, agora, no profissional ou na própria instituição de saúde o ónus de provar que a informação foi prestada correctamente, nos termos ditados, bem assim, pelo art.º L1111-2, do *Code de la Santé Publique*, “En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cfr. JOSEPHINE SHAW, *Informed Consent: A German Lesson, in International and Comparative Law Quarterly, ob. cit., pág. 874*, em face da situação mais privilegiada do médico em relação ao paciente, “Very often the doctor has brochures available to be read by the patient, a signed consent form which tends (...) to indicate disclosure, access to medical records of the patient's illness (...)”.

¹⁶¹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ob. cit., págs. 187 a 200*; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, ob. cit., págs. 387 a 390*; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Médica e Consentimiento Informado, ob. cit., págs. 125 a 133*, indicando, a este propósito, a STS de 19 de Abril de 1999, que considera que, “la carga de la prueba del deber de información recae sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguirla”; STS de 12 de Janeiro de 2001; STS de 4 de Abril de 2000; também a posição da Bélgica, como confirmam as decisões do Tribunal de Apelação de Bruxelas, de 21 de Junho de 1967 e do Tribunal de Apelação de Liège, de 24 de Novembro de 1971; V., também, RICARDO DE ÁNGEL Y ÁGÜEZ, *Responsabilidad Civil por Actos Médicos, Problemas de Prueba*, Civitas, 1999.

2. A Informação na Relação Médico-Paciente: O Processo Clínico

2.1. Notas Introdutórias e Principais Finalidades

Na relação médico-paciente, a *informação* tem um significado premente, não apenas em sede do consentimento informado, mas também noutros domínios, entre os quais, se evidencia o dever de documentação *latu sensu*, ou, em concreto, o dever de elaboração, registo e conservação do processo clínico.

E facilmente se compreende, neste contexto, que o médico, ao proceder à recolha das informações de saúde necessárias e respectivos dados clínicos do paciente, toma contacto directo com elementos de natureza estritamente pessoal e privada, que, desta feita, terão que estar, igualmente, abrigados sob o manto do sigilo e da confidencialidade, no traçado assim apregoado pelo art.º 10.º, da CDHBio, e art.º 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP¹⁶².

Por outro lado, no Direito Interno, o dever de documentação pode decantar-se, juridicamente, de vários preceitos, importando referir, desde logo, o art.º 573.º, do Código Civil, que convoca a *obrigação de informação*, enquanto *prestação de informações necessárias* e, ainda, o art.º 575.º, do Código Civil, que faz remeter o art.º 574.º, do Código Civil, para a *apresentação de documentos*.

No mesmo seguimento, a Lei de Bases da Saúde, no espírito teleológico da Base II, art.º 1, als. d), apelando, destarte, ao funcionamento dos serviços no interesse e segurança dos utentes, e e), à gestão profícua de recursos disponíveis, e a Base XIV, n.º1, *maxime*, as als. c), onde se evidencia a correcção, prontidão e privacidade que, no geral, deverão mediar a prestação de cuidados de saúde, d) a confidencialidade dos dados pessoais e e), em respeito ao dever de informação.

Acresce, ainda, o disposto no art.º 100.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que, expressamente, compreende o processo clínico, e que, no competente

¹⁶² Cfr. PAULO MOTA PINTO, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, págs. 167 e ss., que indica que, “Os elementos respeitantes à *saúde*, tais como, por exemplo, a história clínica da pessoa, integram (...) a vida privada protegida”, nos termos, aliás, consagrados no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 355/97, de 7 de Maio, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/98, de 21 de Outubro; No Direito Espanhol, JOSÉ ANTONIO SEOANE RODRÍGUEZ, *¿A QUIÉN PERTENECE LA HISTORIA CLÍNICA? Una Propuesta Armonizadora desde el Lenguaje de los Derechos*, in *Derecho y Salud*, Asociación Juristas de La Salud, Vol. 10, n.º2, 2002, págs. 236 a 239 e 241 a 245, avança que, no que tange à informação de saúde, deve considerar-se o *direito à intimidade*, numa perspectiva de “*privacy of autonomy*”, assente no art.º 18.º, n.º1, e 10.º, n.º1, da Constituição Espanhola, e o *direito à protecção de dados pessoais* que “es un supuesto de *norma adscrita de derecho fundamental (zugeordnete Grundrechtsnorm)*”, e pode decantar-se, sobretudo, a partir dos art.ºs 18.º, n.º4, e 10.º, n.º2, da Constituição.

n.º1, dita que, “O médico, seja qual for o enquadramento da sua acção profissional, deve registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-os ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo médico.”¹⁶³.

Na verdade, como destaca André Dias Pereira, lembrando o entendimento da jurisprudência Alemã, o dever de documentação pode assumir um carácter delitual ou obrigacional, sendo, além disso, um mecanismo que actua em favor da *segurança* do paciente no âmbito concreto do tratamento médico ou intervenção cirúrgica que venha a ter lugar.

Por conseguinte, afirma que o mesmo, a par com o direito de acesso e consulta aos registos clínicos efectuados, poderá revestir verdadeiros traços próprios do direito de personalidade do indivíduo, pelo que, no plano contratual, cairá no espaço da obrigação de documentação decorrente do contrato médico ou, caso seja, da relação entre o hospital e o paciente.

Doutro passo, o dever de documentação resulta também das *leges artis*, estando aqui implícito um dever geral de cuidado, no sentido de que, na prestação de cuidados de saúde, o médico terá que pautar-se pelo rigor, cuidado e zelo na elaboração e registo dos passos clínicos do paciente¹⁶⁴.

Pela nossa parte, acompanhamos o entendimento que a falha do dever de documentação possa gerar responsabilidade extracontratual e contratual. De facto, não descartamos, de um lado, a sua inevitável projecção ou afectação na esfera jurídica privada do paciente, ou melhor, no terreno confinante aos Direitos de Personalidade e, de outro, na medida em que integra o vasto leque de obrigações do médico em sede do contrato de prestação de serviços cínicos.

Saliente-se, de todo o modo, que a sua ampla presença na relação médico-paciente, actuando, também, junto ao dever de esclarecimento, faz entrever importantes

¹⁶³ Cfr., a propósito do *dever de documentação* no Direito Português, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, ob. cit., pág. 27; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Auto-Regulação Profissional dos Médicos*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3923, Coimbra Editora, 2001, pág. 36, nota de rodapé 14; FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ob. cit., págs. 113 e 114, integrando-o no plano dos deveres de comunicação do médico; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 525 e 526; *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., págs. 525 a 528; RUI MIGUEL CASCÃO, *O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Civil*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º8, 2007, págs. 33 e 34.

¹⁶⁴ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 526 e 527.

consequências, sobretudo, ao nível judicial, e, designadamente, no plano do *onus da prova* das acções de responsabilidade civil por negligência médica e por violação do consentimento informado.

Na verdade, a redacção incompleta da ficha clínica, o fracasso dos dados recolhidos, da terapêutica ministrada ou das intervenções cirúrgicas efectuadas, são, *inter alia*, verdadeiros elementos probatórios de má prática médica e que, em caso de evento danoso, poderão coadjuvar na reconstrução ou reconstituição da cronologia e curso dos acontecimentos que a tal conduziram, sendo, destarte, imperiosos na definição e apuramento do nexo de causalidade. Por sua vez, o cumprimento desta obrigação de documentação de forma fiel e zelosa poderá, igualmente, actuar em defesa do médico¹⁶⁵.

Assim sendo, numa circunstância de falha do dever de documentação, por incumprimento ou cumprimento defeituoso, poder-se-á, desde logo, admitir uma facilitação ou simplificação dos meios probatórios a cargo do paciente, pelo que, em casos mais extremos, na hipótese de manifesta ou substancial *escassez* ou *in correcção* de documentação, afigura-se plenamente aplicável uma inversão do *onus da prova* do facto ilícito, da culpa e do nexo de causalidade, que, destarte, passam a recair, excepcionalmente, do lado do médico.

Em seu turno, já nos casos em que, atento o art.º 344.º, n.º2, do Código Civil, exista uma conduta culposa do médico, *tornando* “impossível a prova ao onerado”, quer no sentido de ocultar as provas existentes, ou comprometê-las, promovendo a sua destruição, verifica-se uma total inversão do *onus da prova*.

E tal retira-se, aliás, igualmente, num plano de direito adjectivo, já que, se o interessado (paciente) haja requerido, ao abrigo do art.º 429.º, do Código de Processo Civil, a notificação da parte contrária (médico) para a apresentação da documentação necessária e esta não tenha actuado de forma colaborante, entrará em palco o art.º 430.º, do Código de Processo Civil, e, por conseguinte, o art.º 417.º, n.º2, do Código de Processo Civil.

Ora, temos que, neste contexto, onde ocorra uma total *impossibilidade* de prova, por conduta culposa, sobretudo tratando-se de responsabilidade médica, e, em concreto, de conteúdos marcadamente pessoais, não pode senão aplicar-se a inversão total das

¹⁶⁵ Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., pág. 137, indica que, “La historia clínica ostenta, por consiguiente, una enorme importancia a la hora de juzgar la responsabilidad profesional del medico, ya que, entre otros extremos, puede darnos la clave de la relación de causalidad entre el actuar del facultativo e el daño sufrido por el paciente (...)”.

regras do ónus da prova, nos ditames assentes no art.º 344.º, n.º2, do Código Civil, e, bem assim, do art.º 430.º, do Código de Processo Civil.

Incluem-se, aqui, designadamente, as circunstâncias em que o médico operador volta a intervencionar o paciente para a retirada de um corpo estranho legado numa anterior cirurgia e, por negligência, não assegure a sua conservação, ou até, dolosamente, proceda à sua destruição visando não ser responsabilizado¹⁶⁶.

Aqui chegados, importa, ainda, destacar que o dever de documentação assume um papel fundamental na *assistência* ao paciente, sendo que um registo adequado e completo da informação clínica, permitirá aprimorar os respectivos cuidados, tornando-os mais céleres e personalizados.

Por outro lado, também no plano da *gestão dos custos de saúde*, comporta uma importância crucial, desde logo, ao nível do próprio paciente, uma vez que a correcção e rigor na elaboração do processo clínico poderá evitar renovado dispêndio com exames ou provas terapêuticas já antes prescritas e realizadas. Neste sentido, e com igual pressuposto, mas voltado para o palco da instituição hospitalar, temos que um zeloso registo da história clínica do paciente, com um suporte documental correctamente organizado, será premente para assegurar uma *gestão e administração de recursos* mais eficaz e uma acrescida qualidade no funcionamento e na operacionalidade dos serviços.

Finalmente, reconhecem-se, ainda, vantagens relevantes no palco da *investigação e estudos clínicos*, se autorizada pelo paciente a sua consulta, contribuindo para o desenvolvimento de novas terapêuticas e, em geral, da ciência médica¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Cfr., por exemplo, no Ordenamento Alemão, a decisão do BGH VersR 55, 344, num caso em que a compressa removida do paciente, numa segunda intervenção, foi eliminada pelo médico, ficando, assim, provada, de imediato, a sua culpa; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 684 e 685; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, ob. cit., págs. 191 a 195; RUI MIGUEL CASCÃO, *O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Civil*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 34; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 364 a 368; V., no Direito Espanhol, AINHOA GUTIÉRREZ, *La historia clínica como prueba en el proceso judicial por responsabilidad médica*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional*, ob. cit., págs. 327 a 333.

¹⁶⁷ Cfr. RUI MIGUEL CASCÃO, *O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Civil*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 29 e 30, que indica que o dever de documentação poderá também comportar uma dimensão de *prestação de contas*. Num plano pessoal, a mesma traduz-se no sentido de que o médico informa o paciente das razões e circunstâncias que envolveram o tratamento ou intervenção realizados, isto é, da realização do seu trabalho; Já em sede patrimonial, decorrido o tratamento ou intervenção, o médico presta contas, ou melhor, justifica os respectivos custos à unidade hospitalar; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 528, defende que uma adequada documentação das informações clínicas poderá relevar na “*fundamentação de honorários*”, agilizando, inclusive, a cobrança de honorários; ANA ORTIZ, *A propósito de la protección jurídica de los datos personales de salud. Luces y sombras de la historia clínica en el marco normativo español*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal*

2.2. Elementos e Propriedade do Processo Clínico

Não figura no Direito Português um padrão tipificado quanto aos elementos específicos que deverão perfilar o conteúdo do respectivo processo clínico.

A este propósito, a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, basta-se a referir no seu art.º 5.º, n.º2, que “Entende-se por «processo clínico» qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares.”.

Por outro lado, também o Código Deontológico da Ordem dos Médicos se pronuncia de forma sucinta, indicando, no seu art.º 100.º, n.º2, que, “A ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre os profissionais que tratam ou virão a tratar o doente. Deve, por isso, ser suficientemente clara e detalhada para cumprir a sua finalidade.”.

Destarte, na falta de um elenco ordenado, e tendo por base os ditames prefigurados pelo legislador e o escopo primacial que subjaz ao dever de documentação enquanto mecanismo de afiançar uma adequada assistência médica ao paciente, defendemos que o processo clínico deverá incorporar, pelo menos, os seguintes conteúdos, sem prejuízo da identificação, precisa, dos vários profissionais que acompanharam o paciente, ao longo do procedimento e/ou internamento¹⁶⁸.

A identificação do paciente e data de admissão; a anamnese, com uma descrição objectiva dos factos respeitantes à patologia, tomando, igualmente, em apreço os antecedentes pessoais, familiares e factores de risco; a avaliação clínica do paciente; relatórios e/ou resultados dos exames auxiliares de diagnóstico; diagnóstico; evolução do estado de saúde; informação prestada e seu modo de transmissão; consentimento informado; referência à correspondência entre profissionais envolvidos no tratamento ou assistência ao paciente; relatório dos cuidados de enfermagem; fármacos administrados e respectivas dosagens, marca e lote; informação sobre a vigilância ao paciente; prognóstico; prescrição de terapêutica para ambulatório; relatório clínico de alta¹⁶⁹.

por *Presunta Mala Práctica Profesional*, *ob. cit.*, pág. 99, indica finalidades docentes, de investigação, judiciais, epidemiológicas, de controlo de qualidade, de gestão e administração.

¹⁶⁸ Cfr. PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ, *La Autonomía del Paciente. Información, Consentimiento y Documentación Clínica*, Dilex, Madrid, 2004, págs. 195 e ss.

¹⁶⁹ Cfr., de perto, RUI MIGUEL CASCÃO, *O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Civil*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, págs. 28 e 29; CARMEN BLAS ORBÁN, *Responsabilidad Profesional del Médico*, *ob. cit.*, págs. 232 e 233, que destaca, também, o conteúdo da história clínica plasmado no art.º 15.º, n.º2, da Ley 41/2002, de 14 de Novembro; ainda, IGNACIO FLORES PRADA, *Algunas Consideraciones sobre el Régimen Jurídico-Procesal de Los Informes*

Por outro lado, cumpre salientar que, no que tange à forma de realização da documentação, tem-se verificado, na última década, um progresso enorme, com o advento de sistemas informáticos que permitem um registo em tempo e de forma coordenada dos passos clínicos do paciente numa instituição hospitalar ou clínica privada.

Na verdade, com a gradual informatização da documentação nos cuidados de saúde, surgiu o chamado *processo clínico electrónico*, reconhecendo-se, a esse propósito, vantagens significativas, que passam, desde logo, por um suporte de armazenamento mais compacto, duradouro e eficaz, mas também por um registo integrado da informação, extensível, em rede, à unidade hospitalar competente ou a todas as unidades de um determinado sistema de saúde, que afiança, destarte, um acesso e consulta mais imediatos, e um registo simultâneo dos actos médicos prestados ou dos resultados/relatórios dos exames efectuados¹⁷⁰.

Em todo o caso, alguma doutrina tem-se pronunciado no sentido de serem implementadas medidas específicas que, no âmbito da informatização do processo clínico, garantam a confidencialidade dos dados de saúde do paciente, já que, via de regra, essas informações ficam acessíveis, na respectiva rede, à generalidade dos prestadores de saúde, e, ainda, a veracidade e certeza da informação inscrita e documentada.

Neste passo, Ana Ortiz refere que as exigências de confidencialidade, segurança e disponibilidade da história clínica do paciente poderão ser devidamente asseguradas através da adopção de diversos mecanismos, entre os quais destaca, “(...) los certificados digitales, el cifrado de la información, la firma digital, la gestión de las

Clínicos, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.ºs 15-17, Dezembro de 2013, págs. 5 a 7 e 11 a 13, que estabelece uma distinção entre *Historia Clínica*, enquanto “biografia patológica de una determinada persona”, e *Informes Clínicos* ou, em rigor, Médico-Clínicos, que, ao invés dos *Informes Médico-Legales* (Peritos), são, invariavelmente, elaborados pelo médico ou “asistente sanitario encargado directamente del paciente”, no âmbito de uma relação directa médico-paciente, e, portanto, de carácter terapêutico, respeitando, outrossim, a um facto ou quadro clínico específico da respectiva saúde física ou psíquica, e que pode integrar, desde logo, o conteúdo da *Historia Clínica (Informe Clínico Originário)*, ou ser emitido “*ex profeso*”, com base nesta, e a requerimento do paciente.

¹⁷⁰ *Cfr.*, a este respeito, o Projecto epSOS (European Patients Smart Open Services), que decorreu de 1 de Julho de 2008 a 30 de Junho de 2014, e que se destinou a estabelecer uma plataforma de informação de saúde nos respectivos países integrantes, como sendo, já na fase de expansão, Portugal, assim afiançando ao paciente, os serviços de *Resumo Clínico (Patient Summary)* e de *Acesso à Prescrição Electrónica (ePrescription)* aquando da prestação cuidados no estrangeiro; in www.epsos.eu; I. ACEBEDO, J. AZCÁRATE, J. HUERTA, J. MONTALVO, C. ALONSO, *Algunas Consideraciones Sobre Seguridad de La Información en El Proyecto Europeo de Historia Clínica Digital (Proyecto epSOS)*, in *Derecho y Salud*, Asociación Juristas de la Salud, Vol. 18, n.º1, Janeiro-Junho, 2009, págs. 87 a 98.

autorizaciones y privilegios, los registros de acceso y la gestión del nivel de servicio adecuado.”¹⁷¹.

De facto, partilhamos na completude este entendimento, que, de certa forma, alerta para alguns riscos do processo clínico electrónico, que terão que ser colmatados por instrumentos de segurança informática e critérios administrativos de acesso, que, sem tolherem as suas inesgotáveis mais-valias, permitam, sobretudo, proteger a intimidade privada do paciente, nos termos traçados pelo art.º 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP.

Ademais, se o paciente, assim, prefigurar, e nas circunstâncias legais em que tal seja autorizado, deverá, ele próprio, requerer que determinada informação clínica constante do seu processo não se encontre sujeita ou disponível ao regime integrado de acesso, e passe a estar circunscrita, apenas, ao médico assistente¹⁷².

Isto posto, cumpre, no entanto, destacar um outro elemento estreitamente associado com a temática ora estudada, e que respeita, justamente, à *propriedade*, enquanto *titularidade*, do processo clínico¹⁷³.

Na realidade, trata-se de uma questão complexa que tem motivado enormes querelas e dissidências, embora tenha uma importância mais académica, já que as suas repercussões práticas aparentam ser diminutas.

No nosso Direito, encontramos, desde logo, referências concretas a esta problemática, designadamente, no parecer do Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas, homologado pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos, que dita que, “A informação constante do ficheiro clínico é um direito do doente que em qualquer momento pode solicitar que lhe seja fornecida ou enviada a médico da sua escolha”, acrescentando, ainda, que, “o ficheiro, em si, é propriedade do médico sendo a

¹⁷¹ In ANA ORTIZ, *A propósito de la protección jurídica de los datos personales de salud. Luces y sombras de la historia clínica en el marco normativo español*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional*, ob. cit., pág. 106.

¹⁷² Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 546 e 543 a 547, que alerta, em sede do processo electrónico, que, “Quanto mais a informação circula, maior é o perigo de se extraviar ou de ter um mau uso”, pelo que “a “cadeia de custódia” deve ser muito rigorosa, cautelosa e, sempre que possível, controlada pelo próprio cidadão doente.”; para mais desenvolvimentos, VERA LÚCIA RAPOSO, *O Fim da “Letra de Médico”*: *Problemas Suscitados pelo Processo Clínico Electrónico em Sede de Responsabilidade Médica*, in *Lex Medicinæ*, Ano 10.º, n.º19, 2013, págs. 51 a 77.

¹⁷³ Cfr. JOSÉ ANTONIO SEOANE RODRÍGUEZ, *¿A QUIÉN PERTENECE LA HISTORIA CLÍNICA? Una Propuesta Armonizadora desde el Lenguaje de los Derechos*, ob. cit., págs. 248 a 250, que, em comentário à Lei da Comunidad Autónoma da Galiza 3/2001, de 28 de Maio, *Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes*, que considera *patrimonialista*, já que analisa a questão do processo clínico em sede de *propriedade* ou de *apropriação dominial*, defende, por sua vez, como mais acertado, adoptar o conceito de *titularidade* que se reporta a uma *linguagem de direitos*, em que é possível incluir a completude dos “titulares de derechos en relación con la historia clínica”, e que, em rigor, se manifesta conforme ao desenvolvimento da personalidade e direito de autodeterminação informativa nos cuidados de saúde.

única forma de preservar a liberdade de transcrição e o registo de elementos de uso pessoal, e que o médico pretende salvaguardar de qualquer exposição a outra pessoa.”¹⁷⁴.

Em sentido próximo, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, vem destacar, no seu art.º 100.º, n.º3, que, “O médico é o detentor da propriedade intelectual dos registos que elabora, sem prejuízo dos legítimos interesses dos doentes e da instituição à qual eventualmente preste os serviços clínicos a que correspondem tais registos.”.

Neste passo, segundo o texto exposto não se deslinda uma resposta definitiva ou objectiva, embora pareça apontar a propriedade do processo clínico *per se* ao médico, ainda que tal resulte de forma mediata, já que se refere apenas à propriedade intelectual dos competentes registos, não descartando, contudo, os direitos dos pacientes que, assim, podem beneficiar do acesso à informação respectiva.

Para adensar a dificuldade de uma solução precisa, encontramos, ainda, a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que expressamente adianta, no seu art.º 3.º, n.º1, que, “A informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa, sendo as unidades do sistema de saúde os depositários da informação, a qual não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e a investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei.”.

Ora, fazendo uma interpretação do preceito, verificamos que o paciente é o proprietário da informação de saúde inscrita no processo clínico, o qual haverá de ser conservado pelas unidades de saúde ou, infira-se latamente, pelo médico.

Desta feita, e tomando em linha de apontamento a distinção de conceitos que a norma ditada forçosamente acaba por induzir e que André Dias Pereira e Carla Barbosa sistematizam de forma a clarificar a incompletude do legislador, temos que o processo clínico, *maxime*, enquanto suporte da informação, é propriedade do médico, pelo que, no que tange já à informação de saúde, será propriedade do paciente¹⁷⁵.

Por outro lado, atendendo ao facto de que o legislador, no art.º 3.º, n.º1, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, não foi minucioso em relação ao conteúdo exacto da informação de saúde que constitui propriedade do paciente, limitando-se, apenas, a uma

¹⁷⁴ Cfr. Parecer do Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas, Secção Norte da Ordem dos Médicos, *Ficheiros Clínicos – Enquadramento Legal*, 2000, pág. 42.

¹⁷⁵ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Civil Médica*, *ob. cit.*, págs. 538 a 542; CARLA BARBOSA, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º13, 2010, págs. 113 a 115.

mero elenco exemplificativo, remanesce a dúvida quanto às anotações pessoais do médico e/ou informação de terceiros.

A este propósito, não se nos afigura desprovido de significado chamar-se à intervenção o plasmado no art.º 3.º, n.º2, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que indica que o titular da informação tem direito ao conhecimento do “processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial”.

E entendemos que tal assim seja, já que, à parte do privilégio terapêutico, directamente protegido, poderá tentar recolher-se do espírito da lei, sobretudo, em curtas passagens, como “*lhe diga respeito*” e “*circunstâncias excepcionais*”, a inferência de que, teleologicamente, podem estar, aqui, tutelados, bem assim, os casos em que se deva proteger a confidencialidade de dados do próprio médico ou de terceiros¹⁷⁶.

Neste pressuposto, seguindo uma orientação que salvaguarda o princípio da igualdade, nos termos apregoados pelo art.º 13.º, da CRP, e atento que esteja o art.º 26.º, n.º1, da CRP, caminhamos na orientação expendida de atracar no paciente a propriedade, *rectius*, a titularidade da informação de saúde que “*lhe diga respeito*”, assente nos elementos vertidos no art.º 3.º, n.º1, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, como sendo, v.g., dados clínicos, resultados de exames analíticos subsidiários, procedimentos ou intervenções realizadas, diagnósticos, legando ao médico (ou instituição de saúde) a propriedade do processo clínico, enquanto repositório, contendo, nesse âmbito, a informação respeitante às suas reflexões e notas pessoais e informação de terceiros¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cfr. HELENA MONIZ, *Notas Sobre Biobancos com Finalidades de Investigação Biomédica*, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º10, 2008, pág. 61, que analisa esta problemática, decantando do art.º 3.º, n.º2, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, a situação de privilégio terapêutico. Faz, no entanto, menção ao art.º 5.º, n.º3, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que se refere à informação clínica que diga “respeito à pessoa”, deixando de fora as anotações subjectivas do médico; CARLA BARBOSA, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 115.

¹⁷⁷ De facto, na medicina privada, designadamente em consultório, o médico é o *proprietário* do processo clínico, enquanto *suporte da informação*. Por sua vez, tratando-se de clínica privada, e de *contrato dividido*, em que figure apenas a prestação de serviços, o médico é, bem assim, o *proprietário* do processo clínico, nada obstando, contudo, a que a instituição de saúde possa ser a *depositária* da informação. Na hipótese de *contrato total*, por via de prestação de serviços médicos ou de relação laboral, a instituição de saúde é a *proprietária*, ou melhor, a *detentora* do processo clínico, sem prejuízo da respectiva *propriedade intelectual* dos registos e notas pessoais do (s) médico (s). Em respeito à medicina pública, a unidade hospitalar é a *detentora* do processo clínico, pelo que ao (s) médico (s) cabe (m), invariavelmente, a *propriedade intelectual* dos respectivos registos e anotações; Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 541 e 542; No Direito Espanhol, MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, ob. cit., pág. 798, considera que, na relação contratual, o médico é o titular da história clínica, pelo que, em sede de medicina pública, existindo uma relação laboral, o titular será a respectiva unidade de saúde; Art.º 23, n.º1, da Lei 1/2003, de 28 de Janeiro, da Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana; em sentido distinto, YOLANDA RÍOS LÓPEZ, *Aportación de Historias*

2.3. O Acesso ao Processo Clínico

No estudo sobre o *dever de documentação* toma interesse especial o acesso ao processo clínico por parte do paciente, podendo, aqui, considerar-se, a esse respeito, duas tipologias: o *acesso indirecto* ou *mediato*, feito por via do médico, e o *acesso directo* ou *imediato*, que decorre sem essa intermediação.

No Ordenamento Jurídico Português coexistem, a este respeito, vários preceitos normativos, os quais, perante a respectiva falta de uniformização ou concordância, fazem evidenciar, uma vez mais, a significativa desorganização do legislador nesta matéria de Direito Médico.

Com efeito, dispõe o art.º 11.º, n.º5, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, Lei de Protecção de Dados Pessoais, que, “O direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados”, apelando no mesmo sentido o art.º 3.º, n.º3, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, ao consagrar que, “O acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação.”.

Também no plano regulamentar, o art.º 100.º, n.º4, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, entende que, “O doente tem direito a conhecer a informação registada no seu processo clínico, a qual lhe será transmitida, se requerida, pelo próprio médico assistente ou, no caso de instituição de saúde, por médico designado pelo doente para este efeito.”

Por esta via, mostra-se líquido que o Direito Português, em respeito a uma medicina de feição paternalista, que aparentemente vai perdurando, pretendeu consagrar, aqui, o regime de acesso *indirecto*, ou seja, o paciente pode aceder à informação de saúde constante do seu processo clínico, conquanto que seja através de médico por si designado.

Não obstante, a Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, prefigura, no seu art.º 7.º, que, “A comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico se o requerente o solicitar.”.

Clínicas, in *La Prueba Documental*, (Coordenação de Núria Ginés Castellet), Facultad de Derecho ESADE, Bosch Editor, 2010, págs. 380 a 382, adopta uma posição “ecléctica, integradora y mayoritaria”, nos termos da qual, o paciente, o médico e a instituição de saúde são co-titulares do processo clínico, embora o respectivo suporte da informação deva figurar nesta última.

De facto, temos que este preceito comporta um sentido jurídico inverso ao traçado nos preceitos anteriores, já que remete para o *acesso directo* como regra, só actuando o regime indirecto se, excepcionalmente, o paciente o *solicitar*.

Assim sendo, verifica-se uma incongruência legal entre os dois grupos de diplomas indicados em relação ao regime de acesso ao processo clínico.

Partindo do pressuposto que o conceito de informação de saúde plasmado no art.º 7.º, da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, uma vez considerado articuladamente o art.º 2.º, n.º 3, do mesmo diploma, está reconduzido ao traçado próprio dos documentos administrativos nominativos, poder-se-ia, na óptica de Carla Barbosa, fazer operar o princípio *lex specialis derogat lex generalis* em relação ao regime previsto na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e, bem assim, na Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que passaria a tomar, neste passo, o sentido de lei geral¹⁷⁸.

Sucedo, porém, que a Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, se refere, em concreto, ao acesso e consulta de documentos administrativos, pelo que, mesmo que, por via derogatória, tomássemos como prioritário o regime de *acesso directo* que aí deciframos no palco da saúde, o mesmo apenas teria aplicabilidade em Direito Público e, como tal, no plano da medicina pública, sendo que na medicina privada valeria o *acesso indirecto*.

Por outro lado, importa, ainda, aferir se este regime de *acesso directo* previsto na Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, respeita à esfera jurídica do médico e de terceiros, cuja informação possa, eventualmente, ser consultada e recolhida pelo paciente.

Quanto ao primeiro elemento, cremos que a resposta poderá destringir-se do art.º 3.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, no sentido de que a informação de saúde laminada pelo art.º 7.º, do respectivo texto legal, não poderá integrar “as notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante”, aqui jazendo, como tal, os registos subjectivos do médico.

No que tange já ao segundo, cremos que a Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, não se pronunciando em termos concretos a esse respeito, parece deixar ficar em aberto a *possibilidade* dessa consulta, legando, assim, desprotegidos os interesses de terceiros.

De todo em todo, e sem prejuízo da aplicação analógica, que cremos difícil, do art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, caberia, sempre, ao paciente respeitar

¹⁷⁸ Cfr. CARLA BARBOSA, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 115 a 121; no mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 531 e 532, nota de rodapé 1473.

o princípio disposto no art.º 26.º, n.º1, da CRP, a propósito da reserva da intimidade privada de terceiros.

Pela nossa parte, defendemos o regime de *acesso directo* ao processo clínico, que, em face do exposto, apenas poderá emergir na medicina pública.

Não obstante, reconhecem-se algumas fragilidades no nosso sistema legal para a completa protecção de todos os interesses em jogo, pelo que a solução mais adequada terá que passar, num futuro próximo, pela criação de um diploma específico que assim regule uniformizadamente estas questões¹⁷⁹.

De facto, temos que o processo clínico, sobretudo, pela sua dimensão *probatória* em sede de litígio judicial e de *assistência* nos cuidados de saúde, justifica, desde logo, que o regime de acesso do paciente seja *directo*, não apenas na medicina pública, mas também na medicina privada.

Por conseguinte, o diploma legal deverá estabelecer as respectivas condições de acesso, nomeadamente, em termos de requerimento formal e prazo de resposta, suporte da informação para efeitos de consulta, e, caso seja, restrições em virtude da saúde do paciente (privilégio terapêutico), legando, outrossim, disposições normativas que se destinem a salvaguardar a confidencialidade das notas subjectivas e pessoais do médico e os dados de terceiros, em obediência ao direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁸⁰.

Deixe-se, ainda, um breve apontamento de que o regime de *acesso directo* tem sido adoptado na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, em Direito Comparado Europeu.

Neste passo, cumpre referir, desde logo, no Ordenamento Jurídico Espanhol, a Lei 41/2002, de 14 de Novembro, *Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*, que dispõe o regime de *acesso directo* no art.º 18.º, n.º1, ao prefigurar que, “El paciente

¹⁷⁹ Cfr. Projecto de Lei 788/X - Direitos dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado, que não foi aprovado, e estabelecia um regime específico, aplicável à medicina pública e privada, pelo que o respectivo art.º 20.º traçava o conceito de processo clínico, no art.º 21.º, n.º1, estava prevista a nomeação de um responsável em casos de acesso ao processo clínico, e o art.º 22.º, n.º1, contemplava o regime de acesso directo às informações de saúde que digam respeito ao paciente, estando, assim, exceptuados, desde logo, os dados de terceiros. O art.º 22.º, n.º2, restringia o acesso directo nos casos de privilégio terapêutico e o n.º5, no que respeita às anotações subjectivas do médico, quando este não haja consentido expressamente; ainda, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 535 a 537, lamentando a não aprovação do Projecto que poderia ter contribuído para uma “otimização dos interesses e direitos conflitantes em causa neste domínio.”; CARLA BARBOSA, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 121 a 123.

¹⁸⁰ Importa destacar que se consideram, aqui, as anotações subjectivas do médico *stricto sensu*, excluindo, portanto, os demais elementos informativos que possam ter projecção directa no diagnóstico ou prestação de cuidados de saúde efectuados.

tiene el derecho de acceso (...) a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella.”, impondo as restrições previstas no respectivo n.º3, quando estejam em apreço o “derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos”, o privilégio terapêutico, ou seja, o “interés terapéutico del paciente”, e, ainda, o “derecho de los profesionales participantes” que poderão, caso pretendam, obstar ao respectivo acesso em virtude da “reserva de sus anotaciones subjetivas.”¹⁸¹.

No palco doutrinal, a questão tem sido colocada a propósito da *extensão* do acesso à informação de saúde, *maxime*, no que tange à reserva das notas pessoais do médico.

Destarte, para Andrés Domínguez Luelmo, o conteúdo da informação prestada ao paciente no âmbito do processo clínico deve bastar-se ao elencado no art.º 15.º, n.º2, da Lei 41/2002, de 14 de Novembro, que, em rigor, não faz menção às anotações subjectivas¹⁸².

Julio César Galán Cortés entende que a reserva das anotações e reflexões do médico constitui, em rigor, uma excepção ao direito de acesso do paciente, e, acrescente-se, à sua autodeterminação informativa, pelo que deve ser aplicado de forma cautelosa, sendo válido incluir no processo os dados com “transcendencia clínica” que tenham sido prementes no curso do diagnóstico e tratamento da patologia¹⁸³.

Por outro lado, Pablo Hernando, José Antonio Seoane e José Francisco de Asís consideram que se afigura desprovido de fundamento acolher um *dereito de reserva exclusivo* do médico em relação às suas anotações subjectivas, à parte dos mecanismos gerais que o legislador confere em sede de protecção dos dados pessoais dos indivíduos, já que supõe, na verdade, a atribuição de um *privilégio* de supremacia paternalista. Com efeito, no exercício da actividade médica, apenas as anotações de carácter *assistencial* devem integrar a história clínica, sendo o respectivo acesso limitado unicamente em circunstâncias de “estado de necesidad terapéutica”¹⁸⁴.

¹⁸¹ In *www.boe.es*; Cfr., também, quanto à excepção de acesso em casos de privilégio terapêutico, art.º 21.º, n.º2, do Decreto/2009, de 5 de Fevereiro, da Comunidad Autónoma da Galiza; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., pág. 147.

¹⁸² Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica*, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, 2ª Edição, Editorial Lex Nova, 2007, págs. 597 e 598.

¹⁸³ Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., págs. 147 e ss..

¹⁸⁴ Cfr. PABLO HERNANDO, JOSÉ ANTONIO SEOANE e JOSÉ FRANCISCO DE ASÍS, *La Reserva de Las Anotaciones Subjetivas: ¿Derecho o Privilegio?*, in *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 20, n.º1, 2006, págs. 35 a 37.

Quanto ao Ordenamento Jurídico Francês, a Lei 2002-303, de 4 de Março, no seu art.º 14.º, que alterou o art.º L1112-1, veio estabelecer que, em respeito às informações clínicas previstas no art.º L1111-7, do *Code de la Santé Publique*, “Cette communication est effectuée, au choix de la personne concernée, directement ou par l’intermédiaire d’un médecin qu’elle désigne”, assim permitindo o *acesso directo* e *indirecto*. Ficam, no entanto, reconduzidas ao *acesso indirecto* as circunstâncias de internamento de doentes com anomalia psíquica, em caso de riscos graves para a saúde, e no caso de menores não acompanhados dos progenitores ou representantes legais. Além disso, o art.º L1111-7 prefigura, ainda, restrições ao competente *acesso directo* ou *indirecto*, no que concerne a informações que tenham sido recolhidas junto de terceiros ou que a estes se reportem, e estejam inscritas, como tal, na história clínica¹⁸⁵.

Na doutrina Francesa, Astrid Lièvre e Grégoire Moutel referem que, após o intento expresso pela Sociedade Civil e pelas Associações de Doentes no sentido da criação de um regime jurídico de *acesso directo* ao processo clínico, e volvida uma década de argumentos expendidos, neste contexto, por Prestadores de Cuidados de Saúde e Juristas, a Lei 2002-303, de 4 de Março, veio, destarte, autorizar ao paciente o respectivo direito de consulta sem intermediação do médico, perfilhando das exigências de “*plus de transparence et de communication*”, em sede de informação de saúde¹⁸⁶.

De facto, cumpre destacar que o legislador rejeitou, inclusive, o critério do *privilégio terapêutico* em relação a vedar o acesso ao processo clínico, legando, apenas, no art.º L1111-7, do *Code de la Santé Publique*, ser *recomendável*, mas não imperativo, o acompanhamento de terceira pessoa aquando da consulta pelo paciente de determinadas informações.

Por sua vez, também na Bélgica se prosseguiu o entendimento do *acesso directo* ao processo clínico, designadamente, na Lei de 22 de Agosto de 2002, *Loi Belge Relative aux Droits du Patient*, que, no seu art.º 9 § 2, avança que, “Le patient a droit à la consultation du dossier le concernant”, estando, todavia, excluídos desta consulta as anotações do médico, “Les annotations personnelles d’un praticien professionnel”, e os dados de terceiro, “données concernant des tiers”. Nas hipóteses de *privilégio*

¹⁸⁵ In www.legifrance.gouv.fr.

¹⁸⁶ Cfr. ASTRID LIÈVRE e GRÉGOIRE MOUTEL, *Le Dossier Médical: Concepts et Evolutions (Droits des Patients et Impact sur La Relation Soignants-Soignés)*, Maio 2010, págs. 4 e ss. e 9 e ss., in www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr.

terapêutico, e, portanto, de risco grave para a saúde do paciente, o direito à informação é autorizado, todavia, o art.º 9 § 2, al. 5, determina o regime de *acesso indirecto*¹⁸⁷.

Finalmente, indique-se que o Reino Unido consagra, igualmente, o regime de *acesso directo*, através da Secção 7 do *Data Protection Act* de 1998, pelo que, no *Data Protection* (Subject Access Modification) (Health) Order, de 2000, estão previstas importantes ressalvas no caso de privilégio terapêutico, ou seja, na hipótese de “serious harm to the physical or mental health” e, também, quando a consulta dos dados possa identificar, à parte do profissional de saúde responsável pelo tratamento ou pela inserção e registo dos mesmos, terceiros que a tal não tenham consentido¹⁸⁸.

Na verdade, ante o exposto, não resistem dúvidas de que o *acesso directo* ao processo clínico, sedimentado, em regra, no Direito Comparado Europeu, prefigura um adicional elemento que integra e, portanto, complementa o direito de autodeterminação informativa do paciente, afiançando, como tal, a possibilidade de consulta imediata e célere, *v.g.*, de dados clínicos ou de exames de diagnóstico, facto que se mostra premente para eventuais intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos a ser realizados e, destarte, para uma prestação de cuidados de saúde mais eficaz.

¹⁸⁷ In www.ejustice.just.fgov.be; Cfr. STEFAAN CALLENS e SARAH DE WILDE, *L'Accès Au Dossier Médical : Un Nouveau Droit, in Évolution des Droits du Patient, Indemnisation Sans Faute des Dommages Liés Aux Soins de Santé: Le Droit Médical en Mouvement*, (Coordenação de Geneviève Schamps), Bruylant, LGDJ, 2008, págs. 157 a 186.

¹⁸⁸ In www.legislation.gov.uk; Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 202 e 203, que indicam alguns litígios no âmbito do acesso ao processo clínico; *Roberts v. Nottinghamshire Healthcare NHS Trust* [2009] FSR 4; *MG v. United Kingdom* [2002] 3 FCR 413; *KH and Others v. Slovakia*, n.º 32881/04, de 28 de Abril de 2009; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, págs. 388 e 389; JO SAMANTHA & ASH SAMANTHA, *Medical Law*, Palgrave Macmillan, 2011, págs. 71 a 79; V., para um estudo aprofundado em sede de Direito Comparado, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 531 a 537, referindo o acesso directo no Direito Alemão, Holandês e Dinamarquês, com a particularidade, neste último caso, de não estar restrito o acesso pelo paciente às anotações subjectivas do médico; *Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Perspectiva Europeia*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XV, n.º16, 2006, págs. 9 a 24; CARLA BARBOSA, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, págs. 131 a 137.

PARTE II
SAÚDE REPRODUTIVA DA MULHER

CAPÍTULO I
DIREITO À REPRODUÇÃO
E O PLANEAMENTO FAMILIAR

1. Contexto Geral

A prestação de cuidados médicos estende-se a vastos domínios, sendo, no entanto, extraordinária a sua importância na área da *saúde reprodutiva da mulher*, sobretudo, em face dos interesses e bens jurídicos em apreço.

Na verdade, também o Direito tem procurado acompanhar esta actuação da Medicina, facto esse que, desde logo, se comprova não apenas pela criação de legislação específica, mas também pelo enorme crescendo de Acções de Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal e Materno-Fetal.

Destarte, uma vez considerado o enquadramento jurídico que medeia o exercício da actividade médica, importará agora traçar um estudo que apure a sua imediata projecção nesse percurso reprodutivo da mulher e onde assume relevo premente o médico Ginecologista-Obstetra.

A este propósito, e sem, contudo, pretender legar uma análise exaustiva dos actos médicos que aí podem ter lugar, busca-se essencialmente, compreender, de forma rigorosa, as difíceis problemáticas ético-jurídicas levantadas em sede da *Medicina Materno-Fetal* e *Medicina da Reprodução*, dando especial destaque ao consentimento informado e ao dever de esclarecimento.

Neste passo, será, ainda, gizada, em momento próprio, uma referência à *Ginecologia Oncológica*, atendendo à sua conexão com a fertilidade da mulher.

2. A Existência de um Direito à Reprodução

No plano internacional, o *direito à reprodução* pode decantar-se, desde logo, enquanto direito de constituir família, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, cujo art.º 16.º, n.º1, 1ª parte, refere que, “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião.”.

Por sua vez, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950, no seu art.º 8.º, assegurando o respeito pela “vida privada e familiar”, e o art.º 12.º, ditando que, “A partir da idade núbil, o homem e a

mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.”¹⁸⁹.

Em entendimento similar, também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em 1966, consagra no seu art.º 23.º, n.º 2, que, “O direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil.”.

Por outro lado, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adoptada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1979, que, no seu art.º 12.º, determinou que, em respeito à igualdade entre os homens e mulheres, estas têm direito, bem assim, a aceder “aos serviços médicos, incluindo os relativos ao planeamento da família”, abrindo espaço a uma dimensão específica da reprodução¹⁹⁰.

E é, também, nas Nações Unidas, que, em 1994, na Conferência Internacional do Cairo, sobre População e Desenvolvimento, se alcança um passo significativo na consagração dos direitos reprodutivos e da saúde reprodutiva, informando, assim, o ponto 7.3., do Capítulo VII do *Programme of Action*, que, “reproductive rights embrace certain human rights that are already recognized (...) These rights rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health.”¹⁹¹.

No que concerne à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, em 1997, poder-se-ia indicar o art.º 12.º, que remete para os testes preditivos de anomalias genéticas, e, portanto, com projecção mediata no espaço reprodutivo. De todo o modo, figuram referências concretas à área da medicina da reprodução, no art.º 13.º, a respeito das intervenções sobre o genoma humano, art.º 14.º, selecção de sexo, e o art.º 18.º, quanto à pesquisa de embriões *in vitro*¹⁹².

¹⁸⁹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade, O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião in vitro*, Vol. I, FDUC, Coimbra, 2012, págs. 254 e 255, que refere que o art.º 8.º tem vindo a suplantar o art.º 12.º no palco dos direitos reprodutivos, indicando, v.g., a esse propósito, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, os casos: *Evans v. United Kingdom*, n.º 6339/05, de 7 de Março de 2006 e 10 de Abril de 2007 (GC); *Dickson v. United Kingdom*, n.º 44362/04, de 18 de Abril de 2007 e 4 de Dezembro de 2007 (GC).

¹⁹⁰ Cfr. www.gddc.pt.

¹⁹¹ Cfr. *International Conference on Population and Development*, Cairo, Setembro de 1994; no mesmo sentido, *Fourth World Conference on Women*, Beijing, Setembro de 1995, Platform for Action, C. Women and Health n.ºs 94 a 96; in www.un.org.

¹⁹² Cfr. BERNARD M. DICKENS, *Legislation for Assisted Reproductive Technologies, in Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter,

Em sede do Ordenamento Jurídico Português, deciframos, neste espaço, o plasmado no art.º 26.º, n.º1, da CRP, ao proteger, sobretudo, o “desenvolvimento da personalidade” e a “reserva da vida privada e familiar”. Também o art.º 36.º, n.º1, da CRP, onde se consagra o “direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, sem prejuízo do art.º 67.º, n.º1, da CRP, e, ainda, o art.º 68.º, n.º2, da CRP. Em seu turno, o art.º 64.º, da CRP, convocando o Direito à Saúde, significativo, por exemplo, no tratamento da infertilidade e em sede de planeamento familiar.

Na verdade, embora, entre nós, não figure, de forma tipificada, o direito à reprodução, o mesmo pode ser recolhido das normas constitucionais destacadas, e com extensão, inclusive, à procriação medicamente assistida.

Por conseguinte, não podemos deixar de acompanhar o entendimento de alguma doutrina, que, ao abrigo dos art.ºs 26.º, n.º1, e 36.º, n.º1, da CRP, reconhece o *direito à reprodução* como um *direito fundamental* e, destarte, merecedor de tutela constitucional¹⁹³.

Em relação ao terreno juscivilístico, defendemos, bem assim, que, a partir da Tutela Geral da Personalidade prevista no art.º 70.º, n.º1, pode destringar-se, aí, o *direito à autodeterminação do indivíduo* nos cuidados de saúde, e do qual resulta, naturalmente, o *direito à autodeterminação reprodutiva*, cuja protecção se encontra alicerçada no art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil.

Neste passo, pode assim falar-se num direito à reprodução, atenta uma componente positiva, enquanto direito de cada indivíduo constituir família, seja por meios naturais de procriação, seja através de técnicas de procriação medicamente

2011, págs. 15 a 27, e, na mesma obra, HARPREET KAUR e KAMINI A. RAO, *Right to Reproduce*, págs. 45 a 48.

¹⁹³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 265 a 267; LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra Editora, 2004, págs. 581 e ss.; ainda, ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 132 a 159, que considera, em sede da PMA, que os art.ºs 25.º, 36.º, n.º1, 67.º, n.º1, e 68.º, n.º2, da CRP, poderiam ser mobilizados para legitimar o “reconhecimento constitucional de um direito à procriação assistida”, embora reconheça que, por via dos art.ºs 24.º, 26.º, 69.º, da CRP, se possa “questionar ou, no limite, mesmo refutar a dignidade e o assento constitucional de um tal direito”. Neste sentido, considera problemáticos os casos de doação de gâmetas e, sobretudo, da maternidade de substituição, referindo, no seu todo, que são de permitir as técnicas de reprodução assistida que não coloquem em perigo a saúde ou a integridade física, violem os bons costumes ou a ordem pública, “sendo de repudiar toda a operação de engenharia genética que não seja benéfica para aquele que vai nascer”.

assistida, estando protegido, igualmente, na sua dimensão negativa, o direito ao planeamento familiar¹⁹⁴.

3. O Planeamento Familiar

O direito à autodeterminação reprodutiva no espaço concernente ao planeamento familiar tem um papel crucial, sobretudo, em termos humanos e económico-sociais.

E, pese embora a sua recente consagração legal, a verdade é que as suas motivações, designadamente, no controle da natalidade, surgem dispersas ao longo da História, passando pela Antiguidade até chegar ao século XXI.

De facto, pode dizer-se que a maioria dos países desenvolvidos conta com protocolos de actuação em termos de planeamento familiar, assegurando, neste passo, aos indivíduos a prestação, específica, de cuidados em saúde reprodutiva.

3.1. A Consulta de Planeamento Familiar

No Ordenamento Português, a consulta de planeamento familiar, no âmbito da *medicina pública*, e, portanto, do Serviço Nacional de Saúde, integra os cuidados de saúde primários, decorrendo nos Centros de Saúde, nos termos, aqui, definidos pelo art.º 8.º, do Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de Outubro, e, bem assim, o n.º 4, als. a) e b), do Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.ª série, e n.º 1.1, do Despacho do Ministério da Saúde n.º 10 325/99, *Diário da República*, 2.ª série, n.º 122, de 26 de Maio de 1999¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cumpre, no entanto, indicar que, em sede de PMA, figuram alguns *obstáculos* quanto à extensão do direito à reprodução, designadamente, no acesso às técnicas de PMA por pessoas singulares e do mesmo sexo, porquanto, no plano *legal*, ditado pelo art.º 4.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, se trata de um *método subsidiário*, e não alternativo, à reprodução natural, e, no terreno *médico*, obedece, *inter alia*, a um critério *técnico-científico* de *infertilidade* e, como tal, segue pressupostos de carácter terapêutico e não já de *infertilidade social*. Nesta matéria, *infra*, págs. 169 a 174.

¹⁹⁵ *Cfr.* Art.º 8.º, do Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de Outubro, “Em todos os centros de saúde deve existir uma equipa multiprofissional que polarize as motivações e as iniciativas no campo da saúde reprodutiva e que promova e garanta: a) O atendimento imediato nas situações em que haja um motivo expresso que o justifique; b) O encaminhamento adequado para uma consulta a realizar no prazo máximo de 15 dias, ponderado o grau de urgência; c) Consulta de planeamento familiar a utentes que não disponham, à data, de resposta dos serviços, no âmbito da medicina geral e familiar, como recurso complementar e concertado desta actividade; d) A existência de contraceptivos para distribuição gratuita aos utentes.”; Art.º 5.º, n.º2, da Lei n.º 3/84, de 24 de Março, Educação Sexual e Planeamento Familiar; V., para um estudo evolutivo do planeamento familiar em Portugal, designadamente no plano jurídico, JORGE BRANCO, *Contracepção Hoje em Portugal, Separata do Manual Sobre Contracepção* (David Serfaty), Artes Gráficas, 2007, págs. 7 e ss..

Por outro lado, mediante articulação com Unidades Hospitalares que disponham de serviço de Ginecologia-Obstetrícia, serão aqui reconduzidos, para consulta de *planeamento familiar de referência*, os casos previstos no art.º 6.º, n.º2, als. a) a e), do Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de Outubro, concretamente, em situações de risco, como diabetes, cardiopatias e doenças do foro oncológico; quando figure indicação para realização de contraceção cirúrgica; circunstâncias tratadas nos serviços de urgência ou existindo internamento por complicações decorrentes de aborto; grávidas de alto risco e adolescentes.

Na verdade, a consulta de planeamento familiar *latu sensu*, que pode decorrer em *medicina privada* e na *medicina pública*, apresenta finalidades relevantes que se estendem, de forma abrangente, a diversas áreas da ginecologia e dos cuidados reprodutivos.

Destarte, é realizada uma avaliação da saúde reprodutiva da mulher ou do casal, tomando em apreço o risco de doenças genéticas que possam transmitir-se à descendência e a prevenção e rastreio/diagnóstico de doenças sexualmente transmissíveis. Neste seguimento, é ainda efectuado, em relação à mulher, o rastreio de doenças neoplásicas e do cancro do colo do útero.

Procede-se, ainda, à prestação de informação e aconselhamento adequados sobre a sexualidade e a reprodução, com indicação precisa sobre os métodos contraceptivos existentes, num espaço de cuidados de saúde pré-concepcionais e na sequência da gravidez¹⁹⁶.

De facto, em face do exposto, retira-se, desde logo, que a completude de elementos que decorrem na consulta de planeamento familiar exigem, assim, do médico uma actuação diligente e munida dos necessários conhecimentos técnicos e científicos.

Ora, na parte que releva para a responsabilidade civil médica, cumpre enunciar, de imediato, a problemática concernente à violação do dever de informação em sede de *diagnósticos pré-concepcionais*, nas circunstâncias em que possa existir risco de transmissão genética¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cfr. Art.º 4.º, n.º1, da Lei n.º 3/84, de 24 de Março, “O planeamento familiar postula acções de aconselhamento genético e conjugal, de informação de métodos e fornecimento de meios de contraceção, tratamento da infertilidade e prevenção de doenças de transmissão sexual e o rastreio do cancro genital.”. V., também, *Saúde Reprodutiva, Planeamento Familiar. Orientações Direcção-Geral da Saúde*, Lisboa, 2008, págs. 5 a 11.

¹⁹⁷ V. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., pág. 427, nota de rodapé 423.

E tratando-se de um contexto em que tenha havido falha no dever de informação, quer na presença de casal que sabia ser portador de determinada anomalia ou mesmo na hipótese já de diagnóstico incorrecto, a verdade é que, por norma, uma vez prosseguida a concepção, por meios naturais, cremos que uma vigilância da gravidez conforme às *leges artis*, permitiria, através do rastreio pré-natal, referenciar esses casos, remetendo-os, se tal fosse, para o DPN e, no limite, para a interrupção da gravidez.

Todavia, não pode aqui ser descartada a eventualidade da mulher (casal) intentar uma acção contra o médico e/ou o laboratório de análises, em virtude de falha no dever de informação, designadamente requerendo indemnização por danos não patrimoniais, constantes no sofrimento e dor advenientes da realização de interrupção da gravidez, que poderia ter sido evitada, e danos patrimoniais, *v.g.*, em posteriores consultas médicas.

Numa situação mais remota, coexistindo falha, também, em DPN, ou não sendo realizada a interrupção da gravidez, por motivos pessoais ou legais, poder-se-ia cogitar a presença de um cenário de *wrongful birth* ou até de *wrongful life*.

De todo o modo, as situações enunciadas são, em regra, pouco frequentes, pelo que a violação do dever de informação por riscos de anomalia genética atinge a sua expressão máxima em DPN e em DGPI, domínios esses que serão analisados de forma completa¹⁹⁸.

Por outro lado, merece, ainda, referência o rastreio/diagnóstico do *cancro da mama* e do *colo do útero*, no espaço da saúde reprodutiva da mulher, na medida em que importam tratamentos oncológicos e ou intervenções cirúrgicas, que podem comprometer, de forma temporária ou definitiva, a fertilidade da mulher.

E, na verdade, tal contexto faz pesar no médico e/ou do laboratório competente o adequado cumprimento da prestação de informação, desde logo, quanto aos resultados finais dos respectivos exames, prevenindo tratamentos ou procedimentos desnecessários. Acresce, ainda, do lado do médico o dever de prestar esclarecimentos ao paciente em relação às técnicas de criopreservação de gâmetas a que poderá socorrer-se antes de iniciar qualquer tratamento oncológico, por via a assegurar, em caso de infertilidade, a possibilidade de vir a ter filhos biológicos.

¹⁹⁸ V. ROSAMUND SCOTT, *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, Hart Publishing, 2007; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge University Press, 2007.

Ora, também aqui se convoca uma temática de especial premência que será tratada de forma autónoma, no âmbito da responsabilidade civil médica e da figura da *perda de chance*, aqui tomada enquanto *chance* perdida de conceber de modo natural ou poder conceber de todo, atento, sobretudo, o enquadramento próprio das técnicas de PMA e em sede de *Ginecologia Oncológica*¹⁹⁹.

Aqui chegados, cumpre ainda destacar os casos que envolvam a dimensão de planeamento familiar respeitante aos métodos contraceptivos, e onde poderá, como tal, existir uma violação do direito à autodeterminação reprodutiva do casal, decorrente de falha do dever de informação ou, no seu conjunto, por *mala praxis*, que venha, assim, a desembocar nas chamadas acções de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*.

Neste passo, serão analisados, a título breve, os métodos contraceptivos existentes, buscando perceber o alcance e significado dos actos médicos em apreço num eventual apuramento de responsabilidade civil médica.

3.2. Caracterização dos Principais Métodos Contraceptivos

As preocupações crescentes com o controle da natalidade, sobretudo em face do aumento da população mundial, motivaram uma forte especialização da Medicina e da indústria farmacêutica, contando hoje com uma tipologia extensa de métodos contraceptivos, alguns dos quais, com actuação de permeio na prevenção da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis.

Deixe-se, porém, a nota de referência de que, tratando-se, na sua maioria, fármacos, o médico deverá proceder a uma análise cuidada e informativa da sua finalidade, efeitos secundários, vantagens, riscos previsíveis e graves, naquele paciente em concreto e no estado da sua saúde, antes de proceder à sua prescrição.

Podem assim destacar-se, no âmbito dos métodos contraceptivos gerais, a contracepção hormonal combinada e hormonal progestativa, dispositivo intra-uterino, contracepção de emergência, métodos de barreira e cirurgia de esterilização.

No que concerne à *contracepção hormonal combinada*, pela acção de estrogénio (etinilestradiol) e progestagénio, pode ser administrada por via oral, transdérmica e

¹⁹⁹ V. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 394 a 402; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 302 a 308; JORGE SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, págs. 146 a 152.

vaginal, e destina-se, sobretudo, a garantir a inibição da ovulação, sendo totalmente reversível.

Importa, aqui, referir, neste segmento, o contraceptivo combinado oral (*pílula*), cuja toma diária ocorre, geralmente, durante 21 dias, constituindo, na verdade, o método mais frequente e com altos níveis de eficácia. Por outro lado, no espaço de administração transdérmica, refira-se o método de *adesivo*, cuja aplicação é feita 1 vez por semana, durante 3 semanas, v.g., na zona do abdómen, coxas, ou braço. Trata-se, porém, de um método mais recente, e está reconhecida uma redução de eficácia em caso de peso superior a 90 Kg. Refira-se, ainda, o método combinado *anel vaginal*, dispositivo que é utilizado durante 3 semanas, pelo que os resultados práticos, em termos de eficácia, são comparáveis aos demais, se aplicado correctamente.

De facto, tratam-se de métodos contraceptivos com grande eficácia, e, pese embora o facto de apresentarem alguns riscos a nível cardiovascular, arterial e hepático, são reconhecidos enormes benefícios, como seja, na prevenção do cancro do ovário e do endométrio, de gestação ectópica, infecções pélvicas e redução de patologia benigna da mama.

Em respeito já à *contracepção hormonal progestativa*, apenas compreende a acção isolada de progestagénio, e pode ser utilizada por via oral, injectável e subcutânea, garantindo, assim, uma inibição da ovulação ou um mecanismo antinidatório, sendo, igualmente, reversível. A sua administração tem sido realizada, sobretudo, em circunstâncias em que exista intolerância ou contra-indicação à contracepção com estrogénio, antecedentes de tromboembolismo venoso, e no período de amamentação, decorridas 3 semanas após o parto.

Neste quadro, pode integrar-se a *contracepção por via oral* (desogestrel), sendo um método com um nível de eficácia elevado, e de toma contínua. As suas principais vantagens caem no baixo risco cardiovascular e metabólico. Por outro lado, no que concerne ao método *injectável* (medroxiprogesterona), trata-se de uma opção contraceptiva de longa duração, cuja administração intramuscular ocorre a cada 12 semanas, com resultados elevados em termos de eficácia. O retorno da fertilidade, contudo, pode demorar vários meses. Quanto ao método de aplicação *subcutânea* ou *implante* (etonogestrel), trata-se de um contraceptivo de acção prolongada, até três anos, com altos níveis de eficácia, pelo que, após a sua remoção, a fertilidade é restabelecida em poucas semanas.

A contracepção por *dispositivo intra-uterino* conhece, desde logo, a modalidade de DIU-Cu, de cobre, e, portanto, não hormonal, actuando, sobretudo, por acção mecânica e pelo seu carácter de toxicidade para os gâmetas. É um método de duração prolongada (pelo menos 10 anos), embora a eficácia, elevada, possa diminuir de forma progressiva. Refira-se, também, o SIU, com libertação de progestagénio (levonorgestrel), actuando ao nível inibitório da ovulação e reduzindo as condições de nidacão. É um método de longa duração (pelo menos 5 anos) e apresenta um alto nível de eficácia, o qual poderá, no entanto, conhecer diminuição dos seus valores ao longo dos anos. Por outro lado, têm sido apontados benefícios ao nível da prevenção do cancro do endométrio e de gravidez ectópica.

A *contracepção de emergência* pode decorrer por via oral, com actuação hormonal, actuando ao nível da inibição da ovulação, ou mesmo através de aplicação de dispositivo intra-uterino de cobre, por acção mecânica, pelo que a eficácia de ambos está, em regra, circunscrita até 5 dias após relações sexuais desprotegidas²⁰⁰.

Refira-se, a título breve, os *métodos de barreira*, entre os quais se destacam o *preservativo masculino e feminino*, que, além de prevenirem a gravidez, por via mecânica, são igualmente eficazes na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis²⁰¹.

Cumpra, ainda, especificar os métodos contraceptivos de *cirurgia de esterilização*, que visam prevenir, em definitivo, a gravidez²⁰².

No caso feminino, a esterilização pode decorrer, sobretudo, por *laqueação de trompas*, através de cirurgia por laparotomia, minilaparotomia e laparoscopia. Mais recentemente, surgiu o processo de esterilização de *oclusão tubar*, através da inserção

²⁰⁰ Cfr. Art.º 3.º, n.º1, da Lei n.º 12/2001, de 29 de Maio, “Os meios contraceptivos de emergência são disponibilizados: a) Gratuitamente, nos centros de saúde, nos horários normais de funcionamento, nas consultas de planeamento familiar, ginecologia e obstetrícia dos hospitais, nos centros de atendimento de jovens com protocolo de articulação com o Serviço Nacional de Saúde; b) Nas farmácias, mediante prescrição médica ou, na ausência desta, os de venda livre.”

²⁰¹ Cfr. Art.º 8.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de Outubro, que dita que os Centros de Saúde devem prover e garantir, “A existência de contraceptivos para distribuição gratuita aos utentes.”

²⁰² Cfr. PHILLIP G. STUBBLEFIELD, SACHEEN CARR-ELLIS, NATHALIE KAPP, *Planejamento Familiar*, in *Tratado de Ginecologia*, (Coordenação de Jonathan S. Berek), 14ª Edição, Editora Guanabara, 2008, págs. 219 e 189 a 225, referindo que, no âmbito dos métodos contraceptivos, o processo de esterilização definitiva é o mais comum nos EUA; no mesmo sentido, EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Hart Publishing, 2001, págs. 19 a 21, nota de rodapé 58, indicando que a opção frequente pela esterilização definitiva surge, desde logo, em face da simplicidade que envolve a execução dos respectivos procedimentos, além de que não implica os riscos associados à contracepção hormonal, assegurando, bem assim, uma eficácia contraceptiva superior.

de um micro-implante nas trompas, por histeroscopia, cuja reacção inflamatória local determina, em consequência, e no período de 3 meses, a sua oclusão definitiva²⁰³.

Importa referir que existe sempre o risco diminuto de repermeabilização espontânea, em virtude da técnica realizada e da sua correcta execução, não se descartando, também, neste passo último, ainda que em situações remotas, a possibilidade de gravidez ectópica.

Em relação ao sector masculino, a cirurgia de esterilização voluntária consiste na *vasectomia*, que é uma procedimento de laqueação ou excisão dos ductos deferentes, conduzindo à azoospermia. Também aqui figura o risco baixo de recanalização espontânea²⁰⁴.

A este propósito, indique-se que, dada a importância de uma esterilização definitiva, a Lei n.º 3/84, de 24 de Março, impõe determinadas condições, desde logo, ao nível da capacidade de gozo e da obrigatoriedade de consentimento expresso, na forma escrita. Com efeito, dita o art.º 10.º, n.º1, que a *esterilização voluntária* só poderá ser praticada “por maiores de 25 anos, mediante declaração escrita devidamente assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção e a menção de que foram informados sobre as consequências da mesma (...)”, acrescentando o n.º2 que o limite de idade poderá ser dispensado, nas hipóteses em que a esterilização resulta de motivações de ordem terapêutica²⁰⁵.

²⁰³ V., também, *National Institute for Health and Care Excellence, Hysteroscopic Sterilisation by Tubal Cannulation and Placement of Intrafallopian Implants, Guidance*, Setembro de 2009, in www.nice.org.uk.

²⁰⁴ Cfr. *Saúde Reprodutiva, Planeamento Familiar. Orientações Direcção-Geral da Saúde, ob. cit., págs. 11 a 57*; *Consenso Sobre Reprodução, Reunião de Consenso Nacional Sobre Contracepção*, SPG, SPDC, SPMR, Estoril, 2011, págs. 5 a 74; MARIA GIL VARELA, *Contracepção Hormonal*, in *Manual de Ginecologia*, (Coordenação de Carlos Freire de Oliveira), Volume II, Permanyer, 2011, págs. 75 a 92, e, da mesma obra, MARGARIDA BARROS, *Cirurgia dos Anexos por Laparotomia*, págs. 481 a 488; N. HALDAR, D. CRANSTON, E. TURNER, I. MACKENZIE, J. GUILLEBAUD, *How Reliable is a Vasectomy? Long-Term Follow-Up of Vasectomised Men*, in *The Lancet*, Vol. 356, n.º 9223, 2000, págs. 43 e 44; MICHELLE GREWAL e RONALD T. BURKMAN, *Contracepção e Planeamento Familiar*, in *Current, Obstetrícia e Ginecologia, Diagnóstico e Tratamento*, (Coordenação de Alan H. DeCherney e Lauren Nathan), 9ª Edição, McGraw-Hill, 2005, págs. 535 a 551.

²⁰⁵ Cfr. Art.º 66.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, “1 - Os métodos de esterilização irreversível, laqueação tubária e vasectomia só são passíveis de ser permitidos a pedido do próprio e com o seu expresso e explícito consentimento pleno, após esclarecimentos detalhados sobre os riscos e sobre a irreversibilidade destes métodos. (...) 4 - Em casos de menores ou incapazes, os métodos de esterilização irreversíveis só devem ser executados após pedido devidamente fundamentado no sentido de evitar graves riscos para a sua vida ou saúde dos seus filhos hipotéticos e, sempre, mediante prévio consentimento judicial.”.

3.3. Métodos Contraceptivos e Responsabilidade Civil

No enquadramento geral dos métodos contraceptivos, podem decifrar-se vários motes para o surgimento de responsabilidade civil.

Ora, uma vez que muitos desses obrigam a uma acção invasiva por parte médico, se a mesma vier a decorrer com negligência, assim, gerando lesões na integridade física da paciente, poderá haver lugar ao respectivo ressarcimento indemnizatório.

De igual modo, se um método contraceptivo for prescrito pelo médico, desconsiderando, por falta de zelo ou prudência, o estado de saúde da paciente, que apresentava antecedentes ou contra-indicações que obstavam à sua toma ou aplicação, as respectivas consequências danosas podem conduzir ao apuramento de responsabilidade civil.

Não obstante, a este propósito, relevam, aqui, sobretudo, as circunstâncias em que, por falha do dever de informação do médico ou por *mala praxis*, a concepção acaba por verificar-se, abrindo, assim, caminho para o espaço das acções de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*.

Em relação aos métodos contraceptivos não definitivos, a falha do dever de informação, nomeadamente quanto aos riscos de ineficácia, dificilmente responsabilizará o médico, em face de um litígio, até porque a sua maioria exige uma actuação diligente por parte da própria utilizadora.

E cremos que, mesmo nas hipóteses em que a concepção possa ter resultado na circunstância de uma aplicação incorrecta por parte do médico de, v.g., um Implante subcutâneo, DIU, ou SIU, as dificuldades probatórias a cargo do paciente, a par com os riscos de ineficácia do próprio método contraceptivo, certamente conduziram ao fracasso da acção de responsabilidade civil²⁰⁶.

De todo em todo, defendemos, neste segmento, a procedência das acções de *wrongful conception*, em casos de plena *evidência circunstancial* que assim determine a negligência do médico.

²⁰⁶ Cfr., no entanto, a decisão do *Hoge Raad*, de 21 de Fevereiro de 1997 (NJ, 1999, 145), que trata de um caso em que o médico ginecologista, na sequência de uma intervenção cirúrgica, remove o dispositivo intra-uterino, não o tendo recolocado novamente. Destarte, a paciente veio a engravidar, pelo que Tribunal autorizou a indemnização por danos patrimoniais, correspondentes à educação de uma criança não planeada; S. LINDENBERGH e H. TH VOS, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 883 e 884.

3.3.1. A Esterilização e a Responsabilidade Civil Médica

Na verdade, os principais problemas ético-jurídicos que medeiam a fase preconceptiva surgem marcadamente no plano da esterilização voluntária, sendo, também, aqui, que, regra geral, tem caído o substrato das acções de *wrongful conception*.

Ora, podem referenciar-se, desde logo, as circunstâncias em que tenha decorrido uma *violação do dever de informação* por parte do médico em advertir o paciente quanto aos riscos de insucesso ou ineficácia do procedimento de esterilização definitiva.

A este propósito, incluem-se, sobretudo, os casos em que exista uma falha na prestação de informação ou de esclarecimentos ao paciente quanto ao risco, mínimo, de reoperabilização das trompas ou de recanalização espontânea dos ductos deferentes, e, portanto, da possibilidade de gravidez.

Por outro lado, contam-se também as situações em que o médico não cumpriu ou cumpriu defeituosamente o dever de informar o (a) paciente quanto à adopção de certos cuidados contraceptivos num período pós-operatório e/ou até confirmação clínica/analítica da respectiva esterilidade.

Acrescem, outrossim, as hipóteses em que o médico, na sequência do procedimento contraceptivo, informa incorrectamente o (a) paciente de que a esterilização definitiva foi alcançada, sendo, como tal, irreversível.

Noutro passo, podem referir-se os casos em que o médico tenha executado de forma indevida a *técnica cirúrgica de esterilização*, omitindo, designadamente, os deveres de cuidado exigíveis a um médico prudente e zeloso, com total desrespeito pelos ditames traçados pelas *leges artis*.

De todo o modo, em qualquer um dos cenários, as consequências imediatas, ao menos do lado do paciente, tenderão a ser uniformes, já que a *concepção indesejada* acaba por ter lugar.

E é precisamente neste contexto que tem sido intentada a generalidade das acções de *wrongful conception*, cujo fundamento jurídico jaz numa crassa ofensa ao direito de autodeterminação negativa ou de planeamento familiar, podendo, decantar-se três casos paradigmáticos.

Desde logo, aqueles em que a concepção é seguida de aborto espontâneo ou de nado-morto, podendo a mulher (casal) requerer a compensação por danos não patrimoniais (morais) resultantes da violação do *direito à não reprodução* e pelo sofrimento e dor decorrentes da interrupção natural da gestação.

No mesmo sentido, se, em face da concepção indevida, a mulher (o casal) optar por autorizar a interrupção voluntária da gravidez, poderá solicitar, em litígio, o ressarcimento dos danos não patrimoniais subsequentes a essa situação dolorosa, sem prejuízo, ainda, de eventuais danos patrimoniais associados.

Finalmente, refiram-se as situações, mais frequentes, em que a gravidez transcorre sem complicações até ao seu termo, vindo, por conseguinte, a nascer um filho *são*, mas cuja concepção não fora desejada pelos progenitores. Em regra, são alegados danos não patrimoniais compatíveis com a violação ou lesão do direito à *liberdade de não reprodução* e o transtorno emocional que esse facto pode acarretar e danos patrimoniais próprios do dispêndio financeiro de sustentar uma criança não desejada, no espaço competente do planeamento familiar²⁰⁷.

Na verdade, tem-se verificado um crescendo de litígios nestes domínios, sendo, em regra, julgados procedentes, pese embora algumas limitações quanto à respectiva extensão indemnizatória.

Destarte, cumpre indicar, nos EUA, o caso *Custodio v. Bauer*, em 1967, a propósito de uma cirurgia de laqueação de trompas mal sucedida²⁰⁸.

Por outro lado, refira-se, no Reino Unido, *Thake v. Maurice*, em 1986, numa vasectomia, em que ocorreu falha do dever de informação quanto aos riscos de recanalização espontânea dos ductos deferentes²⁰⁹.

Também, na Alemanha, a decisão do BGH de 18 de Março de 1980, em relação a uma cirurgia de esterilização feminina indevidamente executada²¹⁰.

Em Espanha, importa, também, destacar a STS de 27 de Julho de 2006, numa cirurgia de laqueação das trompas não sucedida em virtude de negligência médica na respectiva performance²¹¹.

²⁰⁷ Cfr., nesta matéria, EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, ob. cit., págs. 25 a 39; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 53 e ss..

²⁰⁸ Cfr. *Custodio v. Bauer*, 251 Cal.App.2d 303, 59 Cal.Rptr. 463 (1967); *Lovelace Medical Center v. Mendez*, 805 P.2d 603 (N.M. 1991); em sede de vasectomia, *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 N.W.2d 169 (Minn. 1977).

²⁰⁹ Cfr. *Thake v. Maurice* [1986] QB 644 1 All ER 497 (CA); também, *Eyre v Measday* [1986] 1 All ER 488, CA; *Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service* [1996] 2 All ER 161 (CA); *Gold v. Haringey Health Authority* [1986] 1 FLR 125; revsd [1988] QB 481; *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52 e [2004] AC 309; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 339 a 345; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 726 a 755.

²¹⁰ Cfr. BGH de 18 de Março de 1980, NJW, 1980, 1450; BGH de 27 de Junho de 1995, NJW, 1995, 2407; *BVerfGE* de 12 de Novembro de 1997, 96, 375; V., também, S. MARTENS e R. ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, ob. cit., págs. 875 e 876.

No caso Português, pode enunciar-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Outubro de 2007, em respeito a uma cirurgia de laqueação de trompas ineficaz, por força de recanalização espontânea da trompa esquerda, tendo a paciente engravidado 5 meses após o procedimento.

O Tribunal pronunciou-se no sentido de absolver a médica responsável, porquanto esta cumpriu o dever de diligência que lhe incumbia, referindo, destarte, que, “(...) é forçoso concluir (...) que o risco de sucesso da laqueação não é obviamente de 100%, nem tal foi assegurado à Autora”, ao que acresce o facto de que “(...) a singularidade da situação da laqueação de trompas não se destinando a remover “um mal de saúde” da Autora, mas aplicar um método anticoncepcional definitivo afinal não alcançado, dele não resultou qualquer dano de saúde para a paciente.”²¹².

A questão decidenda foi analisada tomando em apreço a natureza jurídica da obrigação assumida pelo médico como sendo de meios, porquanto não fora *asegurado* à paciente a garantia de uma absoluta eficácia do respectivo procedimento.

Todavia, mesmo partindo deste entendimento, e ante o exposto, não pode afirmar-se, *a contrario*, com toda a certeza, que a paciente tenha sido, desta feita, informada e devidamente esclarecida dos riscos de recanalização espontânea ou de que, uma vez existindo uma correcta prestação de informação, esta tenha sido eficaz. Por outras palavras, seria relevante apurar se, neste caso último, o médico se certificou que aquele paciente em concreto ficou, de facto, esclarecido quanto ao risco mínimo de insucesso do procedimento.

Embora não questionemos a decisão apontada, cremos, na verdade, que se trata de uma temática delicada que deverá ser reconduzida, *ex ante*, aos domínios do consentimento informado e da prestação de informação, de forma a proteger os interesses do médico e, sobretudo, do paciente.

Com efeito, nas cirurgias *voluntárias* ou *d’agrément*, como, por exemplo, os casos de esterilização definitiva²¹³, de cirurgia estética, a dádiva de órgãos e tecidos,

²¹¹ Cfr. STS de 27 de Julho de 2006, RJ 2006/6548; STS de 10 de Outubro de 1995, RJ 1995/7403; STS de 5 de Junho de 1998, RJ 1998/4275; Na hipótese de falha do dever de informação, em vasectomias, STS de 25 de Abril de 1994, RJ 1997/3073; STS de 7 de Abril de 2004, RJ 2004/2608; V., também, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 53 e ss.; MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Anticoncepciones Fallidas e Hijos no Previstos*, *indret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º3, 2001, págs. 1 a 16, in www.indret.com.

²¹² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Outubro de 2007, Relator: Isabel Salgado, in www.dgsi.pt.

²¹³ Com excepção feita às circunstâncias em que exista indicação terapêutica, nos termos do art.º 10.º, n.º 2, da Lei n.º 3/84, de 24 de Março.

participação em ensaios clínicos, perfilhamos da posição doutrinal que considera que o dever de esclarecimento terá que ser aí mais denso e rigoroso, justamente atendendo à menor ou ausente *necessidade da intervenção* ou do procedimento em apreço²¹⁴.

No que concerne especificamente às acções de *wrongful conception*, defendemos, igualmente, a sua procedência, em termos gerais, caminhando assim no sentido dominante propugnado pela jurisprudência em Direito Comparado²¹⁵.

3.3.2. Responsabilidade Civil do Farmacêutico

A saúde reprodutiva e o planeamento familiar, dado o seu amplo terreno actuante, apresentam uma estreita conexão com a actividade farmacêutica, pelo que será relevante tecer algumas considerações, nomeadamente, quanto às circunstâncias em que possam ser ultrapassados os limites estabelecidos pelo Direito Civil, fazendo operar, destarte, o instituto da responsabilidade civil.

Conforme se referiu, *supra*, a grande maioria dos métodos contraceptivos comporta riscos na sua utilização, sobretudo, existindo acção hormonal, sendo que em nenhum deles está assegurada uma eficácia absoluta.

De todo o modo, uma vez existindo *defeito do método contraceptivo*, que possa assim fazer emergir novos riscos ou exacerbar os riscos existentes, ou, por outro lado, comprometer a sua eficácia, remetendo-a para níveis muito inferiores ou nulos, poderá

²¹⁴ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 370 a 373 e 626 e 627, considerando que nas cirurgias voluntárias o dever de informação atinge a sua dimensão máxima, pelo que, “Em casos de falha na laqueação de trompas, o tribunal deve questionar a insuficiência da informação”, socorrendo-se, neste passo, da “doutrina do consentimento informado”; M. NEY *apud* MIGUEL KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 193, que refere que, “A extensão da informação será em razão inversa da utilidade ou da urgência inerente ao tratamento e na razão direta do risco que ele comporta”; EDUARDO DANTAS, *A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico. A Cirurgia Plástica como Obrigação de Meio*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 78 e 79; MARIE-LAURE MOQUET-ANGER, *Responsabilité Médicale à l’Hôpital*, in *Médecine & Droit*, n.º 35.º, 1999, págs. 18 a 20; ROSE-MARIE LOZANO, *La Protection Européenne des Droits de l’Homme Dans le Domaine de la Biomédecine*, Ceric, La Documentation Française, Paris, 2001, págs. 33 e ss.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La Cirugía Estética y Su Responsabilidad*, Comares, 1997, págs. 346 a 351; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., págs. 89 e ss..

²¹⁵ A este propósito, indique-se o Acórdão do STA, de 25 de Junho de 2009, Relator: Pais Borges, que julgou de modo favorável uma acção de *wrongful conception*. Trata-se, contudo, de uma circunstância fáctica que apenas, mediatamente, tange a cirurgia de esterilização. Na verdade, a paciente foi submetida a uma cesariana, tendo dado o prévio consentimento para a realização de esterilização, por laqueação das trompas, que não chegou a ser realizada. Acresce, ainda, que a paciente não foi informada de tal facto, tendo ficado na falsa convicção de que não voltaria a engravidar. Ora, meses depois, tal veio a ocorrer, pelo que o Tribunal determinou o seu ressarcimento por danos não patrimoniais, em virtude do sofrimento decorrente do aborto (incompleto) e da inevitável raspagem (curetagem) uterina. in www.dgsi.pt.

aplicar-se, com toda a legitimidade, o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, concernente à Responsabilidade do Produtor.

Ora, informa o art.º 1.º, do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que, “O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação.”.

Com efeito, afirma-se o traçado objectivo da responsabilidade do fabricante, estando, assim, dispensado o preenchimento do requisito da culpa, isto é, da censurabilidade ético-jurídica da conduta do agente.

Doutro passo, indica, também, o art.º 2.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que, “Produtor é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo”, acrescentando, ainda, o art.º 4.º, n.º1, que um *produto será defeituoso* nos casos em que “não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.”²¹⁶.

Por conseguinte, em face do exposto no texto legal, não resistem dúvidas em considerar que a indústria farmacêutica, ou, *rectius*, os laboratórios farmacêuticos, são, como tal, responsáveis, ainda que sem culpa, pelos danos resultantes dos defeitos dos métodos contraceptivos que colocam em circulação comercial.

E tal facto, nos termos avançados no art.º 4.º, n.º1, do Decreto n.º 383/89, de 6 de Novembro, verifica-se nas hipóteses em que o método contraceptivo não ofereça a *segurança* que seria legitimamente expectável ao *utilizador em geral*, e, neste passo, quando a sua *eficácia* esteja, efectivamente, cerceada, pondo, assim, em causa o principal objectivo do seu fabrico e da respectiva aquisição²¹⁷.

A este propósito, cumpre referir, desde logo, o litígio, no Reino Unido, *Richardson v. London Rubber Company Products Ltd.*, em 2000, que corresponde a um

²¹⁶ Cfr., ainda, Art.º 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, “Não se considera defeituoso um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado.”.

²¹⁷ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Reimpressão, Almedina, 1999, págs. 634, nota de rodapé 2, e 635 a 637, que, embora defenda que a *segurança* e *eficácia* (*aptidão*) são conceitos distintos, cabendo, este último, no âmbito de apuramento de responsabilidade contratual, nada impede que a *ineficácia* constitua *defeito* ou *falta de segurança*, se implicar a produção de “danos em bens jurídicos” objecto de protecção pelo regime jurídico da responsabilidade do produtor; DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra Editora, 2010, págs. 91 a 94, entende, inclusive, que, no palco farmacêutico, a *ineficácia* da pílula contraceptiva pode determinar “danos na saúde da mulher”, v.g., numa gravidez *indesejada* e/ou de *risco*.

caso de falha (rebitamento) de um método contraceptivo de barreira (preservativo), tendo a autora engravidado na sua sequência. Uma vez requerida a indemnização por danos morais e patrimoniais, o Tribunal pronunciou-se de forma desfavorável, considerando que, ao abrigo do *Consumer Protection Act* de 1987, o produto não se apresentava com defeito²¹⁸.

Por outro lado, em *XYZ and others v. Schering Health Care Ltd. and others*, 2002, compreende uma acção envolvendo um método contraceptivo combinado oral (pílula) de terceira geração e 7 casos de mulheres que padeceram de lesões graves do foro cardiovascular. Não obstante, também aqui a decisão judicial foi improcedente, na medida em que não se considerou provado que os referidos métodos apresentavam um risco de tromboembolia venosa duas vezes superior ao previsto nos contraceptivos de segunda geração²¹⁹.

Cumpre, ainda, legar a referência de que, no Reino Unido e nos EUA, verificou-se, sobretudo, na 2ª metade da década de 90, forte litigância judicial relativamente ao implante Norplant, em face dos respectivos efeitos secundários e riscos da sua aplicação, não estando, neste momento, a ser comercializado nesses países²²⁰.

Aqui chegados, pode ainda considerar-se, no domínio dos métodos contraceptivos, um outro segmento de responsabilidade farmacêutica, que cairá, desta feita, no espaço da responsabilidade civil subjectiva, prevista no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

²¹⁸ Cfr. *Richardson v. London Rubber Company Products Ltd.* [2000] Lloyd's Law Reports 280.

²¹⁹ Cfr. *XYZ and others v. Schering Health Care Ltd. and others*, 2002 70 BMLR 88; No Canadá, *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd* [1984], 8 DLR (4th) 373 aff. (1986) 54 DRL (4th), em que o Tribunal condenou a companhia farmacêutica, por falha no dever informativo quanto aos riscos cardiovasculares da utilização do método contraceptivo combinado oral Ortho-Novum.

²²⁰ No Reino Unido, desde 1999, e nos EUA, desde 2002. De todo o modo, este produto continuou a ser utilizado, aparentemente, com segurança, noutros países, até 2008, em que foi cessado o seu fabrico e distribuição; Cfr. LAURA J. FROST e MICHAEL R. REICH, *Norplant: Access to Contraceptives, in Access: How do Good Health Technologies Get to Poor People in Poor Countries?*, Harvard Center for Population and Development Studies, 2008, págs. 129 e ss.; SAM ROWLANDS, *Legal Aspects of Contraceptive Implants, in Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, Vol. 36, n.º4, 2010, págs. 243 e ss.; Reproductive Health Supplies Coalition, *Contraceptive Implants*, Product Brief, Julho de 2013, págs. 1 a 3, in www.rhsupplies.org; ainda, MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, ob. cit., págs. 299 e 300 e 307 a 310, referindo que o contraceptivo injectável Depo-Provera, no Reino Unido, e o DIU Dalkon Shield, também nos EUA, foram objecto de litigância; EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, ob. cit., págs. 39 a 41, que indica o grande número de litígios nos EUA, destacando o caso do DIU Copper-T; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 163 a 167 e 299 e 300; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 53 e 54, nota de rodapé 57, que indica, em Espanha, a STS de 24 de Setembro de 1999, em que fora intentada uma acção contra o hospital e o fabricante do DIU, num caso de ineficácia do médico contraceptivo, seguida de gravidez. O Tribunal condenou o respectivo laboratório, dada a respectiva falta de comparência em juízo.

De facto, trata-se dos casos em que, v.g., o farmacêutico, no respectivo estabelecimento de oficina, dispensa ao paciente um método contraceptivo (ou fármaco) totalmente distinto daquele que foi prescrito pelo médico, podendo, assim, lesar o seu direito à autodeterminação reprodutiva, na hipótese de gravidez, ou até a sua integridade física, atentos os efeitos secundários ou riscos da utilização desse produto por aquele paciente em concreto²²¹.

²²¹ Cfr. *Wooton v. J. Doctor Ltd.* [2008] EWHC Civ 1361, em que o farmacêutico vendeu um contraceptivo oral inadequado. Tratou-se de um acção de *wrongful pregnancy*, que não obteve procedência, uma vez que o fármaco em causa apresentava o mesmo princípio activo que o prescrito pelo médico; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Lex Medicinae*, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 5 e 6, que, em respeito aos cenários de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*, se pronuncia a propósito da “(...) indevida dispensa por um farmacêutico” do respectivo medicamento.

CAPÍTULO II
A MEDICINA MATERNO-FETAL

1. Enquadramento Temático

Na verdade, a medicina materno-fetal comporta um relevo premente no âmbito da saúde reprodutiva da mulher e, designadamente, em sede do respectivo direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

De facto, trata-se de um contexto amplo em que estão em apreço, desde logo, elementos que respeitam à vigilância da gravidez, rastreio e diagnóstico pré-natal, e que se estendem, ainda, à fase perinatal e parto.

Neste passo, a actuação do médico terá que ser mediada pelo cumprimento adequado das *leges artis*, buscando, como tal, um acompanhamento diligente da gestante, atenta a sua condição de saúde durante a gravidez, e, sobretudo, em face de patologia anterior, que possa, igualmente, agravar-se ou conduzir a um aborto espontâneo ou parto prematuro.

Por outro lado, em DPN, o dever de informação toma, em rigor, uma importância crucial, designadamente, no que tange à necessidade e riscos dos respectivos procedimentos invasivos, e, outrossim, na comunicação adequada aos progenitores quanto ao eventual diagnóstico de anomalia fetal.

A este propósito, indique-se que, em determinadas anomalias, poderá ter lugar, inclusive, a realização de intervenções médico-cirúrgicas *in utero* ou mesmo de terapia fetal, de forma a reverter ou a minimizar o respectivo quadro clínico do nascituro. Ora, tais circunstâncias deverão merecer, invariavelmente, uma análise que tome em linha de apontamento, *maxime*, a integridade física da grávida e as vantagens e riscos em relação à condição de saúde do feto.

Neste conspecto, a decisão cabe à progenitora, que, mediante uma informação adequada e esclarecida, poderá autorizar a prática dos competentes actos médicos.

De todo em todo, na hipótese de recusa de específico tratamento, que seria premente para tratar ou prevenir determinada patologia, cumpre destacar que, se, por um lado, a opção da grávida deve ser respeitada, no âmbito da sua autodeterminação nos cuidados de saúde, a realidade é que nada obsta a que a criança possa vir, depois, a intentar uma acção de *wrongful life*, ou, *rectius*, de *wrongful injury*, em face do nascimento com as respectivas deficiências.

Em acréscimo, pende, ainda, referir que, no espaço materno-fetal, levanta-se a questão da interrupção da gravidez por vontade da mulher, e, em DPN, por motivos fetopáticos, nos termos apregoados pelo art.º 142.º, 1.º, al. c), do Código Penal, pelo que,

neste passo último, a falha do dever de informação do médico quanto aos riscos de anomalia genética, que, assim, tenha impedido a mãe (casal) de consentir ou não na prossecução da gestação, pode, como tal, determinar o apuramento de responsabilidade civil, desta feita, por *wrongful birth* e *wrongful life*.

Finalmente, também em momento perinatal e já no parto, a prestação de cuidados médicos deverá obedecer a critérios de diligência e zelo, sobretudo, no que concerne, desde logo, à avaliação da condição da grávida e do feto e da eventual necessidade de realização de cesariana, atento, igualmente, o disposto nas respectivas *guidelines* materno-fetais.

Por sua vez, no contexto do parto, normal ou por cesariana, e atendendo ao carácter invasivo dos respectivos procedimentos e técnicas cirúrgicas, deve ser reconhecida especial preocupação quanto à saúde da grávida e integridade física da criança, sob pena de responsabilidade civil médica, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

2. O Acesso aos Cuidados de Saúde Pré-Natais

No âmbito da *medicina pública*, o acesso aos cuidados de saúde pré-natais é regulado pelo Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.ª série, que veio estabelecer o modelo organizativo dos Centros de diagnóstico pré-natal (CDPN); o Despacho do Ministério da Saúde n.º 10 325/99, 2.ª série, que veio aprovar orientações no modo operativo dos respectivos centros²²².

De facto, nos termos do n.º4 do Despacho n.º 5411/97, a organização de serviços em sede de cuidados de saúde pré-natais encontra-se prevista por níveis. O primeiro respeita aos cuidados de saúde primários; o segundo corresponde aos Centros de diagnóstico pré-natal, nos hospitais de apoio *perinatal*; o terceiro contempla os Centros de diagnóstico e terapêutica pré-natal, em hospitais de apoio *diferenciado*.

De facto, os cuidados de saúde primários, que decorrem nos Centros de Saúde, têm, desde logo, como escopo principal, no âmbito da consulta pré-concepcional, a prestação de aconselhamento médico quanto a eventual gravidez, e, também, a respectiva identificação de pacientes e família com risco genético, de forma a serem, neste seguimento, reconduzidos aos cuidados secundários. Doutro passo, mediante

²²² *Cfr.*, também, Circular Normativa da DGS n.º 4/DSMIA, de 1 de Março de 2001.

protocolos de actuação com os hospitais de cuidados secundários ou de apoio perinatal (CDPN) e, caso seja, perinatal diferenciado (CDTPN), devem, ainda, proceder à vigilância normal da grávida, realizando, neste conspecto, o rastreio pré-natal, com eventual referenciação, na hipótese de risco de anomalia congénita²²³.

No que tange aos Centros de diagnóstico pré-natal (CDPN), o seu espaço compreende, desde logo, o acompanhamento das grávidas referenciadas, ou seja, de risco. Por outro lado, podem realizar consultas de aconselhamento genético pré-natal, ecografias diferenciadas e, também, exames de DPN, designadamente, com recurso a procedimentos e técnicas de biopsia embrionária e fetal. Neste contexto, estão, ainda, autorizados a efectuar interrupções de gravidez não punível, nos termos previstos no Código Penal, afiançando, bem assim, o competente estudo fetopatológico do nado-morto. Em seu turno, as circunstâncias em que figurem procedimentos de terapêutica fetal serão, neste passo, encaminhadas para os competentes CDTPN²²⁴.

Em respeito já aos Centros de diagnóstico e terapêutica pré-natal (CDTPN), além das respectivas competências elencadas no CDPN, contemplam, também, consultas de genética e medicina materno-fetal, execução de técnicas invasivas à parte da amniocentese, realização de ecografias *altamente* diferenciadas, exames laboratoriais de citogenética, bioquímica e de biologia molecular, e apoio no âmbito do estudo fetopatológico quanto a CDPN que não tenham os elementos devidos para a sua execução²²⁵.

Na verdade, ao abrigo do n.º 4.4 do Despacho n.º 5411/97, cumpre referir que os Centros de diagnóstico pré-natal e Centros de diagnóstico e terapêutica pré-natal constituem unidades individualizadas, embora integradas nos inerentes serviços ou departamentos de obstetrícia e genética médica, respectivamente, dos hospitais perinatais ou perinatais de apoio diferenciado²²⁶.

²²³ Cfr. n.º 4.1 do Despacho n.º 5411/97, 2.ª série; n.º 1.1 do Despacho n.º 10 325/99, 2.ª série; n.º 1.2.6, “Os CDPN deverão articular-se com a (s) UCF respectiva (s), o que permitirá incrementar a realização da consulta pré-concepcional e melhorar a qualidade da vigilância da grávida, incluindo a ecografia morfológica e a eficácia da referência.”; 1.3.7, “Os CDTPN deverão estabelecer protocolos escritos com os CDPN, UCF e sistemas locais de saúde com que se articulam.”.

²²⁴ Cfr. n.º 4.2. do Despacho n.º 5411/97, 2.ª série; n.ºs 1.2.1. e 1.2.5 do Despacho n.º 10 325/99, 2.ª série.

²²⁵ Cfr. n.º 4.3. do Despacho n.º 5411/97, 2.ª série; n.º 1.2.3 do Despacho n.º 10 325/99, 2.ª série, “A equipa multidisciplinar do CDPN compreende profissionais das seguintes áreas funcionais: consulta de obstetrícia ou de diagnóstico pré-natal, ecografia diferenciada, genética médica, pediatria/neonatalogia, fetopatologia, psicologia e serviço social.”.

²²⁶ Cfr., também, n.ºs 1.2.1 e 1.3.1 do Despacho n.º 10 325/99, 2.ª série; n.º 1.3.3 do Despacho n.º 10 325/99, 2.ª série, que refere o CDTPN inclui Profissionais das áreas de “medicina materno-fetal, ecografia diferenciada, genética médica, neonatalogia, patologia clínica (incluindo o «laboratório do feto»,

Por sua vez, os cuidados de saúde pré-natais em *medicina privada* são regulados por critérios de funcionamento e serviços próprios, tomando lugar em clínicas ou consultórios privados, e, via de regra, em articulação com laboratórios de análises e de imagiologia. De todo o modo, tal-qualmente sucede na *medicina pública*, também aqui devem ser respeitados os *protocolos* e *guidelines* materno-fetais, pelo que, concretamente, o rastreio pré-natal e a realização de exames em DPN acabam por seguir, destarte, pressupostos de aplicação semelhantes.

3. A Consulta de Obstetrícia e Rastreio Pré-Natal

No âmbito da vigilância normal da gravidez, o terreno de actuação médica obedece a um padrão assente, via de regra, na consulta de obstetrícia e realização de técnicas não invasivas, designadamente, análises laboratoriais e ecografias.

Com efeito, a consulta de obstetrícia assume um relevo premente, já que permite ao médico proceder a uma análise da condição de saúde da gestante, atento, bem assim, o seu histórico familiar, e, caso seja, determinar a existência de gravidez de risco, e eventual acompanhamento específico e/ou recondução aos domínios do DPN.

Em respeito às análises serológicas, tomam lugar durante as primeiras 14 semanas de gestação e entre as 24 e 26 semanas e as 32 e 34 semanas. No que concerne já ao estudo ecográfico, ocorre entre as 11 e 13 semanas + 6 dias, desde logo, para apuramento da idade gestacional e, *inter alia*, a translucência da nuca. Doutro passo, entre as 20 e 23 semanas, para a avaliação morfológica do feto, e entre as 33 e 34 semanas, em sede de determinação de perfil biofísico²²⁷.

Ora, neste conspecto, a par com a vigilância de uma gravidez de baixo risco, cumpre destacar o rastreio pré-natal, que compreende um mecanismo ou processo, com recurso a inquérito médico ou, em rigor, marcadores serológicos e exames ecográficos,

fetopatologia, cardiologia pediátrica, cirurgia pediátrica e diferenciada pós-natal, psicologia, epidemiologia e serviço social.”.

²²⁷ Cfr. CARLA RAMALHO, ERMELINDA BRAGANÇA, ALEXANDRA MATIAS e TERESA LOUREIRO, *Consulta Geral – Vigilância de Rotina na Gravidez de Baixo Risco*, in *Protocolos de Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Diogo Ayres de Campos, Nuno Montenegro, Teresa Rodrigues), 2ª Edição, Lidel, 2008, págs. 5 e 6; MARIA HELENA MACHADO, *Assistência Pré-Natal*, in *Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Luís Mendes da Graça), 4ª Edição, Lidel, 2010, págs. 156 a 158.

de forma a seleccionar, de entre a população geral, os indivíduos com risco elevado ou significativo de vir a ter um filho portador de anomalias congénitas²²⁸.

Destarte, se o resultado do teste de rastreio ou *screening* pré-natal, para efeitos de risco de alterações *genéticas* e *cromossomopáticas*, for positivo, a grávida será encaminhada para o DPN, aconselhamento genético, e competente realização de exames de diagnóstico, que, assim, poderão confirmar ou descartar a suspeita de anomalia fetal. Na eventualidade do resultado ser negativo, a grávida segue o respectivo acompanhamento normal da gravidez²²⁹.

Por outro lado, cumpre destacar, ainda, neste contexto, a possibilidade de realização de outros rastreios, sobretudo, quanto ao risco de patologia materna, *v.g.*, infecciosa ou metabólica, que poderá implicar consequências graves no feto, determinando, portanto, uma vigilância pré-natal concreta, e, em regra, com referenciação da grávida para o DPN, *latu sensu*.

A este propósito, facilmente se compreende que o rastreio pré-natal se trata, na verdade, de uma fase de *selecção* de casos ou grupos de risco, que, de forma justificada, estão, assim, autorizados a aceder ao DPN, respectivos exames adicionais e, caso seja, procedimentos terapêuticos ou de cirurgia fetal.

No plano do rastreio pré-natal para anomalias genéticas, deixe-se, a título de referência, as principais tipologias contempladas nos *protocolos* e *guidelines* materno-fetais.

Destarte, no 1.º trimestre, entra em palco o rastreio *bioquímico*, entre as 11 e 13 semanas + 6 dias, para análise da β -hCG (fracção β livre da hormona gonadotropina coriónica) e da PAPP-A (proteína plasmática associada à gravidez). Também neste quadro, surge o rastreio *ecográfico*, efectuado entre as 11 e 13 semanas + 6 dias, com vista a determinar o valor da TN (translucência da nuca).

Já em sede do 2.º trimestre, entre as 14 e as 22 semanas, refira-se o rastreio bioquímico, que pode ser realizado tendo por base um dos seguintes testes, e consoante os recursos disponíveis na instituição hospitalar: *duplo*, para apuramento da AFP (alfa fetoproteína) e β -hCG; *triplo*, em respeito à AFP, β -hCG e uE3 (estriol não conjugado); *quadráduplo*, AFP, β -hCG, uE3 e Inibina-A.

²²⁸ V., também, NEIL F. SHARPE e RONALD F. CARTER, *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability*, Wiley-Liss, 2006, *pág. 167*.

²²⁹ Cfr. ELEANOR MILLIGAN, *The Ethics of Consent and Choice in Prenatal Screening*, Cambridge Scholars Publishing, 2011, *pág. 134*, destaca que, “Prenatal screening results are typically communicated in terms of population based statistical probabilities and ratios, presented as ‘risk factors’ ”.

Doutro passo, para garantir uma maior eficácia na taxa de detecção de risco de anomalia congénita e falsos-positivos menores, é mister considerar-se neste traçado: o *rastreio combinado*, reunindo o rastreio bioquímico e ecográfico do 1.º trimestre; o rastreio *integrado*, que pressupõe o rastreio combinado e a realização, por norma, do teste quádruplo de rastreio bioquímico de 2.º trimestre, sendo os valores apurados somente na sequência da última colheita efectuada.

Em todo o caso, deixe-se a nota de referência de que o rastreio combinado tem merecido, *rectius*, mais acolhimento, justamente porque é efectuado no início da gestação, permitindo, desde logo, a obtenção de resultados de forma imediata. Neste sentido, os exames de DPN e/ou os procedimentos de terapêutica fetal podem, como tal, ser feitos em tempo, e, doutro passo, uma eventual interrupção de gravidez por motivos fetopáticos acaba, também, por comportar, aqui, um risco menor para a gestante do que se realizada no 2.º trimestre²³⁰.

Finalmente, na hipótese de vigilância médica da gravidez apenas a partir do 2.º trimestre, deve realizar-se o competente rastreio, sobretudo, no âmbito do teste quádruplo, considerando, bem assim, para fins de cálculo de risco, os dados apurados em sede de ecografia morfológica²³¹.

Na verdade, os protocolos de rastreio pré-natal apresentam-se como um elemento fundamental na saúde reprodutiva da mulher, permitindo, neste passo, através de exames não invasivos, a selecção de pacientes grávidas com risco aumentado de

²³⁰ Cfr. MARIA DA PURIFICAÇÃO TAVARES, *Diagnóstico Pré-Natal de Alterações Genéticas*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 90 a 92; na mesma obra, LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Rastreio Pré-Natal de Aneuploidias: Perspectiva Obstétrica*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 94 a 96, destacando que o rastreio destina-se a uma avaliação do risco tendente a conferir um “grau de probabilidade, e nunca dará a certeza da existência ou não de anomalia fetal. (...) o teste de rastreio designado como positivo apenas define o segmento da população estudada que deverá ser sujeito a testes ulteriores.”. Por outro lado, o autor destaca, ainda, no âmbito do teste de rastreio integrado, o rastreio *sequencial por passos*, que permite o conhecimento por parte da grávida do resultado do rastreio combinado do 1.º trimestre, pelo que, na circunstância de risco aumentado, será, desde logo, facultada a realização de exames invasivos de DPN. Tratando-se de resultado negativo ou ante a recusa na realização dos respectivos exames de DPN, será realizado o teste quádruplo do 2.º trimestre, mantendo-se, assim, o regime padrão do teste integrado. Em acréscimo, considera, ainda, neste segmento, o teste *sequencial contingente*, nos termos do qual, ocorrendo um resultado negativo, e em que a hipótese de falso negativo seja efectivamente reduzida, não será realizado qualquer procedimento adicional. Se o resultado for positivo, com risco elevado de anomalia, pode ser destacada a possibilidade de realização de exames invasivos de DPN; P. BENN, D. WRIGHT, H. CUCKLE, *Practical Strategies in Contingent Sequential Screening for Down Syndrome*, in *Prenatal Diagnosis*, Vol. 25, n.º8, 2005, págs. 645 a 652; ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética, Fundamentos e Ética Biomédica*, Principia, 2009, págs. 433 e 434.

²³¹ Cfr. TERESA LOUREIRO, ALEXANDRA MATIAS e NUNO MONTENEGRO, *Rastreio de Anomalias Cromossómicas*, in *Protocolos de Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 34 a 36.

anomalia congénita fetal, cumprindo, aqui, destacar, v.g., os defeitos do tubo neural, Trissomia 18 e *Síndrome de Down*²³².

4. O Diagnóstico Pré-Natal e a Gravidez de Risco

O diagnóstico pré-natal (DPN) compreende “o conjunto de procedimentos que são realizados para determinar se um embrião ou feto é portador ou não de uma anomalia congénita”²³³ ou, em rigor, “qualquer anomalia de desenvolvimento morfológica, estrutural, funcional ou molecular, presente ao nascimento (embora possa manifestar-se mais tarde), externa ou interna, familiar ou esporádica, herdada ou adquirida, simples ou múltipla e, em geral, qualquer tipo de anomalia ou perturbação do desenvolvimento normal do embrião”²³⁴.

Na verdade, o acesso ao DPN encontra-se contemplado nos *protocolos* e *guidelines* materno-fetais, designadamente enquanto espaço tendente à execução de técnicas invasivas de diagnóstico, tendo, assim, como finalidade, confirmar ou descartar determinada patologia fetal de grávidas ou casais previamente referenciados ou rastreados²³⁵.

A este propósito, o n.º 2.1 do Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.^a série, indica que, em sede de DPN, é considerada *gravidez de risco* sempre que esteja em apreço, pelo menos, uma das seguintes circunstâncias: gestante com idade superior a 35 anos; descendente com cromossomopatia ou progenitor com patologia cromossómica equilibrada; ecografia com relatório de suspeita de anomalia fetal; valores dos marcadores sorológicos maternos alterados; risco elevado de ocorrência recorrente de

²³² De facto, realizando o rastreio pré-natal em momento pré-concepcional, designadamente, com análise dos cariótipos do casal, este poderá, em face de resultado positivo, ser remetido para a PMA e DGPI. Cfr., ainda, NEIL F. SHARPE e RONALD F. CARTER, *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability*, ob. cit., págs. 188 e 189 e 163 a 187, que indicam que o escopo primacial do rastreio pré-natal “(...) is to maximize detection while minimizing the number of women undergoing invasive diagnostic prenatal tests, thereby reducing the risk of losing a wanted pregnancy (...)”; DN Jr SALLER e JA CANICK, *Current methods of prenatal screening for Down Syndrome and other fetal abnormalities*, in *Clinical Obstetrics and Gynaecology*, Vol. 51, n.º1, 2008, págs. 24 a 36.

²³³ In n.º1 do Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.^a série.

²³⁴ Organização Mundial de Saúde, in MARIA DA PURIFICAÇÃO TAVARES, *Diagnóstico Pré-Natal de Alterações Genéticas*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., pág. 85; também, www.who.int.

²³⁵ Cfr., nesta matéria, GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 219 e 220.

doença genética não cromossómica; risco elevado de efeito teratogénico, por força de etiologia infecciosa ou tóxica (medicamentosa)²³⁶.

Ora, ante o exposto, cumpre referir que, no terreno respeitante à gravidez de risco, em DPN, se encontra, desde logo, a grávida com mais de 35 anos. Trata-se, aliás, de um padrão normalmente inscrito nos respectivos *protocolos* e *guidelines* internacionais.

Não obstante, atendendo a que a Sociedade tem conhecido um progressivo alargamento quanto ao momento de constituir família, sobretudo, porque, além da evolução nos cuidados de saúde pré-natais, só muito tarde os casais possuem estabilidade profissional e económica, são, como tal, frequentes gestações acima dos 35 anos, pelo que cumprirá aferir, neste passo, se o requisito da idade *per se* poderá justificar o acesso obrigatório ao DPN e a técnicas invasivas que podem implicar lesões maternas e fetais e eventual aborto.

Por outro lado, no que concerne à detecção de anomalias congénitas, como, por exemplo, o *Síndrome de Down*, destaque-se, também, que nas circunstâncias em que a idade constitua um critério único, nem sempre os valores respeitantes ao grau de risco em grávidas com mais de 35 anos se revelam, na prática clínica, aumentados, quanto estabelecida, destarte, uma comparação com mulheres em idade inferior. E tal, aliás, sucede, porquanto, as mais das vezes, a transmissão de anomalia genética depende de vários factores, sendo que, em rigor, a maioria dos casos de diagnóstico, na hipótese de resultado positivo, acaba, desta feita, por decorrer no período de maior fertilidade e, portanto, abaixo dos 35 anos²³⁷.

²³⁶ Cfr., também, DIOGO AYRES DE CAMPOS e CARLA RAMALHO, *Classificação da “Gravidez de Risco”*, in *Protocolos de Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 3 e 4, referem que, para a classificação de gravidez de risco, num plano *geral*, devem ser tomados em linha de apontamento, desde logo, critérios demográficos e sócio-económicos; conduta da gestante; histórico de complicações ao nível obstétrico; doença materna; evolução da gestação em curso; neste traçado, JULIAN WOOLFSON, *Antenatal Care, in Risk Management and Litigation in Obstetrics and Gynaecology*, (Coordenação de Roger V. Clements), Royal Society of Medicine Press, 2001, págs. 152 e ss., destaca que a gravidez de risco, *latu sensu*, pode decorrer de patologia materna ou de condições específicas. Desde logo, a idade jovem da gestante, que poderá determinar um quadro de pré-eclampsia, além das evidentes consequências no domínio social e económico. Neste sentido, já nos casos de idade avançada da grávida, verifica-se, por norma, risco aumentado de anomalia cromossomopática. Doutro passo, o autor destaca, ainda, os casos de anteriores partos por cesariana e/ou placenta prévia, ou em que tenha decorrido distócia de ombros, nado-morto ou morte neonatal. Em acréscimo, deve, outrossim, considerar-se os casos de fetos com apresentação pélvica e/ou de grande dimensão, que poderão implicar, como tal, um acompanhamento mais premente e eventual cirurgia de cesariana electiva. Por sua vez, os fetos pequenos para a respectiva idade gestacional podem, desde logo, colocar entraves em sede de diagnóstico, e, bem assim, quanto ao momento do parto, em virtude da respectiva condição física ou de saúde.

²³⁷ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Rastreio Pré-Natal de Aneuploidias: Perspectiva Obstétrica*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 96 e 97; NEIL F. SHARPE e RONALD F. CARTER, *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability*, ob. cit., págs. 181 a 190 e 195, consideram, em referência às

De todo em todo, defendemos que, no âmbito da prestação de informação, o médico, em cumprimento adequado das *leges artis*, deverá indicar à gestante com idade superior a 35 anos a possibilidade de acesso imediato ao DPN e, como tal, a opção de realizar técnicas invasivas de diagnóstico. Em caso de recusa, devem ser efectuados os testes de rastreio pré-natal, eventualmente com recurso ao exame imagiológico de 2.º trimestre²³⁸.

Aqui chegados, cumpre referir, em sede já dos procedimentos de DPN, que os mesmos se consubstanciam em não *invasivos*, e, como tal, aparentemente sem riscos para a grávida ou o feto, e *invasivos*, quando se revela “necessário entrar fisicamente no compartimento corpóreo implicado (cavidade uterina, anexos, corpo fetal), para explorar, extrair e colher amostras de material biológico a submeter posteriormente a análise.”²³⁹.

Com efeito, a propósito das técnicas *não invasivas*, podem decantar-se, desde logo, os exames bioquímicos e, sobretudo, a *ecografia*, que, além do seu papel geral no âmbito do rastreio e de vigilância regular da gravidez, se apresenta, *rectius*, como um importante meio de diagnóstico de anomalias congénitas.

De facto, a ecografia tem merecido avanços relevantes, contando, hoje, com técnicas de *Doppler* e *Power Doppler*, visualização de imagem em 2D, e, mais recentemente, de 3D e 4D, as quais garantem, *inter alia*, uma maior velocidade na transmissão de dados²⁴⁰.

guidelines do Canadá, que “maternal age alone is a relatively poor predictor of fetal anomaly, and it may be inappropriate to rely on it when facilities exist for additional screening methods”.

²³⁸ A este propósito, deixe-se, todavia, a nota de referência para o Acórdão do Conselho Nacional de Disciplina da Ordem dos Médicos, in *Revista da Ordem dos Médicos*, Ano 27, n.º 122, Setembro de 2011, págs. 18 a 20, que, em sede de recurso, veio confirmar a Decisão do Conselho Regional, no que tange à aplicação de pena disciplinar de *censura* a uma médica ginecologista-obstetra, que, perante uma grávida de 34 anos, com história clínica de um aborto espontâneo e uma interrupção de gravidez, e em que os testes de rastreio apresentavam, na sua completude, resultados *próximos* do limite de risco, não terá sugerido a execução de amniocentese, pelo que privou a progenitora da possibilidade de tomar uma decisão esclarecida quanto a autorizar ou não a interrupção da gravidez por motivos fetopáticos. Destarte, a posição do Conselho Disciplinar terá obedecido a critérios *exigentes*, que, embora *válidos* num plano ético e, aqui, de censurabilidade disciplinar de uma conduta médica, que, em rigor, não foi diligente no âmbito do dever de informação, acabam, invariavelmente, por convidar à prática de uma *medicina defensiva* e à realização de exames invasivos de DPN, ainda que tal não seja exigível ou recomendável pelas *leges artis*, enquanto *soft law*, e apenas por forma a precluir um processo disciplinar ou judicial. Ante o exposto, defendemos que, em circunstâncias em que não exista violação das *leges artis*, deve ter lugar uma análise casuística para efeitos de apuramento de Responsabilidade Disciplinar; ainda, *Carta ao Conselho Nacional de Disciplina da OM*, in *Revista da Ordem dos Médicos*, Ano 27, n.º 125, Dezembro de 2011, págs. 66 a 68.

²³⁹ Cfr. ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética*, ob. cit., pág. 433.

²⁴⁰ Cfr. RABIH CHAOUI e BERNARD BENOIT, *Three-Dimensional and Four-Dimensional Ultrasound Application in Prenatal Diagnosis*, in *European Practice in Gynaecology and Obstetrics, Ultrasound in*

Por outro lado, enuncie-se, também, o exame de *ecocardiografia fetal*, que deve ser efectuado apenas em face de determinadas circunstâncias de risco, antes referenciadas ou rastreadas, e permite avaliar a estrutura cardiovascular do feto e eventuais malformações ou anomalias congénitas²⁴¹.

Em acréscimo, e embora com menor aplicabilidade, toma ainda relevo a *ressonância magnética*, designadamente, enquanto meio de diagnóstico de malformações cerebrais, torácicas e abdominais, sendo, de facto, um elemento coadjuvante no quadro de eventual terapêutica e/ou cirurgia fetal²⁴².

No que concerne às técnicas *invasivas*, refira-se a *amniocentese*, que constitui o principal exame de diagnóstico em DPN, e que remonta, sobretudo, à década de 60, sendo importante destacar, nesse processo evolutivo, e já no início da década de 70, a intervenção de Garbie e Scrimgeour.

Trata-se, na verdade, de um procedimento ecoguiado, que compreende a extracção, com recurso a agulha de punção lombar, introduzida de forma transabdominal na bolsa amniótica, de 15 ml a 20 ml de líquido amniótico, cujas respectivas *células fetais de esfoliação* serão objecto de análise laboratorial de carácter citogenético, bioquímico e de biologia molecular²⁴³.

A sua realização tem lugar, em regra, no 2.º trimestre, designadamente, entre as 14 e 18 semanas, embora possa decorrer, também, no 1.º trimestre, entre as 11 e 13

Obstetrics and Gynaecology, (Coordenação de Juriy W. Wladimiroff e Sturla H. Eik-Nes), Elsevier, 2009, págs. 259 a 270.

²⁴¹ Cfr. Circular Normativa da DGS n.º 11/DSMIA, de 26 de Setembro de 2006, destaca que a ecografia obstétrica se revela eficaz no apuramento de suspeita de cardiopatia fetal e posterior encaminhamento para a ecocardiografia fetal. Não obstante, casos há em que se impõe a recondução imediata da grávida à realização desse exame, *maxime*, quanto estejam em apreço determinadas condicionantes, como sejam, v.g., histórico familiar, patologia materna e fetal; AGOSTINHO BORGES, *Ecocardiografia Fetal – Indicações e Metodologia*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 305 a 312.

²⁴² Cfr., também, JOAQUINA TAVARES, *Ecografia 3D-4D e Ressonância Magnética em Medicina Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 248 a 257; T.M. QUINN, A.M. HUBBARD, N.S. ADZICK, *Prenatal Magnetic Resonance Imaging Enhances Fetal Diagnosis*, in *Journal of Pediatric Surgery*, Vol. 33, n.º4, 1998, págs. 553 a 558; U.M. REDDY, R.A. FILLY e J.A. COPEL, *Prenatal Imaging: Ultrasonography and Magnetic Resonance Imaging*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 112, n.º1, 2008, págs. 145 a 157.

²⁴³ Cfr. ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética*, ob. cit., págs. 439 e 440; NORMAN M. FORD, *The Prenatal Person, Ethics From Conception to Birth*, Blackwell Publishing, 2002, págs. 127 e 128; THE-HUNG BUI e VARDIELLA MEINER, *State of The Art in Prenatal Diagnosis*, in *The Janus Face of Prenatal Diagnostics*, (Coordenação de Marianne Leuzinger-Bohleber, Eve-Marie Engels e John Tsiantis), Karnac, 2008, págs. 71 e 72, indicando que, embora existam referências à técnica de amniocentese em finais do século XIX e na 1ª metade do século XX, facto é que foi apenas em 1966 que surgiu a análise de células de líquido amniótico para anomalias cromossómicas, sendo que, em 1968, foi, através desse procedimento, realizado o primeiro diagnóstico para *Síndrome de Down* e patologias metabólicas; R. D. KLEIN e M. J. MAHONEY, *Medical Legal Issues in Prenatal Diagnosis*, in *Medical Legal Issues in Perinatal Medicine: Part I, Clinics in Perinatology*, Vol. 34, n.º2, (Coordenação de Isaac Blickstein, Judith L. Chervenak, Frank A. Chervenak), Saunders, 2007, pág. 287.

semanas + 6 dias e, inclusive, no 3.º trimestre, ainda que, neste caso último, esteja indicada, *maxime*, para a avaliação de crescimento e maturidade fetal do que para fins de diagnóstico de anomalias congénitas.

Doutro passo, uma vez que a amniocentese constitui um procedimento invasivo, comporta riscos, apesar de diminutos quando realizada em centros devidamente especializados. A este respeito, cumpre destacar a perda fetal, que, no 2.º trimestre, apresenta uma taxa de 0.5%. Pode, igualmente, considerar-se a existência de metrorragias ou perda de líquido amniótico, com taxa de 1.0%, pelo que, no 3.º trimestre, em circunstâncias raras, a ruptura das membranas e parto pré-termo²⁴⁴.

No domínio das técnicas invasivas, emerge, outrossim, a *biopsia das vilosidades coriônicas*, que tendo, no entanto, sido realizada a partir da década de 60, na Suécia, somente na década de 80 alcançou critérios seguros de utilização em termos de prática clínica.

Ora, o procedimento em apreço consiste na colheita, ecoguiada, por via transcervical ou transabdominal, de tecido do córion frondoso, para análise citogenética e molecular, revelando-se premente para o diagnóstico de anomalias genéticas e, *maxime*, para estudo de cariótipo fetal (ADN), através de técnicas como a FISH e a PCR. Na verdade, deve ser executada entre as 9 e as 12 semanas de gestação, permitindo, neste conspecto, resultados mais atempados do que a amniocentese. De todo em todo, o risco de perda fetal é substancialmente maior, assim como de interrupção da gravidez, caindo, aqui, na taxa de 1 a 3%²⁴⁵.

A este propósito, legue-se, ainda, um breve apontamento para o exame de *cordocentese*, que supõe a recolha, ecoguiada, de sangue fetal puro, através de agulha de punção introduzida, por via abdominal, no respectivo cordão umbilical, visando, assim, o respectivo estudo citológico e bioquímico. A sua aplicação, em regra às 18 semanas de gravidez, e embora pouco frequente, tem sido remetida, *maxime*, para efeitos de diagnóstico de anomalias cromossómicas, infecções fetais e patologias

²⁴⁴ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Técnicas Invasivas de Diagnóstico e Terapêutica do Feto*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., pág. 297, refere que, noutra contexto, entenda-se em unidades não especializadas neste procedimento, o risco de perda fetal pode atingir valores mais elevados; neste sentido, também, NORMAN M. FORD, *The Prenatal Person, Ethics From Conception to Birth*, Blackwell Publishing, 2002, pág. 128, destacando um risco maior em grávidas com idade a partir dos 37 anos, inclusive.

²⁴⁵ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Técnicas Invasivas de Diagnóstico e Terapêutica do Feto*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 298 e 299; ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética*, ob. cit., págs. 438 e 439; NEIL F. SHARPE e RONALD F. CARTER, *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability*, ob. cit., pág. 191.

hematológicas e metabólicas, assumindo um papel relevante ao nível do processo de transfusão intra-uterina e de administração de terapêutica fetal.

No que concerne à *embrioscopia* e a *fetoscopia*, são, também, exames invasivos de DPN, que consistem na inserção de endoscópio ou fetoscópio para visualização imediata do embrião ou feto, sem prejuízo de eventuais biopsias para fins de análise laboratorial. O seu espectro de actuação revela-se, as mais das vezes, diminuto, na medida em que as principais indicações acabam, na prática, por ser alcançadas mediante recurso a outras técnicas, eficazes, e que apresentam riscos inferiores, designadamente, em sede de perda fetal²⁴⁶.

Por último, em respeito já às técnicas invasivas não diagnósticas, indique-se, desde logo, a *amnioinfusão*, que supõe a introdução de soro fisiológico na bolsa amniótica, pelo que, no palco marcadamente terapêutico, a *transfusão intra-uterina*, a *coagulação laser da circulação placentária*, *transplante intra-uterino* de células tronco-hematopoiéticas e *cirurgia fetal*²⁴⁷.

De facto, ante o exposto, refira-se que a medicina em fase pré-natal tem apresentado significativos avanços, sobretudo, no plano técnico, estando, na actualidade, munida de técnicas que permitem um diagnóstico célere, afiançando, assim, um acompanhamento adequado a grávidas de risco, que dispõem dos elementos necessários para tomar uma decisão esclarecida e informada, caso seja, quanto à prossecução ou não da gravidez, nos termos legais, ou mesmo quanto à execução de terapêutica e/ou cirurgia fetal, que poderão prevenir ou tratar determinada patologia.

²⁴⁶ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Técnicas Invasivas de Diagnóstico e Terapêutica do Feto*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 300 e 301; Y. VILLE, A. KHALIL, T. HOMPHRAY, G. MOSCOSO, *Diagnostic Embryoscopy and Fetoscopy in The First Trimester of Pregnancy*, in *Prenatal Diagnosis*, Vol. 17, n.º13, 1997, págs. 1237 a 1246; ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética*, ob. cit., págs. 436 e 437; E. A. REECE, *First Trimester Prenatal Diagnosis: Embryoscopy and Fetoscopy*, in *Seminars in Perinatology*, Vol. 23, n.º5, 1999, págs. 424 a 433.

²⁴⁷ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Técnicas Invasivas de Diagnóstico e Terapêutica do Feto*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 302 e 303; J.G. OUZOUNIAN, D.A. MILLER, R.H. PAUL, *Amnioinfusion in Women with Previous Cesarean Births: A Preliminary Report*, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Vol. 174, n.º 2, 1996, págs. 783 a 786; H. MATSUI e H. GARDINER, *Fetal Intervention for Cardiac Disease: The Cutting Edge of Perinatal Care*, in *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*, Vol. 12, n.º6, 2007, págs. 482 a 489; também, LUÍS DUARTE MANSO, *O Consentimento Informado no Diagnóstico Pré-Natal*, FDUC, Coimbra, 2011, págs. 57 a 63.

5. Consentimento Informado em DPN e Interrupção da Gravidez – O Direito à Autodeterminação Reprodutiva da Mulher

Na verdade, no domínio do consentimento informado em DPN, plasma o n.º3, al. c.), do Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.ª série, que, “As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido e, sempre que possível, por escrito”, pelo que a al. d) determina que, “A decisão de realizar ou não interrupção de gravidez face aos resultados dos exames de diagnóstico pré-natal cabe à mulher”.

Com efeito, não resistem dúvidas de que, tratando-se de *técnicas invasivas* de diagnóstico pré-natal, *apenas* as grávidas deverão prestar o seu consentimento, e, preferencialmente, na forma escrita, pelo que o progenitor não é chamado à respectiva decisão de consentir. Do mesmo modo, em sede de *interrupção da gravidez*, na sequência do resultado dos exames de diagnóstico, a acção decisória competente cabe *exclusivamente* à gestante.

Por outro lado, considerando, ainda, uma dimensão de DPN *latu sensu*, aqui incluindo, portanto, no seu âmbito conceptual, o rastreio pré-natal, importa referir que a prática clínica tem ditado, outrossim, que o consentimento para os respectivos testes de rastreio seja, naturalmente, concedido pela mulher grávida, até porque, em regra, respeitam à sua saúde reprodutiva e/ou não convocam riscos para o feto.

Neste sentido, a questão que se coloca, desde logo, no palco doutrinal, reside em apurar se, na medicina pública e, bem assim, na medicina privada, o cumprimento dos deveres jurídicos a cargo dos médicos, e, designadamente, a obrigação de informação em DPN, se realiza, na sua plenitude, em direcção às grávidas ou passa, inclusive, pelo futuro progenitor.

A este propósito, Guilherme de Oliveira defende que, pese embora o art.º 1878.º, n.º1, do Código Civil, determinar que ambos os progenitores, enquanto representantes legais, têm o direito de ser parte nas decisões de saúde do filho, e do art.º 1671.º, n.º 2, do Código Civil, que autoriza o progenitor, junto com a esposa, a dirigir a família atento um princípio de igualdade conjugal, a realidade é que o DPN constitui, em rigor, um espaço próprio da grávida, até porque está, sobretudo, em equação a sua integridade

física. Por conseguinte, os deveres jurídicos dos médicos bastam-se em exclusivo em relação à mulher²⁴⁸.

Em nosso parecer, acolhemos o entendimento traçado, pelo que, em DPN, a capacidade decisória pertence apenas à mulher, não sendo, como tal, extensível ao progenitor. De facto, se, no plano interno, este poderá tomar conhecimento dos elementos referentes às competentes técnicas invasivas de DPN e, caso seja, participar na consulta de aconselhamento genético, a verdade é que a respectiva decisão, em termos de eficácia jurídica, cabe apenas à gestante²⁴⁹.

Neste sentido, se pronuncia, aliás, a Recomendação 13 de 1990, do Conselho da Europa, já que, apesar de, no seu princípio 5, considerar que deve ser promovida a intervenção de ambos os progenitores na consulta de aconselhamento pré-natal, no princípio 6 destaca, *rectius*, que, “Prenatal genetic screening and prenatal genetic diagnosis may only take place with the free and informed consent of the person concerned”, referindo-se, depois, no princípio 9, em concreto, à “woman’s freedom of choice”, no que tange a exames de rastreio e diagnóstico²⁵⁰.

Em respeito à interrupção da gravidez, dispõe o art.º 142.º, n.º 1, als. a) a e), do Código Penal, as circunstâncias em que não é punível, cumprindo aqui enunciar a al. c), quando “Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”. A este propósito, nos termos do art.º 142.º, n.ºs 4 e 5, do Código Penal, o legislador indica que o consentimento é prestado “pela mulher grávida ou a seu rogo”, estando assim em plena concordância com os ditames prefigurados pelo n.º3, al. d.), do Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.ª série.

Destarte, tal-qualmente sucede com as técnicas invasivas de DPN, também aqui se verifica que a decisão de interrupção da gravidez cabe à mulher, no âmbito do seu direito de autodeterminação reprodutiva, descartando-se, como tal, a posição do progenitor neste processo. E, na verdade, embora se admita que, tratando-se de cônjuge

²⁴⁸ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, *ob. cit.*, págs. 226 a 228.

²⁴⁹ Refira-se, contudo, que, na hipótese de exames bioquímicos que tenham que ser efectuados pelo progenitor, *v.g.*, de carácter genético, como seja, para efeitos de estudo de cariótipo, o consentimento para o respectivo acto médico respeita, naturalmente, a si.

²⁵⁰ Cfr. Recomendação n.º R (90) 13, do Conselho da Europa, de 21 de Junho de 1990, “*On Prenatal Genetic Screening, Prenatal Genetic Diagnosis and Associated Genetic Counselling*”, págs. 2 e 3, in www.coe.int.

ou vivendo em união de facto, aquele possa ser ouvido, facto é que o acto decisório terá que partir, invariavelmente, da gestante, de forma livre e voluntária²⁵¹.

Neste apartado, indique-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro, em que foi analisada, no ponto 11.8, a questão da constitucionalidade relativa à não intervenção do progenitor no espaço decisório da interrupção voluntária da gravidez.

Com efeito, o Acórdão entende que, condicionar a decisão de interrupção da gravidez à obrigatoriedade de consentimento de ambos os progenitores corresponderia a atribuir ao “progenitor masculino um direito de veto”, já que, em sede de divergência de vontades, este último acabaria por fazer determinar, de forma individual, a sua posição, colidindo, assim, com um direito legalmente concedido à mulher. Por conseguinte, e avançando, em concreto, o disposto no art.º 142.º, n.º1, al. e), a propósito da interrupção da gravidez por opção da mulher, não considera inconstitucional o facto da prestação do consentimento se bastar, em exclusivo, à gestante. Em rigor, tal circunstância não constitui, outrossim, “qualquer desqualificação (...) da paternidade enquanto valor social eminente, nem se apresenta carecida de justificação objectiva e racional, em termos de poder ser considerada violadora do princípio da igualdade.”²⁵².

Na verdade, também a jurisprudência Inglesa afirma ser dispensável a posição do progenitor relativamente à interrupção da gravidez, pelo que, em face da autorização médica, nos termos da Secção 1 do *Abortion Act* de 1967, e do respectivo consentimento da gestante, aquele não poderá impedir ou obstar à sua prossecução.

Ora, o litígio de referência trata-se, aqui, de *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, em que o progenitor intentou uma injunção no sentido de precluir a execução da interrupção da gravidez, tendo sido julgada improcedente. Neste passo, Sir

²⁵¹ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 333, que destaca, a este propósito, que, “Morally speaking, it seems that the (...) father should, ideally, be entitled to a hearing. Even so, this would surely be as far as one could go – it would not be possible to support any legal right to the unacceptable consequences that might attend acceptance of his wishes.”

²⁵² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro, Relator: Sousa Ribeiro, in www.tribunalconstitucional.pt; em sentido inverso, PAIS DE VASCONCELOS, *A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, 2008, págs. 160 a 164, sustenta que o entendimento do progenitor se mostra relevante e pode, em certos casos, ser considerado. E se, no que concerne ao art.º 142.º, n.º 1 als. a) a d), a sua respectiva posição parece comportar, ainda assim, pouca força, a verdade é que tal não se verifica, de todo, na al. e), quando a interrupção da gravidez decorre por opção da mulher e sem qualquer justificação. De facto, o progenitor, em virtude do art.º 1878.º, n.º1, do Código Civil, enquanto representante legal do nascituro, e do art.º 70.º, do Código Civil, atento o respectivo direito à vida, pode requerer, em juízo, nos termos dos art.ºs 1474.º e 1475.º, do Código de Processo Civil (art.ºs 878.º e 879, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), a não interrupção da gravidez. Neste sentido, defende que a sua realização contra a vontade do progenitor constitui um delito civil, que poderá determinar responsabilidade civil em sede do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil; do mesmo autor, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, págs. 69 e ss..

George Baker ditou que, “The father’s case must therefore depend upon a right which he has himself. (...) The Abortion Act 1967 gives no right to a father to be consulted in respect of a termination of a pregnancy. (...) The husband, therefore (...) has no legal right enforceable in law or in equity to stop his wife having this abortion or to stop the doctors from carrying out the abortion.”²⁵³

Ademais, no caso *C v. S*, o progenitor requereu uma injunção de forma a evitar a interrupção da gravidez, pela gestante, e, concretamente, pela Oxfordshire Health Authority, não tendo sido concedido provimento. Com efeito, Sir John Donaldson destacou que, ao abrigo do *Infant Life (Preservation) Act* de 1929, o nascituro não seria viável, ou melhor, não teria condições to “born alive”²⁵⁴.

Por outro lado, remanesce, ainda, por analisar o consentimento informado em DPN e a interrupção da gravidez de *menores* ou *incapazes*.

De facto, vertendo ao Direito Civil, os ditames previstos no art.º 38.º, n.º3, do Código Penal, defendemos que a grávida que tiver mais que 16 anos e, cumulativamente, apresente maturidade e esteja, como tal, aquiescente do sentido, finalidade e alcance dos respectivos procedimentos de rastreio e de DPN, o seu consentimento poderá ser prestado, sendo, neste contexto, válido²⁵⁵.

Na hipótese de não estarem preenchidos os elementos expendidos, e, portanto, decorrendo uma circunstância de incapacidade de menores, esta será suprida, nos moldes taxados no art.º 124.º, do Código Civil, pelo instituto da representação legal, ou seja, pela autoridade parental.

²⁵³ Cfr. *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] QB 276.

²⁵⁴ Cfr. *C v. S* [1988] QB 135, [1987] 1 All ER 1230; na Escócia, *Kelly v. Kelly* 1997 SC 285, 1997 SCLR 749 o Inner House do Court of Session determinou que o progenitor não dispõe de qualquer direito de obstar à realização de interrupção da gravidez; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 687 e 688, J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 333 e 334, indicam que, no âmbito da Commonwealth, o entendimento tem caminhado no sentido de rejeitar a posição do progenitor. Na Nova Zelândia, cumpre referir o caso *Wall v. Livingston* [1982] 1 NZLR 734, NZCA, pelo que na Austrália, nota de relevo segue para *A-G of Queensland (ex rel Kerr) v. T* (1983) 46 ALR 275. De todo em todo, no Canadá verifica-se um reforço do papel do progenitor, designadamente, no litígio *Medhurst v. Medhurst* (1984) 9 DLR (4th) 252, onde foi concedida a respectiva injunção, vedando a interrupção da gravidez, e, já em *Tremblay v. Daigle* (1989) 59 DLR (4th) 609, onde, por sua vez, se destaca que aquele, atento um princípio de igualdade, pode pronunciar-se em respeito a questões relativas ao nascituro.

²⁵⁵ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pág. 240, referindo-se a “maioridades especiais”, antes da maioria civil, que se encontram previstas, designadamente, nos art.ºs 1886.º, 1901.º, n.º2, 1931.º, n.º2, do Código Civil; também, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 221 e 222, defende que as grávidas menores que, em sede do art.º 38.º, n.º3, do Código Penal, possuam capacidade para consentir, se trata, na verdade, de uma “tolerância da intervenção sobre o corpo”, pelo que o consentimento autorizante e vinculante cabe aos progenitores; neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., págs. 329 e 330, reforçando, neste contexto, o papel da autoridade parental em sede do valor da família inscrito no art.º 36.º, n.º5, da CRP.

Em respeito a grávidas maiores, embora incapazes por interdição psíquica, toma lugar o disposto nos art.^{os} 138.º e ss., do Código Civil, pelo que o consentimento informado será remetido por via da representação legal, e, em concreto, pelo tutor, atento o art.º 143.º, do Código Civil.

No espaço concernente às grávidas incapazes por inabilitação, aplicando, aqui, teleologicamente, o art.º 153.º, n.º1, do Código Civil, entendemos que, tratando-se de testes de rastreio pré-natal que não comportam, por norma, riscos para a progenitora e para o feto, o respectivo consentimento deverá autorizar-se, pelo que, em sede de exames invasivos de DPN, mostra-se recomendável a *assistência* de um curador²⁵⁶.

Por último, quanto à interrupção da gravidez, indica o art.º 142.º, n.º5, do Código Penal, que, na eventualidade da “grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.”, pelo que nessa impossibilidade e em situações de urgência, o n.º 6 reconduz ao médico a competente decisão “socorrendo-se, sempre que possível, do parecer do outro ou outros médicos.”²⁵⁷.

Aqui chegados, deixe-se, ainda, a nota de relevo que, em circunstâncias concretas no âmbito da prática médica, pode reconhecer-se aos menores e adultos incapazes um *direito de veto* no que concerne à decisão formulada pelo competente representante legal.

De todo em todo, como refere André Dias Pereira, as “exigências de ‘capacidade para vetar’ terão de ser inferiores às da capacidade para consentir”, de forma a serem respeitados, na sua completude, os “deveres de *assistência* (...) dos incapazes.”²⁵⁸.

²⁵⁶ Cfr., *supra*, nota de rodapé 143; para desenvolvimentos sobre a aplicabilidade do regime da capacidade negocial ao consentimento informado, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, págs. 139 e 140 e 170 e ss., que convoca o art.º 295.º, do Código Civil, defendendo que o *assentimento* nos cuidados de saúde constitui uma causa de exclusão da ilicitude, no âmbito do art.º 340.º, do Código Civil, e, neste passo, um acto jurídico *stricto sensu*.

²⁵⁷ Cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, *ob. cit.*, págs. 105 a 107, que, embora analisando a questão do consentimento antes da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, destaca que o entendimento prefigurado no art.º 142.º, n.º5, do Código Penal, ao remeter o consentimento para terceiros, que podem ou não fazer parte do “círculo próximo” da grávida, não merece acolhimento, até porque nada impede que esses possam vir a contrariar a sua “previsível” ou “expressa” posição. Neste segmento, considera, aliás, mais favorável o regime traçado pelo art.º 39.º, do Código Penal, a propósito do consentimento presumido, já que aqui o agente actua em respeito ao titular do interesse efectivamente protegido, se “este conhecesse as circunstâncias” em que o facto é praticado.

²⁵⁸ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, págs. 331 e 332.

Neste pressuposto, o *direito de veto* pode, desde logo, recolher-se num contexto próximo ao da *capacidade natural*, e, portanto, num sentido amplo, entendido enquanto condição de “entendimento e manifestação de vontade” em relação ao acto médico em apreço. Por conseguinte, defendemos que, neste caso, o mesmo actua, portanto, *a contrario*, na medida em que para a prossecução do respectivo procedimento médico se *exige* o consentimento do representante legal e, pelo menos, uma *concordância* do incapaz, dando, assim espaço à figura do “co-consentimento”.

Por outro lado, pode, igualmente, considerar-se o *direito de veto* num plano *stricto sensu*, e, como tal, na sua finalidade de descartar, por completo, a intervenção médica ou cirúrgica, estando, aqui, situado, *rectius*, num domínio eventualmente compatível com a *capacidade de consentir*, já que requer do incapaz uma considerável aquiescência dos inerentes efeitos secundários e/ou riscos para a sua saúde²⁵⁹.

No Ordenamento Jurídico Português, o *direito de veto* emerge no âmbito de legislação específica, designadamente, no regime jurídico da Investigação Clínica, regulado pela Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril.

De facto, nos termos do art.º 7, n.º1, al. c), para o caso dos menores, e já do art.º 8.º, n.º2, al. c), no caso dos incapazes adultos, permite-se ao “investigador principal” apurar do intento do participante, na medida em que este seja capaz de conceder o seu parecer em face das informações concedidas e determinar a sua recusa no respectivo procedimento. Esta disposição que, em rigor, admite o direito de veto com carácter residual, pode, igualmente, ser interpretada no sentido de afiançar, inclusive, ao incapaz, a própria revogação do consentimento que haja sido prestado pelos representantes legais²⁶⁰.

²⁵⁹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., págs. 332 e 333 e 337 e ss., a propósito da tese de Amelung, na doutrina Alemã, que consagra três tipologias de *direito de veto*. Desde logo, enquanto *reserva de dignidade*, operando como um mecanismo destinado a salvaguardar, no limite, a dignidade da pessoa humana. Indique-se, v.g., os casos de esterilização compulsiva. Num segundo traçado, destaca-se a *reserva de racionalidade*, estando aqui circunscritas, *maxime*, as situações em que o incapaz ainda disponha de alguma “racionalidade e discernimento”. Finalmente, os casos de co-consentimento ou *Ko-Consens*, em que se exige, à parte do consentimento do representante, a anuência ou mesmo o assentimento do incapaz.

²⁶⁰ Cumpre, no entanto, referir que, em sede de Ensaio Clínicos, os interesses do menor parecem merecer uma protecção inferior quando estabelecida uma comparação com os adultos incapazes. Destarte, ao abrigo do art.º 7.º, n.º2, al. b), tratando-se de menores, o ensaio pode ser realizado, mesmo que apenas em prole do respectivo “grupo de participantes”, ao passo que, no que tange aos adultos incapazes, dita o art.º 8.º, n.º3, al. b), que a sua aplicação terá que corresponder, necessariamente, a um quadro relativo à condição de saúde do participante; Cfr., ainda, art.º 17.º, n.º1, da CDHBio, “Nenhuma investigação pode ser levada a efeito sobre uma pessoa que careça, nos termos do artigo 5.º, de capacidade para nela sentir senão quanto estiverem reunidas as seguintes condições: (...) v) A pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.”; Art.ºs 31.º, n.º1, al. c), e 32.º, n.º1, al. c), do Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014; nesta matéria, GUILHERME

Em acréscimo, também no que tange à Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, aprovada pela Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, consagra-se o direito de veto, na sua vertente de *co-consentimento*, ao estabelecer, no art.º 8.º, n.º 3, que, embora a respectiva incapacidade dos menores seja suprida pela autoridade parental, a verdade é que, nos moldes avançados pelo respectivo n.º 4, dita que, “A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes.”. No plano dos adultos incapazes, apesar do art.º 8.º, n.º5, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, remeter a autorização do procedimento para a via judicial, o *direito de veto* pode, na verdade, decantar-se, do art.º 20.º, n.º2, v, da CDHBio, e, em concreto, na sua dimensão *negativa* ou de recusa²⁶¹.

Ora, em sede de procedimentos de DPN, *latu sensu*, e de interrupção da gravidez, uma vez que não figura uma referência expressa por parte do legislador, defendemos que poderá ser aplicado, cautelosamente, por analogia, o disposto em legislação específica e, nomeadamente, no art.º 17.º, n.º1, v, da CDHBio, que confere aos incapazes um *direito de veto* no âmbito da investigação científica relativa à sua condição de saúde.

Não obstante, conforme se destacou *supra*, também aqui o *direito de veto* poderá sofrer limitações, estando em apreço, *v.g.*, técnicas de terapêutica fetal, pouco invasivas, e que garantam um tratamento eficaz de patologia do nascituro, e na circunstância de interrupção da gravidez elencada no art.º 142.º, n.º1, al. b), do Código Penal, em caso de risco de vida ou de lesão da integridade física da mulher.

Finalmente, importa referir que nas circunstâncias de grávidas *incapazes*, e, portanto, maiores ou emancipadas, designadamente em sede de exames de DPN ou já no terreno da interrupção da gravidez, o respectivo cônjuge, ainda que não seja o representante legal ou mesmo o futuro progenitor, deverá, no entanto, ser *ouvido*, sobretudo, numa situação de risco para a progenitora²⁶².

DE OLIVEIRA, *Direito Biomédico e Investigação Clínica, in Temas de Direito da Medicina, ob. cit., págs. 212 e 213*, indica que, na hipótese de “divergência entre a decisão do representante legal e do menor que tenha maturidade para se determinar, parece que deve ser dada preferência à vontade do menor.”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, ob. cit., pág. 487*, nota de rodapé 1358; *A Transposição da Directiva Sobre Ensaios Clínicos de Medicamentos para Uso Humano no Direito Português, in Lex Medicinæ, Ano 6, n.º11, 2009, págs. 12 a 22.*

²⁶¹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ob. cit., págs. 340 a 343.*

²⁶² Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ob. cit., págs. 234 a 236*, defende que, tratando-se de um contexto de incapacidade, está em apreço um direito a

6. O Dever de Informação e a Consulta de Aconselhamento Genético Pré-Natal

No âmbito do DPN, considerado em sentido amplo, o médico tem o dever de informar adequadamente a *grávida* antes da realização de qualquer teste de rastreio, exame de diagnóstico e intervenção terapêutica e/ou de cirurgia fetal, dando assim pleno cumprimento ao direito à autodeterminação da mulher nos cuidados da sua saúde reprodutiva.

Com efeito, em termos gerais, deverá ser concedida uma informação que, desde logo, contemple as razões motivadoras da realização do procedimento, a sua finalidade, efeitos secundários e eventuais implicações imediatas na vida da gestante.

Doutro passo, mostra-se, igualmente, premente, uma plena indicação das vantagens e eventuais riscos *previsíveis* e *graves* do competente acto médico. Ora, neste conspecto, estando, desde logo, em apreço exames invasivos de DPN, deve ser remetida à grávida, *maxime*, a informação sobre as respectivas taxas de perda fetal ou de interrupção de gravidez subsequente ao respectivo procedimento. Em acréscimo, deve, igualmente, figurar, aqui, uma referência às opções disponíveis em face dos possíveis resultados do exame de diagnóstico, destacando, caso seja, o recurso a técnicas de terapêutica fetal, escopo, benefícios e riscos, sem prejuízo, contudo, de interrupção da gravidez nos termos abrangidos no art.º 142.º, n.º1, als. b) ou c), do Código Penal. Por último, deve, ainda ser feita menção adequada quanto às alternativas existentes, num plano clínico ou cirúrgico, relativamente aos procedimentos ou exames *propostos* ou *oferecidos* pelo médico, legando, como tal, o alcance das mesmas, benefícios e riscos.

Cumpra, ainda, referir que o *dever de informação* poderá conhecer limites nos casos de *right not to know* avançado pela gestante²⁶³.

Ora, a este propósito, alguma doutrina tem-se pronunciado no sentido de ser desprovida de significado a realização de testes de rastreio e, em concreto, o acesso aos exames de diagnóstico pré-natal nas hipóteses em que a grávida não pretenda saber se o nascituro padece de alguma anomalia congénita e/ou presente, inclusive, neste passo, dúvidas no que tange a uma interrupção da gravidez em face de eventual resultado que venha a confirmar patologia fetal²⁶⁴.

“fazer respeitar, socorrer e auxiliar” o cônjuge, pelo que, em casos que tais, a sua violação poderá determinar ilícito passível de responsabilidade civil.

²⁶³ Cfr. Art.º 10.º, n.º2, da CDHBio.

²⁶⁴ Cfr. BARBARA HEWSON, *Informed Choice in Maternity Care, in Informed Choice in Maternity Care*, (Coordenação de Mavis Kirkham), Palgrave, Macmillan, 2004, *pág. 44*, que destaca que não se

Em nosso parecer, tal posição não merece acolhimento, já que, de um lado, a grávida (casal), por questões de ordem emocional e/ou em face de gestações anteriores mal sucedidas, poderá, de facto, descartar particulares detalhes no que concerne ao processo de realização dos exames de DPN, mantendo, contudo, o intento de não prosseguir com a gestação por motivos fetopáticos.

Por outro lado, mesmo que, por razões várias, tal não sucedesse, o dever de informação corresponde a cada acto médico *per se*, pelo que seria incorrecto estar a condicionar-se o acesso de uma *grávida de risco* à realização de exames de diagnóstico em face de um *consentimento antecipado*, sem tutela legal, e relativamente a um procedimento médico distinto e posterior, como seja a interrupção da gravidez, cuja respectiva necessidade de realização, aliás, poderá nem sequer ter lugar²⁶⁵.

De todo em todo, refira-se que, em qualquer das circunstâncias elencadas nos domínios do DPN, entendemos que caberá, ainda assim, ao médico, pelo menos, o dever de comunicar à grávida (casal), *a final*, o risco ou diagnóstico de anomalia congénita do feto, dados os bens jurídicos em apreço, e atento o art.º 10.º, n.º3, da CDHBio, que dita que, “A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2.º”, respeitantes à prestação de informação e à “vontade expressa por uma pessoa de não ser informada”²⁶⁶.

afigura adequado “offering a pregnant woman screening, if she prefers not to know whether or not she is carrying a foetus with a deformity.”.

²⁶⁵ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal, in Temas de Direito da Medicina, ob cit., págs. 222 a 224*, refere que o acesso ao DPN e a a interrupção da gravidez “são duas decisões diferentes, com pressupostos e consequências diversas.”. Neste passo, não pode acolher-se, no âmbito dos exames de DPN, a figura de um “consentimento antecipado” para a interrupção da gravidez, já que estaria em pleno desrespeito com os ditames prefigurados pelo art.º 157.º, do Código Penal, uma vez assente em “probabilidades ainda não concretizadas”.

²⁶⁶ Cfr., também, no Ordenamento Jurídico Espanhol, o Art.º 9.º, n.º1, da Lei 41/2002, de 14 de Novembro, que dita que, “La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.”; em sentido próximo, Art.º 6.º, n.ºs 4 e 5, da Lei 1/2003, de 28 de Janeiro, da Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ob. cit., págs. 467 a 471*, indica que a renúncia pode ser *expressa* ou *tácita*, devendo, no entanto, revelar-se “clara e inequívoca”. Por outro lado, a questão reside, também, em apurar se por parte do paciente existe um conhecimento dos elementos em sede dos quais a informação é recusada. Na verdade, o autor destaca que não se exige um conhecimento pleno ou efectivo, mas mostra-se premente que figure, quanto muito, em abstracto, certa informação basilar que determine que o indivíduo está aquiescente do respectivo âmbito a que corresponde o seu direito de recusa; ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, ob. cit., pág. 230*, considera, em referência ao art.º 9.º, n.º1, da Lei 41/2002, de 14 de Novembro, que o *direito a não saber* deve ser realizado de forma expressa e por escrito, rejeitando, neste passo, a renúncia tácita. Por outro lado, nos termos apregoados pelo art.º 4.º, n.º1, da Lei 41/2002, de 14 de Novembro, defende que, tal-qualmente sucede no terreno do dever de

Aqui chegados, e no quadro, ainda, da prestação de informação, cumpre traçar uma análise sobre o aconselhamento pré-natal *latu sensu*.

Em rigor, os procedimentos e técnicas invasivas de DPN buscam apurar o diagnóstico de anomalia congénita do feto, que poderá ser de carácter genético ou, *v.g.*, de etiologia infecciosa ou tóxica e, como tal, de timbre não genético.

Na verdade, no que concerne ao primeiro apartado, é mister considerar-se a figura do aconselhamento genético pré-natal ou *prenatal genetic counselling*, que surge na respectiva *consulta de aconselhamento genético* em DPN e é, em regra, coordenada por médicos geneticistas e/ou especialistas de Obstetrícia. Contudo, em alguns Ordenamentos Jurídicos, como EUA, Canadá e Austrália, tal função é, na verdade, exercida pelos *genetic counsellors*, que possuem formação específica, designadamente no acompanhamento da gestante (casal), sobretudo, em virtude das implicações e dilemas ético-jurídicos que figuram no âmbito do DPN.

Já no que concerne às anomalias não genéticas, apenas se considera, neste espaço, o aconselhamento pré-natal ou *prenatal counselling*, que, na verdade, acaba por ser realizado em sede da consulta de DPN e, portanto, pelos médicos que integram esse departamento e/ou, caso seja, pelos *genetic counsellors*.

Ora, a estrutura de funcionamento do processo de aconselhamento pré-natal, em sentido amplo, compreende, regra geral, o espaço *anterior à realização de exames diagnóstico*, em que deverá, portanto, ser concedida a informação adequada quanto à realização dos competentes procedimentos invasivos, e, bem assim, o momento *posterior à comunicação dos respectivos resultados*, que, uma vez confirmando a existência de anomalia congénita, supõe a indicação das possibilidades alternativas, concretamente, de terapêutica fetal ou, no limite, a interrupção da gravidez, nos termos legais²⁶⁷.

informação, também em sede de *direito a não saber*, a renúncia deve ser inscrita na respectiva história clínica do paciente; no mesmo traçado, JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, *Consentimiento Informado y Responsabilidad Civil, in Julgar, Consentimiento Informado, Número Especial, 2014, pág. 164*; ainda, JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado, ob. cit., págs. 192 a 194*, destacando o art.º 449.º, do Código Civil Holandês, que permite o *direito a não saber*, com excepção feita aos casos em que estejam em causa interesses do paciente ou terceiros que justifiquem a comunicação de certa informação.

²⁶⁷ Cfr. NEIL F. SHARPE e RONALD F. CARTER, *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability, ob. cit., págs. 214 e 215*, falam de “*pre and posttest counseling*”, considerando que, neste caso último, “the initial shock of receiving a positive diagnosis” pode revelar-se penoso, pelo que o aconselhamento pré-natal será, aqui, igualmente, relevante por forma a salvaguardar, desde logo, “emotional concerns of the parents” e, por outro lado, “inform them of the full range of options available”; ANDERS NORDGREN, *Prenatal Genetic Counselling: Conceptual and Ethical Issues, in The Janus Face of Prenatal Diagnostics, ob. cit., pág. 308*, destaca que, “In prenatal genetic counselling, the “genetic counsellor” gives

Ademais, importa destacar que o aconselhamento pré-natal deverá pautar-se por um dever de não directividade ou *non directive duty*, no pressuposto de que a informação seja fornecida de modo isento por forma a garantir um total esclarecimento do paciente em respeito ao seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

Neste passo, os testes de rastreio e exames de DPN são colocados à opção da gestante, não devendo permitir-se, como tal, qualquer imposição na realização dos mesmos. Por conseguinte, também em sede de interrupção da gravidez, a decisão terá, indelevelmente, que partir da mulher, no âmbito da sua liberdade reprodutiva²⁶⁸.

Em respeito ao Direito Português, a figura do *aconselhamento genético pré-natal* emerge no Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.ª série, em sede de exames invasivos de diagnóstico, plasmando o n.º 3, al. b), que, “A colheita de produtos embrionários e fetais deve ser sempre precedida por uma consulta de aconselhamento genético, cujos objectivos são informar e esclarecer o casal sobre os exames, os riscos inerentes à sua realização, as suas limitações e as implicações dos resultados”.

De facto, se, na verdade, parece estar, aqui, apenas consagrado o *aconselhamento genético pré-natal* em momento pré-exames de diagnóstico, refira-se

information about tests and test results, and discusses their implications with the prospective parents before decisions are made regarding what to do.”. Na sua óptica, a intervenção em sede de aconselhamento genético decorre “before a decision is to be made by prospective parents whether or not to accept prenatal testing (screening or diagnosis)” e “on the basis of test results whether or not to terminate the pregnancy”, embora possa igualmente, estender-se a um terceiro momento, designadamente, “after a decision to terminate or not terminate has been made (...)”.

²⁶⁸ Cfr. Recomendação n.º R (90) 13, do Conselho da Europa, de 21 de Junho de 1990, “*On Prenatal Genetic Screening, Prenatal Genetic Diagnosis and Associated Genetic Counselling*”, pág. 2, Principle 4, “The counselling must be non-directive; the counsellor should under no condition try to impose his or her convictions on the persons being counselled but inform and advise them on pertinent facts and choices.”, in *www.coe.int*; NORMAN M. FORD, *The Prenatal Person, Ethics From Conception to Birth*, ob. cit., pág. 135, considerando que, “A dialogical nondirective (...) counseling is of great value to present test results (...) and the available options to both parents if possible.”; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 212 e ss., defendem, também, o aconselhamento genético não directivo; R. D. KLEIN e M. J. MAHONEY, *Medical Legal Issues in Prenatal Diagnosis*, ob. cit., págs. 289 e 290, referem que, “Obstetricians have a duty to offer general, and in many cases patient-specific, prenatal diagnostic testing and prenatal genetic counseling”, o qual “is intended to provide patients with sufficient information to enable them to make informed, autonomous decisions regarding their reproductive decisions.”. Não obstante, os autores destacam que “Complete nondirectiveness is difficult to achieve in practice”; ELEANOR MILLIGAN, *The Ethics of Consent and Choice in Prenatal Screening*, ob. cit., págs. 78 a 83 e ss., refere que, embora o aconselhamento deva ser “non coercive” e “non-directive”, as mais das vezes, tal acaba por não suceder. No seu entendimento, os médicos acabam por *determinar*, necessariamente, a realização de certo exame de diagnóstico, de modo defensivo, sobretudo, em face de “potential litigation rather than genuine patient need”; NEIL F. SHARPE e RONALD F. CARTER, *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability*, ob. cit., págs. 216 e 217, considerando que o *dever de não directividade*, se revela, na prática, de difícil aplicação, sobretudo, quando o aconselhamento seja realizado por médicos obstetras do que “genetic counselors”; ANDERS NORDGREN, *Prenatal Genetic Counselling: Conceptual and Ethical Issues*, in *The Janus Face of Prenatal Diagnostics*, ob. cit., págs. 309 e ss., que analisa o aconselhamento pré-natal não directivo e directivo em diferentes Ordenamentos Jurídicos, a partir dos respectivos “policy frameworks”.

que a prática médica tem, no entanto, determinado a sua verificação, inclusive, em fase posterior, e, portanto, na sequência de resultado positivo que venha a desembocar em procedimentos de terapia fetal ou na interrupção de gravidez²⁶⁹.

Por outro lado, o Despacho do Ministério da Saúde n.º 5411/97, 2.ª série, indica, ainda, no n.º 4.7, que as consultas de *aconselhamento genético pré-natal* têm que ser, invariavelmente, realizadas por *médico*, sendo que, em determinadas circunstâncias, este deverá ser especialista em Genética Médica²⁷⁰.

7. O Processo Clínico e o Acesso à Informação Genética

No âmbito do planeamento familiar, em diagnóstico pré-concepcional, e, na medicina materno-fetal, designadamente, no estudo do cariótipo do casal, em DPN, estão em apreço dados clínicos dos respectivos indivíduos, que constituem, para efeitos legais, *informação genética*²⁷¹.

Com efeito, nos termos do art.º 6.º, n.º1, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, “A informação genética é a informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo (...)”, estando, aqui, descartada, como tal, a identificação genética em sede de processo criminal. Já ao abrigo do art.º 6.º, n.º3, a informação genética apenas “reveste natureza médica (...) quando se destina a ser utilizada nas prestações de cuidados ou tratamentos de saúde, no contexto da confirmação ou exclusão de um diagnóstico clínico, no contexto de diagnóstico pré-natal ou diagnóstico pré-implantatório ou no da farmacogenética, excluindo-se, pois, a informação de testes preditivos para predisposições a doenças comuns e pré-sintomáticos para doenças monogénicas.”.

Por outro lado, cumpre indicar, também, que, em face do relevo concedido à informação genética, que comporta, na verdade, elementos mais pessoais e/ou

²⁶⁹ Em bom rigor, tal pressuposto pode retirar-se, com alguma elasticidade, do espírito teleológico do n.º 3, al. g), “Sendo o diagnóstico pré-natal uma sequência de procedimentos, deve estar garantida em cada instituição a totalidade da prestação de cuidados desde o aconselhamento genético até à interrupção de gravidez no quadro legal vigente”; ainda, LUÍS DUARTE MANSO, *O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º16, 2011, págs. 146 e 147.

²⁷⁰ De facto, nos termos elencados no Despacho, conforme, aliás, sucede na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, facilmente se denota que o conceito de aconselhamento *genético* pré-natal acaba por incluir, também, a prestação de informação relativamente a exames de diagnóstico de anomalias de traço *não genético*.

²⁷¹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações Jurídicas do Conhecimento do Genoma*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 131 e 169 e ss..

eventualmente familiares, os inerentes dados, em respeito ao princípio da reserva da intimidade privada, obedecem, *rectius*, a critérios de acesso, conservação e sigilo apertados²⁷².

De facto, convoca o art.º 6.º, n.º4, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que a informação genética que não contemple “implicações imediatas” para a condição de *saúde actual* do paciente não deverá integrar o processo clínico *per se*, com excepção feita a “consultas ou serviços de genética médica”, e mediante recurso a “arquivos próprios e separados”. Em seu turno, mesmo neste caso último, dita o respectivo art.º 6.º, n.º5, que está vedado o acesso aos processos clínicos relativos a consultas ou serviços de genética médica que contenha informação genética sobre indivíduos saudáveis, designadamente, a médicos, prestadores de cuidados de saúde ou funcionários de outros serviços de qualquer instituição do competente sistema de saúde.

Ora, o art.º 6.º, n.º9, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, enuncia que os indivíduos têm o direito de apurar se um “processo clínico, ficheiro ou registo médico ou de investigação contém informação genética sobre eles próprios e a sua família”, e, em concreto, o seu escopo e respectiva aplicação prática²⁷³.

No que tange à consulta pelo respectivo *titular* dos registos clínicos e informação de saúde *tout court*, incluindo, portanto, “dados genéticos”, o art.º 11.º, n.º5, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, Lei de Protecção de Dados Pessoais, determina o regime de *acesso indirecto*, ou seja, através de médico por si estabelecido.

A este propósito, se pronuncia, aliás, o art.º 3.º, n.º3, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, sem prejuízo, contudo, do disposto no art.º 6.º, n.º6, que, em sede de informação genética, destaca aqui exigências de protecção adicional ao nível do “acesso, segurança e confidencialidade”.

Em seu turno, a Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, autoriza, no respectivo art.º 7.º, o regime de *acesso directo* relativamente aos *dados de saúde*, conquanto que, nos termos prefigurados pelo

²⁷² Cfr. Art.º 6.º, n.º6, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que destaca que, “A informação genética deve ser objecto de medidas legislativas e administrativas de protecção reforçada em termos de acesso, segurança e confidencialidade.”; SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, Biomedical Law and Ethics Library, Routledge, 2010, *pág.* 159, considera que a diferença substancial entre “genetic information and other medical information is that what we discover about an individual is also information about relatives, close or distant, and is also relevant for future children.”; para desenvolvimentos sobre reserva da intimidade da vida privada, PAULO MOTA PINTO, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, *ob. cit.*, *págs.* 153 a 204; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, 2011, *págs.* 147 a 150.

²⁷³ Cfr., neste passo, art.º 13.º, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, in www.unesco.org.

art.º 2.º, n.º3, estejam em apreço documentos administrativos nominativos, que, como tal, remetem para os domínios da medicina pública.

De todo modo, a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, ao invés da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, contemplam, de forma expressa, a questão da informação genética ou dados genéticos, pelo que, neste contexto, operam, como *lex specialis*.

Por conseguinte, temos que, no Ordenamento Jurídico Português, no âmbito da informação genética, vale o regime de *acesso indirecto* ou *mediato*, pelo que a respectiva consulta terá que ser realizada por intermediação do médico designado pelo respectivo titular.

Aqui chegados, e atendendo que a informação genética pode compreender elementos relativos a *familiares*, importa apurar se estes podem ter acesso ao respectivo conteúdo.

Neste conspecto, e com excepção feita a determinadas circunstâncias, só o titular da informação, a par com o médico (s) do serviço respectivo, poderá ter acesso ao processo clínico de dados genéticos, em respeito ao dever de sigilo e o direito à reserva da intimidade privada²⁷⁴.

Em sede doutrinal, Guilherme de Oliveira remete, desde logo, o problema para o âmbito da *comunicação intra-familiar*, considerando que o regime de confidencialidade estabelecida no palco genético reveste contornos mais amplos do que outras informações de saúde que possam, na verdade, implicar riscos para a saúde pública e exigem uma “declaração obrigatória”.

De facto, a este propósito, defende que, à partida, seria admissível concluir que aos titulares da informação caberia, pelo menos, um *dever jurídico-civil de comunicação* a familiares de certos dados genéticos, sobretudo, em face de interesses em apreço com denominador comum. Na verdade, tal pressuposto poderia assentar no direito à saúde, com protecção constitucional no art.º 64.º, da CRP, e projectar-se, com acolhimento, no espaço conjugal, atentos os art.ºs 1671.º, n.º2, e 1674.º, do Código Civil, e entre ascendentes e descendentes, no traçado prefigurado pelos art.ºs 1874.º e 1878.º, do Código Civil.

²⁷⁴ Cfr. Art.º 6.º, n.º1, *in fine*, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, em procedimento criminal; 6.º, n.º6 e n.º7, em respeito ao dever de sigilo profissional; 18.º, n.º6, que destaca, excepcionalmente, a informação a familiares da análise de amostras biológicas do titular, em sede *aconselhamento genético* de determinada patologia.

Não obstante, o Professor acrescenta que o reconhecimento de um dever jurídico que, em certo passo, convoque uma comunicação *forçada* de certos elementos genéticos a familiares, pode arrastar consequências importantes, já que deixa, como tal, entrever uma brecha no padrão da *confidencialidade tradicional* que medeia a relação médico-paciente, além da eventual limitação do direito à reserva da intimidade da vida privada do paciente²⁷⁵.

Por sua vez, Katherine Donovan e Roy Gilbar fazem pesar sobre o respectivo titular um *dever moral* de comunicação de certa informação genética aos familiares. Destarte, referem que, “patients who receive genetic information from their doctors feel morally responsible for communicating the information to their family members”. Neste contexto, “sharing information (...) does not derive solely from the desire to prevent harm to others (...) but from a strong sense of moral responsibility and the recognition that medical information has implications in various aspects of family member’s lives”²⁷⁶.

Doutro passo, Dean Bell e Belinda Bennet defendem que poderá aceitar-se uma quebra do dever de confidencialidade, assim permitindo a comunicação de informação genética a familiares em circunstâncias em que esteja em risco a sua vida ou saúde²⁷⁷.

Pela nossa parte, temos que a informação genética constitui um elemento crucial no âmbito dos dados de saúde, compreendendo elementos de natureza pessoal, que, desde logo, se encontram salvaguardados pelo dever de sigilo, e o direito à privacidade do indivíduo, nos termos laminados pelo art.º 10.º, da CDHBio, e o art.º 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP²⁷⁸.

De facto, partindo do entendimento de que, as mais das vezes, o conteúdo que respeita à informação genética do titular poderá relevar para o tratamento ou cura de

²⁷⁵ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações Jurídicas do Conhecimento do Genoma*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 172 a 174, considerando, no entanto, esta problemática antes da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

²⁷⁶ Cfr. KATHERINE DONOVAN e ROY GILBAR, *The Loved Ones: Families, Intimates and Patient Autonomy*, in *Legal Studies*, Vol. 23, n.º2, 2003, pág. 353.

²⁷⁷ Cfr. DEAN BELL e BELINDA BENNETT, *Genetic Secrets and The Family*, in *Medical Law Review*, Vol. 9, n.º2, 2001, págs. 130 a 161; neste sentido, SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, ob. cit., págs. 169 e ss., que afirma que “is commonly accepted that breach of confidentiality may be permissible where it is necessary to prevent harm occurring to a third party.”. Destaca, aliás, que tal é o entendimento da Human Genetics Commission e, também, da American Society of Human Genetics Social Issues Subcommittee on Familial Disclosure, que, aqui, entende que o médico poderá, ele próprio, prestar a informação genética necessária “where attempts to encourage disclosure on the part of the patient have failed; where the harm is highly likely to occur and is serious and foreseeable (...).”; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 223, no que respeita ao médico que dispõe de informação genética familiar, “is in a particularly difficult position; he has a general duty of care to all his patients, but a specific duty of confidentiality” em relação ao titular dos respectivos dados.

²⁷⁸ Cfr. Art.º 8.º, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

certa patologia grave de familiar, defendemos, que, dada a importância dos interesses jurídicos em apreço, poderá admitir-se, cautelosamente, uma abertura ao regime de confidencialidade e sigilo e autorizar, destarte, a respectiva comunicação dos dados²⁷⁹.

E, se, num plano ético, tal se afigura imediato, podendo, aqui, decifrar-se um *dever moral* de cada indivíduo conceder informação genética a familiares, em circunstâncias de doença, ou reconduzir essa comunicação por parte do médico responsável, a verdade é que, num plano legal, tal poderá exigir do legislador, nos diferentes Ordenamentos Jurídicos, um esforço de regulamentação jurídica específica, de forma a estabelecer limites que garantam a defesa, de um lado, do direito à privacidade do titular dos *dados genéticos*, e, de outro, o *direito à saúde* dos familiares.

Neste contexto, entre nós, destaca o art.º 18.º, n.º6, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, em sede do material biológico que tenha sido objecto de análise laboratorial, que, excepcionalmente, poderá ser comunicada certa informação, quando a mesma releve para fins de tratamento ou de prevenção de ocorrência recorrente de patologia familiar. Em acréscimo, tal informação pode ser concedida no âmbito do respectivo aconselhamento genético, “mesmo que já não seja possível obter o consentimento informado da pessoa a quem pertence.”.

Por outro lado, o legislador refere, ainda, no art.º 18.º, n.º7, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que os “parentes em linha directa e do segundo grau da linha colateral podem ter acesso a uma amostra armazenada”, embora circunscrito ao necessário para fins de conhecimento do seu “próprio estatuto genético”, mas não já do titular ou demais familiares²⁸⁰.

²⁷⁹ Em sentido próximo, HELENA MONIZ, *Privacy and Intra-Family Communication of Genetic Information*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 21, Julho-Dezembro, Bilbao, 2004, págs. 103 a 124; ROY GILBAR, *Communicating Genetic Information In The Family: The Familial Relationship as The Forgotten Factor*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 33, n.º 7, 2007, págs. 390 a 393.

²⁸⁰ Cfr., aqui, CNECV, Parecer n.º 43/CNECV/04, *Sobre o Projecto de Lei n.º 28/IX Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde*, Maio de 2004, que viria a desembocar na actual Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, págs. 14 e 23, nota de rodapé 29, onde se refere que, uma vez considerado “o direito à privacidade individual com o dever de prestar auxílio a quem dele necessita”, os interesses legalmente protegidos, como a prevenção ou tratamento de doença, “(...) justificam alguma flexibilidade dos profissionais de saúde no sentido de permitir o acesso à informação genética”. Ainda assim, “é do interesse geral que a confidencialidade do acto clínico seja preservada dentro de limites éticos estabelecidos”, pelo que a privacidade enquanto bem jurídico tutelado só pode conhecer abertura em circunstâncias de “força maior como o legítimo interesse dos familiares directos no acesso à informação genética (...)” e conquanto que “esta informação permita determinar o seu próprio estatuto genético.”, in *www.cnecv.pt*; SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, ob. cit., págs. 171 e ss., que destaca alguns litígios nos EUA, em sede de comunicação de dados genéticos a familiares: *Pate v. Threlkel*, 661 So.2d 278 (Fla. 1995), num caso em que o descendente não foi informado por parte dos médicos quanto ao risco de transmissão de anomalia genética de que a mãe padecia e veio a falecer. Neste passo, o Supremo Tribunal da Florida julgou procedente a acção, no sentido de que ao médico cabia um *dever de alertar* (duty to warn) e, portanto, comunicar ao filho essa informação genética; *Safer v. Pack*,

A este propósito, mostra-se de de relevo premente efectuar uma análise quanto ao acesso à informação genética, designadamente, por *terceiros* que não compreendam a família do respectivo titular dos dados de saúde.

Ora, neste segmento, o art.º 12.º, n.º 1, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, em respeito às *seguradoras*, indica que não podem requerer ou utilizar qualquer “tipo de informação genética para recusar um seguro de vida ou estabelecer prémios mais elevados”, e, já nos termos do respectivo n.º4, exigir ou utilizar “a informação genética resultante da colheita e registo dos antecedentes familiares para recusar um seguro ou estabelecer prémios aumentados ou para outros efeitos.”²⁸¹.

Por sua vez, no que tange à *relação laboral*, dita o art.º 13.º, n.º2, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que “Às empresas e outras entidades patronais não é permitido exigir aos seus trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação de resultados previamente obtidos”, com excepção feita às circunstâncias elencadas no n.º4, quando estejam em apreço *riscos graves* para a *segurança* ou *saúde pública*, atentas, contudo, as restrições previstas no respectivo no n.º 5²⁸².

Finalmente, em respeito ao instituto da *adopção*, determina o art.º 14.º, n.º1, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que, “Não podem ser pedidos testes genéticos, nem usada informação genética já disponível, para efeitos de adopção”, acrescentando o n.º3, que, “Os serviços de adopção não podem exigir aos pais adoptantes a realização de testes genéticos, nem usar informação já disponível sobre os mesmos.”²⁸³.

Destarte, ante o exposto, verifica-se, *rectius*, que o legislador, sobretudo, dado o carácter pessoal da informação genética e, tendo por base o direito da privacidade do titular, procurou afiançar uma protecção *reforçada*, no que concerne aos demais dados

677 A.2d 1188 (N.J. App. 1996), onde o Tribunal de Apelação de New Jersey considerou, inclusive, que, figurando risco de patologia hereditária, a respectiva informação genética deve estender-se à família próxima.

²⁸¹ Cfr., neste sentido, P. S. HARPER, *Insurance and Genetic Testing*, in *The Lancet*, Vol. 341, n.º 8839, 1993, págs. 224 a 227.

²⁸² Cfr. Art.º 13.º, n.º5, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, “Nas situações previstas nos números anteriores os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde actual do trabalhador, devem ser seleccionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador.”; também, art.º 8.º, n.º2, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

²⁸³ Cfr. SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, ob. cit., pág. 173, que refere o caso *Olson v. Children’s Home Security of California*, 204 Cal. App. 3d 1362 (1988), em que o Tribunal de Apelação da Califórnia considerou que não figura um dever de comunicação de dados genéticos pelo respectivo serviço de adopção.

de saúde, estabelecendo, neste passo, importantes limites quanto ao respectivo acesso e consulta, no estrito cumprimento do dever de sigilo e confidencialidade²⁸⁴.

8. O Conflito Materno-Fetal e o Direito à Autodeterminação da Grávida

8.1. Notas Introdutórias e Enquadramento Geral

De facto, no âmbito dos cuidados de saúde reprodutiva, e, em concreto, no terreno da medicina materno-fetal, está consagrado o direito de autodeterminação da mulher, nomeadamente, em sede de qualquer procedimento ou intervenção médico-cirúrgica.

Na verdade, salvaguardadas determinadas circunstâncias de urgência, que poderão, como tal, exigir uma actuação imediata do médico sem o respectivo consentimento, ou ainda em face de incapacidade, suprida, destarte, pelo instituto da representação legal, a decisão para a prossecução ou não de um acto médico decorre da mulher grávida.

De todo em todo, facilmente se compreende que o período da *gravidez*, uma vez convocando elementos acrescidos em relação aos demais cuidados de saúde, *maxime*, por força da condição de saúde do nascituro, faça levantar particulares questões ético-jurídicas, podendo, em casos que tais, desembocar no chamado *conflito materno-fetal*.

Com efeito, destacam-se, aqui, os casos de conduta materna, como, *v.g.*, o tipo de alimentação, actividades ou, inclusive, casos de toxicoddependência, que, se, numa circunstância regular, teriam uma importância distinta, no decurso da gestação, podem implicar alterações no desenvolvimento do feto.

Por sua vez, cumpre também referir as situações em que esteja em apreço a realização de exames diagnóstico ou, desta feita, intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos ou de terapia fetal, cruciais para prevenir ou curar determinada patologia da progenitora ou do nascituro, e que, por razões várias, como, *inter alia*, o carácter invasivo ou riscos graves, acabam por ser por aquela recusados.

²⁸⁴ Cfr. Art.º 6.º, n.º6, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro; para desenvolvimentos, CARLA BARBOSA, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, págs. 128 a 131, destacando, outrossim, que a protecção da informação genética se justifica, dado o eventual “interesse mercantil”, entenda-se, por parte de terceiros; S.M. LIAO, *Is There a Duty to Share Genetic Information?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 35, n.º5, 2009, págs. 306 a 309; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 220 a 238; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, *ob. cit.*, págs. 103 a 106.

Sucedem, porém, que, na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, o nascituro não tem personalidade jurídica antes do nascimento com vida, pelo que só a partir daqui poderá ser titular de direitos e obrigações²⁸⁵.

A este propósito, tem sido, igualmente, acolhido o entendimento de que o nascituro pode, neste contexto, beneficiar de uma tutela juscivilística pré-natal, designadamente, quanto a lesões directas causadas durante a gravidez ou no parto, mas que só na sequência do nascimento poderão determinar o apuramento de responsabilidade civil por *wrongful injury* ou *prenatal injury*²⁸⁶.

Destarte, a questão que se coloca reside em aferir se à gestante cabe, desde logo, um *dever jurídico* de adoptar uma conduta diligente e zelosa, e, doutro passo, acolher os procedimentos clínicos ou cirúrgicos oferecidos pelo médicos, no sentido de prevenir o eventual nascimento de uma criança com deficiências ou um nado-morto.

Na verdade, trata-se, em rigor, de uma problemática complexa, sobretudo, porque, atendendo a que o nascituro não tem personalidade jurídica, a conduta adoptada durante a gravidez respeita apenas à esfera jurídica da progenitora.

Por outro lado, no que tange, em concreto, aos tratamentos médicos, está, sobretudo, em jogo a integridade física da grávida, pelo que a recusa na sua execução íntegra, na sua completude, o respectivo direito à autodeterminação dos cuidados de saúde²⁸⁷.

De todo em todo, cumpre referir, desde logo, que, v.g., nos EUA, tem-se verificado uma forte intervenção do Estado na conduta da mulher grávida, com destaque para a aplicação de sanções criminais durante a gestação, e, sobretudo, após o nascimento, designadamente, em casos de toxicoddependência²⁸⁸.

²⁸⁵ Cfr., entre nós, Art.º 66.º, do Código Civil, “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”

²⁸⁶ Embora alguns Ordenamentos Jurídicos determinem um regime de *maternal immunity*, com excepção a circunstâncias de acidentes de viação; V., também, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 255 a 265, perfilha da doutrina dominante no Sistema Jurídico Português, nos termos da qual, o nascituro pode ser considerado como um *bem juridicamente protegido*, embora só venha a ter direitos na sequência do nascimento completo e com vida; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., págs. 156 e ss.; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G* [1997] 3 S.C.R. 925, cuja decisão dita que, “The law of tort (...) might permit an action for injury to the fetus to be brought in the child’s name after its birth.”

²⁸⁷ Cfr., neste sentido, ROSAMUND SCOTT, *Rights, Duties and The Body, Law and Ethics of The Maternal-Fetal Conflict*, Hart Publishing, 2002, pág. 104, que refere, neste segmento, “interests and rights in self-determination” e “bodily integrity” da gestante.

²⁸⁸ Cfr. JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, Oxford University Press, 2000, págs. 7 a 19, que destaca a aplicação de procedimentos e/ou sanções criminais durante a gravidez e após o nascimento. Neste passo último, *Re Baby X* 293 N.W. 2d 736 (Mich. Ct. App. 1980), no Tribunal de Apelação de Michigan, e *Re Troy D* 263 Cal. Rptr 869 (Cal App 4 Dist, 1989), no Tribunal de Apelação da Califórnia, em casos de toxicoddependência, que implicaram lesões no feto, tendo os competentes Arestos

Neste conspecto, também no palco médico, nos EUA e no Reino Unido, podem decantar-se litígios em que, perante a recusa da grávida, é autorizada legalmente a realização de certo procedimento ou intervenção, e, portanto sem o respectivo consentimento, tendo por base, em regra, a prevenção de perda fetal e/ou o tratamento de respectiva anomalia congénita.

Destarte, importa, assim, efectuar uma análise adequada da jurisprudência no que concerne a tratamentos médicos cuja execução fora assim determinada por via judicial, pelo que as condutas que possam determinar *lesões fetais* serão analisadas em momento próprio, aquando da responsabilidade civil por *wrongful injury*.

8.2. A Recusa de Tratamentos ou Intervenções Médico-Cirúrgicas na Gravidez: A Autorização Judicial de Parto por Cesariana e Transfusão de Sangue

No decurso da gravidez, em circunstâncias de patologia materna ou estado fetal, pode revelar-se necessária a execução de tratamento clínico ou intervenção cirúrgica, de forma a prevenir-se um risco de vida ou da saúde da progenitora e, em regra, aborto espontâneo, nado-morto ou anomalia congénita da criança²⁸⁹.

Com efeito, se, em regra, as gestantes acolhem o entendimento avançado pelos médicos, a verdade é que, no âmbito do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, podem recusar a execução dos competentes procedimentos, atento, sobretudo, o art.º 25.º, n.º1, da CRP, em respeito à integridade física e moral e, caso seja, o art.º 41.º, da CRP, em sede de liberdade de consciência e de religião.

determinado que houve conduta negligente da progenitora em relação ao nascituro; *Whitner v. State of South Carolina*, 492 SE 2d 777 (SC, 1997), numa circunstância de toxicodpendência, que colocou em risco a vida e a saúde da criança; *People v. Pamela Rae Stewart*, em que a progenitora, que havia desconsiderado o aconselhamento médico, foi, destarte, condenada tendo por base o pressuposto de que a sua conduta durante a gravidez fora causa do falecimento da criança; SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, *ob. cit.*, págs. 134 a 140, refere que, sobretudo em circunstâncias de toxicodpendência, as gestantes “have been subject to coercive legal interventions, even to the extent of depriving them of liberty or coercing them into unwanted behaviour, all in the purported interests of their foetuses.”. De todo em todo, considera que, no Direito Anglo-Americano, não merece tutela legal um “duty to rescue”, pelo, neste contexto, se revela incorrecto “imposing punishment, including deprivation of liberty (...) on pregnant women”. Com efeito, na jurisprudência mais recente nos EUA, podem referir-se alguns litígios, embora num plano minoritário, que se pronunciaram no sentido de que, designadamente, após o nascimento da criança, “endangerment laws cannot be used to prosecute women” em face de toxicodpendência durante a gravidez; DEBORAH MATHIEU, *Preventing Prenatal Harm, Should The State Intervene*, 2ª Edição, Georgetown University Press, 1996, págs. 75 e 76.

²⁸⁹ Por exemplo, testes de rastreio ou *exames de diagnóstico* de DPN, como amniocentese e biopsia das vilosidades coriônicas, designadamente para fins de *terapêutica fetal*; *transfusão de sangue*; *parto por cesariana*, ao invés de parto normal, em virtude de apresentação pélvica.

Em todo o caso, as décadas de 80 e 90 do século XX e o início do século XXI foram palco de importantes decisões judiciais em que a posição da grávida foi rejeitada na sua completude, *maxime*, determinando, em situações específicas, a *imposição* de parto por cesariana ou de transfusão de sangue.

8.2.1. Estados Unidos da América e o Reino Unido

No Ordenamento Jurídico dos EUA, cumpre referir, desde logo, o litígio *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson*, em 1964, no Supremo Tribunal de New Jersey, em que a grávida, no terceiro trimestre de gestação, apresentava um quadro de hemorragia grave, sendo necessária uma transfusão de sangue, em virtude de risco de vida e, por conseguinte, de nado-morto. Não obstante, a progenitora, invocando motivações religiosas, enquanto *Testemunha de Jeová*, recusou prestar o seu consentimento para a execução do respectivo acto médico.

O Supremo Tribunal de New Jersey considerou que, “the unborn child is entitled to the law’s protection and that an appropriate order should be made to insure blood transfusions to the mother in the event that they are necessary (...)”, designadamente, “to save her life or the life of her child, as the physician in charge at the time may determine.”²⁹⁰.

Por outro lado, no litígio *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority*, em 1981, a grávida, com 39 semanas, apresentava placenta prévia, pelo que os médicos determinaram que teria que ser realizado parto por cesariana, de forma a precluir em 99% o risco de nado-morto da criança e em 50% quanto ao seu risco de vida. Em face da recusa da progenitora, com base em convicção religiosa, o Tribunal de 1ª instância considerou, desde logo, que, “(...) the State has an interest in the life of this unborn, living human being.”, tendo determinado, como tal, a execução do procedimento cirúrgico.

Neste seguimento, o Supremo Tribunal da Geórgia, perfilhando do mesmo entendimento, ditou, ainda, que, “we weighed the right of the mother to practice her religion and to refuse surgery on herself, against her unborn child’s right to live. We

²⁹⁰ Cfr. *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson*, 201 A 2d 537 (NJ 1964); em sentido próximo, *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353, 157 A 2d 497 (1960) e *State v. Perricone*, 37 N.J. 463 (1962); *Re Jamaica Hospital*, 491 N.Y.S. 2d 898 (1985), que dita que, “the court must consider the life of the unborn fetus (...) wich outweighs the patient’ right to refuse a blood transfusion on religiou grounds”.

found in favor of her child's right to live", facto este que, em rigor, deixa entrever a consagração de direitos ao nascituro antes do nascimento²⁹¹.

Em seu turno, *Crouse Irving Memorial Hospital Inc. v. Paddock*, em 1985, no Supremo Tribunal de Nova York, compreende o caso de uma paciente que sofria de anemia, estando grávida, com placenta prévia. Desta feita, era premente, de um lado, a realização de uma transfusão de sangue e, outrossim, parto por cesariana. A gestante, que indicou ser *Testemunha de Jeová*, recusou a transfusão de sangue, tendo autorizado, apenas, o procedimento médico inerente ao parto.

De facto, o Tribunal, apesar de reconhecer o direito de autodeterminação da grávida nos cuidados de saúde, considera que esta, ao autorizar a execução do parto por cesariana, vedando a transfusão de sangue, que, nesse contexto, poderia revelar-se crucial, acaba, *rectius*, por condicionar, indelevelmente, a actuação do médico. Ora, não é líquido "just where a patient would derive her authority to command her doctor to treat her under limitations which would produce death.". Além disso, destaca que, em circunstâncias específicas, o Estado, como "parens patriae", poderá intervir contra a decisão dos progenitores, ainda que assente em "religious beliefs", no intento de salvaguardar a protecção da saúde e "welfare of the child".

Por conseguinte, a acção foi julgada procedente, tendo sido autorizada a realização de transfusão de sangue²⁹².

No âmbito de autorização judicial de procedimento médico ou intervenção cirúrgica durante a gravidez, o litígio de referência, nos EUA, é *Re AC*, em 1987, que contempla um caso de uma paciente grávida de risco, em virtude de histórico de doença de foro cancerígeno. Em rigor, Angela Carder, decorridos já vários anos em remissão,

²⁹¹ Cfr. *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority* 247 Ga 86; 274 S 2d 457 (Ga, 1981); SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, Ashgate, 2005, pág. 41, destaca que, no litígio *Jefferson*, o Aresto traduz que "the foetus has rights that attach at viability, and that pregnant women have a corresponding duty to ensure live birth (...)"; ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort, in Medical Law Review*, Vol. 8.º, n.º1, 2000, pág. 12, refere que, "the fetus' position in the law of tort with regard to third parties has shown that there is no question of the fetus having a right to life". Desta feita, considera que a decisão do Tribunal em *Jefferson* se afigura incorrecta, já que acaba por afirmar, na sua plenitude, existência de "rights on the fetus' behalf".

²⁹² Cfr. *Crouse Irving Memorial Hospital Inc. v. Paddock*, 485 N.Y.S.2d 443 (N.Y.Sup.Ct. 1985); *Re Madyun* Daily Wash. L. Rptr. 2233 (D.C. Super. Ct. July 26, 1986), que respeita a uma situação em que os médicos consideraram como premente a realização de parto por cesariana para prevenir uma infecção fetal por sépsis. Na verdade, a grávida recusou a intervenção cirúrgica, sobretudo, com fundamento em motivações religiosas e nos eventuais riscos de insucesso de uma futura gravidez. Contudo, o Tribunal do Distrito de Columbia determinou a execução do respectivo procedimento contra a vontade e decisão da progenitora (casal); neste contexto, JANNA C. MERRICK e ROBERT H. BLANK, *Reproductive Issues in America: A Reference Handbook*, Contemporary World Issues, ABC-CLIO, 2003, págs. 153 e ss..

acabou, entretanto, por engravidar. Não obstante, às 25 semanas de gravidez foi diagnosticada, novamente, com cancro, desta feita, em fase terminal.

Destarte, a paciente considerou a possibilidade de realizar tratamentos paliativos e de quimioterapia, no intento de aumentar a esperança de vida, e, caso fosse, efectuar parto por cesariana antes do termo, uma vez alcançado o período de viabilidade fetal, designadamente, a partir das 28 semanas.

Sucedo, porém, que a sua condição de saúde acabou por agravar-se, de imediato, pelo que a competente instituição de saúde requereu ao Tribunal do Distrito de Columbia a necessária autorização judicial para a realização de parto por cesariana, tendo, neste passo, obtido provimento.

Ora, ante o exposto, uma vez informada da respectiva decisão judicial, Angela Carder recusou submeter-se à cirurgia, pelo que a sua posição foi, assim, remetida ao Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, que, no entanto, confirmou o Aresto da 1ª instância.

Por conseguinte, o parto por cesariana acabou por ser realizado, ainda que sem eficácia, já que o nascituro veio a falecer, assim como Angela Carder²⁹³.

De todo o modo, trata-se de um caso de enorme relevo, na medida em que, em face das circunstâncias em apreço, o Tribunal de Apelação foi chamado a intervir pela segunda vez, tomando, agora, em linha de apreciação, *inter alia*, o entendimento prefigurado pela American Medical Association e o American College of Obstetricians. Neste passo, em 1990, determinou, por maioria de 7-1, que o Tribunal de 1ª instância do Distrito de Columbia havia, assim, deliberado de forma incorrecta, aparentemente em violação do direito de autodeterminação da grávida, já que partiu do pressuposto de que Angela Carder, pela sua condição de saúde terminal, estaria *incapaz* para consentir²⁹⁴.

²⁹³ Cfr. *In Re AC 533 A2d 611* (DC, 1987).

²⁹⁴ Cfr. *In Re AC 573 A2d 1235* (DC 1990), em que o Tribunal de Apelação considera, desde logo, que, “the right of bodily integrity is not extinguished simply because someone is ill”. Por outro lado, se, em rigor, o estado de saúde de Angela Carder era grave, sobretudo porque, as mais das vezes, se encontrava inconsciente, e o Tribunal de 1ª instância do Distrito de Columbia “could reasonably have found her incompetent to render an informed consent”, a realidade é que o mesmo “made no such finding”. Com efeito, cabe ao “trial judge in a case like this, unless it is impossible to do so, to ascertain whether a patient is competent to make her own medical decisions”, pelo que revela-se inadequado “to presume that a patient is incompetent”. Ademais, destaca que, nas circunstâncias em que o paciente possa *estar* incapaz, o Tribunal deverá operar no âmbito de um “substituted judgment on behalf of the patient, based on all the evidence”, facto que não terá sucedido em sede de 1ª instância; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law, ob. cit., págs. 24 e 25*, defende que o Tribunal de Apelação parece não afastar, na sua completude, a possibilidade de uma decisão judicial contra a vontade do indivíduo, ainda que com capacidade para consentir, justamente ao prefigurar que, se, em princípio, deve ser respeitada a posição do paciente em todos os casos, esta poderá, no entanto, ser descartada em face de “truly extraordinary or compelling reasons”; sobre o litígio em análise, JOHN J. MITCHELL, *Maternal-Fetal Conflict: A Role for The*

Na verdade, a jurisprudência dos EUA conheceu, assim, um momento de viragem, em relação a procedimentos médicos *impostos*, através de autorização judicial, a grávidas com capacidade para consentir.

Com efeito, importa, aqui, destacar o litígio *Re Baby Boy Doe*, em 1994, no Tribunal de Apelação de Illinois, que contempla uma situação em que a grávida com 36 semanas apresentava indicação para realizar parto por cesariana. Todavia, a progenitora, com fundamento em motivações religiosas, não autorizou o competente procedimento cirúrgico.

A este propósito, o Tribunal de Apelação julgou procedente a pretensão da grávida, em respeito ao seu direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, a sua integridade física e, bem assim, o direito à liberdade religiosa, os quais figuram, invariavelmente, ainda que num estado de gravidez. Desta feita, o Tribunal indica que não deve ser, aqui, estabelecido um juízo comparativo entre os eventuais direitos do feto e os direitos da progenitora nos cuidados de saúde reprodutiva, já que “a woman’s competent choice in refusing medical treatment as invasive as a cesarean section during her pregnancy must be honored, even in circumstances where the choice may be harmful to her fetus.”.

Neste contexto, refira-se, contudo, que o Tribunal de Apelação de Illinois considerou, apenas, a questão dos procedimentos invasivos, entre os quais se destaca o parto com cesariana, não se pronunciando, em rigor, no que concerne à execução *imposta* de actos médicos não invasivos, e que possam determinar benefícios para a condição de saúde da progenitora ou, inclusive, do feto²⁹⁵.

Em rigor, a partir deste litígio, a orientação jurisprudencial dos EUA, sobretudo, nos Tribunais de Apelação, parece acompanhar, as mais das vezes, o entendimento traçado, salvaguardando, em regra, os interesses da progenitora e o seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde²⁹⁶.

Healthcare Ethics Committee, in HEC Forum, Vol. 6, n.º2, 1994, Kluwer Academic Publishers, págs. 97 a 101; EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, ob. cit., pág. 133, nota de rodapé 98; SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, ob. cit., págs. 42 e 43.

²⁹⁵ Cfr. *Re Baby Boy Doe*, 632 N.E.2d 326 (Ill. App.3d 1994), em que o Tribunal de Apelação considera que “whether (...) non-invasive procedures are permissible in Illinois, we leave for another case.”. Por outro lado, em relação a procedimentos invasivos, que implicam riscos, como sendo a cesariana, destaca que, “when the procedure is recommended solely for the benefit of the fetus, the additional risk is particularly evident. It is impossible to say that compelling a cesarean section upon a pregnant woman does not subject her to additional risks (...)”.

²⁹⁶ De todo em todo, num plano minoritário, contam-se, ainda, alguns Arestos em sede de Tribunais de 1ª instância que têm concedido provimento às demandas das instituições hospitalares, autorizando, como tal,

No que concerne ao Ordenamento Jurídico do Reino Unido, indique-se, desde já, o litígio *in Re S*, em 1992, em que a grávida, de termo, apresentava um quadro clínico de urgência que exigia a realização imediata de parto por cesariana, de forma a evitar o risco perda fetal. A progenitora, invocando razões de carácter religioso, não prestou o respectivo consentimento.

Destarte, Sir Stephen Brown, da “Family Division”, acolhendo, em certo passo, o entendimento prefigurado por Lord Donaldson no caso Inglês *Re T*, e, já no terreno dos USA, a decisão judicial *Re AC*, julgou procedente a execução do parto por cesariana, ainda que contra a posição da grávida²⁹⁷.

Por outro lado, *Re MB*, em 1997, corresponde a um caso de uma grávida, em que fora sugerida, por aconselhamento médico, a realização de cesariana, em virtude de feto com apresentação pélvica e, portanto, de riscos de lesões cerebrais na eventualidade de parto normal. Ora, a progenitora, apesar de ter autorizado a intervenção cirúrgica, recusou a administração de anestésico, por força do temor de agulhas.

a realização de certo procedimento contra vontade da grávida; neste passo, indique-se o litígio *In Re Fetus Brown*, 689 ne 2D 397 (III App 1 Dist, 1997), que contempla um caso de uma grávida com 34 semanas, que, na sequência de uma intervenção cirúrgica para excisão de um tumor na uretra, apresentou um quadro de hemorragia severa, tendo sido determinado, por aconselhamento médico, a realização da competente transfusão. Na verdade, a paciente recusou a execução do procedimento, justamente pelo facto de ser *Testemunha de Jeová*. O Tribunal de 1ª instância de Illinois determinou a administração do hospital enquanto *guardian ad litem* do feto viável, assim concedendo, neste passo, a sua guarda ou custódia temporária, “with the right to consent to one or more blood transfusions for Darlene Brown”. Destarte, a transfusão de sangue acabou por ser realizada sem o consentimento da grávida. Contudo, após recurso da progenitora, o Tribunal de Apelação de Illinois, em 1997, indicou que “we cannot impose a legal obligation upon a pregnant woman to consent to an invasive medical procedure for the benefit of her viable fetus.”, considerando, assim, incorrecta, a decisão do Tribunal de 1ª instância; *Pemberton v. Tallahassee Memorial Regional Medical Center*, 66 F.Supp.2d 1247 (N.D.Fla. 1999), que compreende um caso em que a grávida recusou a execução de cesariana, que veio a ser determinada, por via judicial, designadamente pelo Tribunal de 1ª instância, atento o interesse do Estado em garantir a protecção de um feto viável, sobretudo, no termo da gravidez; também, *Burton v. State of Florida* – Case n.º ID09-1958 – 2010, em que o Tribunal de 1ª instância determinou a realização de todos os procedimentos médicos considerados necessários de forma a precluir o risco de lesão ou perda fetal.

²⁹⁷ *Cfr. Re S* [1992] 3 WLR 806; *In Re T* [1992] 4 All ER 649, numa circunstância de transfusão de sangue em que a paciente, que não estava grávida, recusou o procedimento por ser *Testemunha de Jeová*. Lord Donaldson indicou que o direito de autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde, embora consagrado, poderá, na verdade, arrastar implicações éticas e jurídicas na gravidez, se a respectiva opção da progenitora, “may lead to the death of a viable fetus”; Por outro lado, cumpre referir que a posição do de Sir Stephen Brown, ao remeter o fundamento da decisão para o caso *Re AC*, afigura-se desprovida de significado, já que, em rigor, o Tribunal de Apelação, em 1990, considerou que o Aresto da 1ª instância, ao determinar a execução *imposta* de parto por cesariana, violou o direito de autodeterminação da grávida; neste sentido, EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, *ob. cit.*, pág. 133, nota de rodapé 98, que destaca, outrossim, que o caso *Re S* constitui, na verdade, uma excepção “to the ordinary principles of English medical law. Given that it is not possible to force an individual to act against their wishes to save the life of another person, it would seem anomalous for someone to be forced to submit to unwanted medical intervention in order to preserve a fetus before it achieves legal personhood. (...) according to the decision in *Re S*, a pregnant woman’s responsibilities to her fetus would far exceed those owned by a mother to her children.”; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, pág. 28; V., ainda, BARBARA HEWSON, *Informed Choice in Maternity Care*, *ob. cit.*, págs. 40 e 41.

Neste passo último, o Tribunal de Apelação, considerando que a grávida se encontrava num estado de *incapacidade* temporária, determinou a execução de todos os procedimentos clínicos adequados de forma a garantir a realização do parto por cesariana. Ante o exposto, a progenitora acabou, no entanto, por prestar o seu consentimento, acolhendo, assim, o respectivo entendimento médico.

De facto, cumpre referir que a decisão judicial *Re MB* assume um papel de enorme relevo, já que Butler Sloss LJ veio, desde logo, estabelecer que uma gestante que tenha *capacidade decisória*, “may, for religious reasons, other reasons (...) or for no reason at all, choose not to have medical intervention, even though the consequence may be the death or serious handicap of the child she bears, or her own death.”. Ademais, defende, ainda, que “the court does not have the jurisdiction to take the interests of the foetus into account in a case such as the present appeal and the judicial exercise of balancing those interests does not arise.”²⁹⁸.

Por outro lado, destaque-se, também, o litígio *St. George Healthcare NHS Trust v. S*, em 1998, que compreende uma situação em que a paciente, com 36 semanas de gravidez, e quadro de pré-eclampsia, recusou deslocar-se ao hospital para acompanhamento médico. Neste passo, terá sido informada de que, em face da sua condição de saúde, era necessária a realização de tratamento médico e intervenção cirúrgica, designadamente, parto por cesariana, de forma a prevenir-se o seu risco de vida e de perda fetal.

A este propósito, sem prejuízo do seu intento em realizar um parto natural, e embora, aparentemente, com conhecimento dos riscos em apreço, uma vez que apresentava um quadro depressivo, foi, como tal, determinado, no plano clínico, que a progenitora estaria incapaz por anomalia psíquica, nos termos apregoados pelo *Mental Health Act* de 1983, tendo sido remetida a Hospital Psiquiátrico.

Por sua vez, o *High Court*, ainda que não haja sido, em rigor, confirmada a respectiva incapacidade, autorizou a realização de parto por cesariana, que veio, assim, a ter lugar, sem consentimento da progenitora.

De todo o modo, já em sede de recurso de apelação, o *Court of Appeals* entendeu que a decisão do *High Court* havia sido incorrecta, em plena violação do direito de autodeterminação da grávida nos cuidados de saúde.

²⁹⁸ Cfr. *Re MB* [1997] 2 FLR 426, em que Butler Sloss LJ destaca o caso *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] QB 276, em que foi deliberado que, “The foetus cannot, in English law, (...) have a right of its own at least until it is born and has a separate existence from its mother.”.

Na verdade, o Tribunal de Apelação considerou que, apesar da gravidez implicar um aumento da responsabilidade da progenitora, tal não poderá, em rigor, cercear o seu direito de autorizar ou não a prossecução de certo tratamento ou intervenção cirúrgica. Por conseguinte, e gizando menção ao litígio *Re MB*, considera que, “an unborn child is not a separate person from its mother”, avançando, portanto, que “Its need for medical assistance does not prevail over her rights. She is entitled not to be forced to submit to an invasion of her body against her will, whether her own life or that of her unborn child depends on it.”.

De facto, cumpre destacar que o entendimento prefigurado pelo Tribunal de Apelação constitui um marco na jurisprudência do Reino Unido, tendo, assim, reforçado a autonomia da paciente grávida, descartando, *tour court*, o recurso a autorização judicial para a execução de actos médicos²⁹⁹.

Neste conspecto, a orientação jurisprudencial do Reino Unido acompanha, destarte, a posição dominante nos diferentes Ordenamentos Jurídicos, estando, assim, cristalizado o direito de autodeterminação do indivíduo nos cuidados de saúde, nos termos do qual, poderá, inclusive, recusar a execução de tratamento clínico ou intervenção cirúrgica³⁰⁰.

²⁹⁹ Cfr. *St. George Healthcare NHS Trust v. S*, [1998] 3 W.L.R. 936.

³⁰⁰ Deixe-se a nota de relevo que o direito de autodeterminação do paciente supõe, naturalmente, a respectiva capacidade decisória, pelo que, em situações de incapacidade de exercício insuprida por representante legal e/ou de urgência, poderá ter lugar o consentimento presumido, em respeito ao titular do interesse legalmente protegido; A este propósito, EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, *ob. cit.*, págs. 136 a 139, refere que, “If somebody lacks capacity, then the doctor has a duty to act in the patient’s best interests”, pelo que, em casos que tais, “the result of a finding of incapacity can be that treatment is carried out against their wishes (...)”. Neste passo, “A caesarean section that would have save an incompetent pregnant woman’s life could (...) be treatment that is in her best interests. Where it is *fetal* life that may be at risk if a caesarean is not performed, it should be much harder to classify the operation as one that is in the best interests of the pregnant patient.”. No entanto, segundo a autora, no Direito da *Common Law*, verifica-se, não raras vezes, uma *presunção de incompetência da grávida* “during labour”, que pode, aliás, revelar-se penosa, na medida em que, estando em equação uma eventual circunstância de urgência, em que figurem riscos de vida da progenitora ou perda fetal, os Tribunais acabam, indelevelmente, por seguir o aconselhamento médico. Destarte, enuncia alguns Arestos, em que, em face de incapacidade da grávida, foi concedida autorização judicial para a prossecução do respectivo procedimento médico. *Norfolk and Norwich NHS Trust v. W* [1996] 2 FLR 613, numa circunstância em que, durante o parto, a progenitora “was incapable of weighing up the considerations that were involved”, pelo que foi determinada pelo Tribunal a realização de parto por cesariana; no mesmo sentido, *Rochdale NHS Trust v. C* [1997] 1 FCR 274; V., também, FRANK A. CHERVENAK, LAURENCE B. McCULLOUGH e D. SKUPSKI, *An Ethical Justification for Emergency: Coerced Cesarean Delivery*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 82, n.º6, 1993, págs. 1029 a 1035; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 28 e 29; SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, *ob. cit.*, págs. 50 a 59; SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, *ob. cit.*, págs. 145 a 154; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 92 a 96.

8.3. A Questão no plano da Medicina: O Nascituro como Paciente e o Princípio da Beneficência

De facto, o conflito materno-fetal emerge, desde logo, no contexto médico, sobretudo, em face de aconselhamento clínico para a adopção de determinada conduta durante a gravidez, ou, inclusive, a realização de exames de diagnóstico ou intervenção de carácter terapêutico e cirúrgico, que, no entanto, a progenitora acaba por recusar, com fundamento, *inter alia*, no seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

Na verdade, cumpre referir que a Medicina tem conhecido uma evolução premente, apresentando, hoje, procedimentos técnicos mais eficazes, em concreto, na saúde de reprodutiva da mulher, e, como tal, no diagnóstico e tratamento *in utero* de patologias fetais.

A este propósito, tem sido avançado que, além da progenitora, também o nascituro, se viável, deve ser considerado como *paciente*, apesar de tal posição, em rigor, não merecer acolhimento jurídico, na medida em que o mesmo não tem personalidade jurídica, antes do nascimento, completo e com vida.

De todo o modo, arrancando do entendimento de que figuram, assim, dois pacientes poderá implicar, ainda que no campo médico, a necessária protecção dos interesses e condição de saúde da grávida a par com os do nascituro. Ora, não raras vezes, tal afigura-se difícil de conciliar, justamente porque, na hipótese de divergência entre a opção da grávida e do médico, a decisão final cabe à primeira, sem prejuízo de eventuais riscos quanto à sua vida ou já de perda fetal³⁰¹.

³⁰¹ Cfr. EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, *ob. cit.*, págs. 127 e ss., destaca que a evolução ao nível imagiológico e técnico, permitindo assim a visualização e tratamento do feto antes do nascimento, determinou o seu reconhecimento como paciente. Neste passo, como a taxa de mortalidade materna, na sequência da gravidez, se revela diminuta, considera que a finalidade da Obstetrícia tende a cair, *maxime*, na salvaguarda da saúde do nascituro, pelo que os médicos deverão, assim, actuar com empenho e diligência no sentido de prevenir lesão ou morte fetal. Todavia, “Because doctors cannot act to protect the fetus without some impact upon the bodily integrity of the pregnant woman (...) Acting to save fetal life (...) without the pregnant woman’s consent (...) will therefore involve a battery or an assault”. Por outro lado, a *medicina fetal*, ao conceder primazia aos interesses do feto, poderá acabar por descartar, na prática, “the rights that the pregnant woman has as a patient to refuse any unwanted medical treatment”, remetendo-lhe, por sua vez, em certo passo, um dever ou *imposição* “to promote fetal health and well being”; FRANK A. CHERVENAK e LAURENCE B. McCULLOUGH, *The Fetus as a Patient: An Essential Concept for The Ethics of Perinatal Medicine*, in *American Journal of Perinatology*, Vol. 20, n.º8, 2003, pág. 401, que ditam que, “Developments in fetal diagnosis and management strategies to optimize fetal outcome have become widely accepted, encouraging the development of the concept of the fetus as a patient.”; LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Aspectos Éticos em Medicina Materno-Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, pág. 124, que refere que o progresso alcançado no âmbito da medicina materno-fetal, designadamente, no final do século XX, “alterou por completo o modo de encarar clinicamente o feto, outorgando-lhe um novo estatuto ao considerá-lo como **paciente**.”.

Neste conspecto, a posição dominante tem caminhado no sentido de poder ser realizado um aconselhamento médico *directivo*, com recurso a *persuasão*, no que tange a certo procedimento ou intervenção cirúrgica, mas descartando, desta feita, qualquer processo coactivo, e, portanto, contra a vontade da grávida.

Com efeito, pode, aqui, enunciar-se a tese de Chervenak e McCullough, que defendem que, no âmbito do conflito materno-fetal, a questão deve ser reconduzida aos princípios basilares da *autonomia e beneficência*, que permeiam a actividade médica.

Na verdade, indicam que, se o médico tem “autonomy-based obligations” e “beneficence-based obligations” em relação à grávida, no que concerne já ao feto, uma vez que não possui “values and beliefs” e, portanto, *direitos*, o conceito de autonomia, enquanto “perspective on its interests”, em sede dos tratamentos em apreço, não pode, desde logo, ser aqui aplicado.

De todo em todo, acrescentam, ainda, que, na hipótese de considerar-se o feto viável como *paciente*, não resistem dúvidas de que ao médico cabem “beneficence-based obligations”, no pressuposto que aquele “can benefit from the applications of the clinical skills”³⁰².

Por conseguinte, nestas circunstâncias, e conquanto que os procedimentos ou técnicas em apreço impliquem benefícios ou vantagens para o estado do feto, deve acolher-se um aconselhamento *directivo*, atentos, no entanto, os interesses da grávida, e, outrossim, a existência de anomalia congénita e/ou prematuridade. Na hipótese de recusa por parte da grávida, os autores indicam que a solução deverá assentar na prestação de informação, apelando ao diálogo e à cooperação, sem prejuízo de eventual “respectful persuasion”³⁰³.

Doutro passo, tratando-se de fetos inviáveis ou embriões *in vitro*, o aconselhamento deverá ser *não directivo*, pelo que a realização de procedimentos

³⁰² Cfr. FRANK A. CHERVENAK e LAURENCE B. McCULLOUGH, *The Fetus as a Patient: An Essential Concept for The Ethics of Perinatal Medicine*, ob. cit., págs. 401 e 402, que, “that beneficence-based obligations to the fetus exist when the fetus is reliably expected later to achieve independent moral status as a child and person.”; dos mesmos autores, *Ethical Issues in Recommending and Offering Fetal Therapy*, in *Western Journal of Medicine*, Vol. 159, n.º3, 1993, págs. 396 a 399.

³⁰³ Cfr. FRANK A. CHERVENAK e LAURENCE B. McCULLOUGH, *The Fetus as a Patient: An Essential Concept for The Ethics of Perinatal Medicine*, ob. cit., págs. 402 e 403; Cumpre, no entanto, referir que se trata, na verdade, de uma posição mais recente dos autores, já que, no final da década de 80 e 90 pareciam acolher o entendimento de que, em circunstâncias específicas, o princípio da autonomia poderia conhecer limites, sendo admissível, excepcionalmente, recorrer-se a *autorização judicial* do Tribunal, embora sem coacção e apenas como adicional elemento persuasivo da decisão da grávida; neste passo, *Perinatal Ethics: A Practical Method of Analysis of Obligations to Mother and Fetus*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 66, n.º3, 1985, págs. 442 a 446; *Ethics in Obstetrics and Gynecology*, Oxford University Press, 1994; *Court-Ordered Cesarean Delivered*, in *The Beginning of Human Life*, (Coordenação de Fritz K. Beller e Robert F. Weir), Springer, 1994, págs. 257 a 272.

médicos está circunscrita, em pleno, à autonomia da grávida, com exceção feita aos casos em que a própria determine que o nascituro deva ser considerado como *paciente*³⁰⁴.

Na óptica de Mendes da Graça, partindo da concepção formulada por Chervenak e McCullough, entende que, nos casos em que o feto seja viável, e, como tal, *paciente*, deverá promover-se um aconselhamento médico *directivo*, em concreto, aquando de conflito materno-fetal, que suponha, de um lado, o respeito pelo direito de *autodeterminação* da progenitora e, de outro, o princípio de *beneficência* para com o nascituro.

Em rigor, tratam-se, sobretudo, de contextos em que a progenitora deverá alterar a sua conduta durante a gestação, designadamente, quanto ao seu *modus vivendi*, actividade física e/ou profissional, de forma a precluir eventuais riscos de anomalia fetal ou aborto espontâneo. Ademais, podem, também, incluir-se, aqui, as circunstâncias em que figurem determinados exames de diagnóstico e/ou técnicas invasivas, com benefícios prementes e/ou imediatos para o feto, e que exigem da gestante, em regra, o acolhimento da opção indicada pelo médico³⁰⁵.

Já nas hipóteses de conflito materno-fetal, em que entre em palco o princípio de *beneficência* para com a progenitora e o feto, o médico deverá conceder uma informação adequada, embora, regra geral, *não directiva*. A este propósito, enunciem-se os casos de patologia da grávida, cujo respectivo tratamento necessário possa, destarte, implicar riscos para a condição de saúde do nascituro. Na verdade, o autor considera que, neste cenário, terá que prevalecer, desde logo, a posição da grávida, atenta a sua autonomia nos cuidados de saúde a par com as suas “obrigações” em relação ao nascituro³⁰⁶.

³⁰⁴ Cfr. FRANK A. CHERVENAK e LAURENCE B. McCULLOUGH, *The Fetus as a Patient: An Essential Concept for The Ethics of Perinatal Medicine*, *ob. cit.*, págs. 403 e 404.

³⁰⁵ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Aspectos Éticos em Medicina Materno-Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, pág. 127, destaca que o aconselhamento médico deverá ser tanto mais premente e/ou *directivo* consoante a taxa de eficácia do respectivo procedimento em prevenir os riscos de lesão ou perda fetal e na medida em que a sua execução não comporte riscos para a progenitora. Neste apartado, considera que deve ser realizada uma abordagem “respeitosa mas determinada”, que terá, invariavelmente, que prevalecer sobre qualquer atitude coactiva, de imposição ou “recurso à intervenção judicial.”; também, FRANK A. CHERVENAK e LAURENCE B. McCULLOUGH, *Perinatal Ethics: A Practical Method of Analysis of Obligations to Mother and Fetus*, *ob. cit.*, págs. 442 a 446.

³⁰⁶ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Aspectos Éticos em Medicina Materno-Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, págs. 126 e 127, destacando, aqui, as doenças de foro oncológico que compreendem tratamentos ou intervenções médico-cirúrgicas com riscos de lesão fetal, aborto espontâneo ou execução de interrupção da gravidez. Por outro lado, considera, também, que, na eventualidade de conflito materno-fetal, em que esteja em jogo, apenas, o respeito pelo princípio de *autonomia* e *beneficência* da grávida, o médico deverá, igualmente, prestar um aconselhamento *não directivo*. A título

Aqui chegados, deixe-se, ainda a nota de referência para uma perspectiva mais defensora da autonomia da grávida, avançada por alguma doutrina no palco médico.

Com efeito, o Comité de Ética do American Congress of Obstetricians and Gynecologists indica, desde logo, que o entendimento de que o feto deve ser considerado um *paciente* se afigura incorrecto. Na verdade, num plano ético, tal pressuposto acaba por descartar a importância e significado da *relação materno-fetal*, fazendo, assim, intervir um contexto de divergência entre os interesses da progenitora e do feto, quando, as mais das vezes, estes tendem a coincidir.

A este respeito, destaca, também, que “new civil laws that aim to treat the fetus as separate and independent have been criticized for their failure (...) to address the health needs of the woman within whose body the fetus resides” e no reconhecimento de interesses unívocos entre a grávida e o feto³⁰⁷.

Por outro lado, com a afirmação do consentimento informado, a grávida terá que ser devidamente esclarecida antes de autorizar ou não a prossecução de tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, atento, como tal, o seu direito de autodeterminação nos cuidados de saúde reprodutiva e “bodily integrity”.

Neste passo, se a decisão da grávida, eventualmente, não acompanhar os ditames estabelecidos em sede de “beneficence-based obligations (of the woman or the physician) to the fetus, (...) the obstetrician must respect the patient’s autonomy, continue to care for the pregnant woman, and not intervene against the patient’s wishes, regardless of the consequences.”.

de exemplo, enuncia as decisões da gestante com fundamento em motivações religiosas e, nomeadamente, a cirurgia de esterilização definitiva. Não obstante, o autor considera que, em circunstâncias pontuais, de incapacidade ou de urgência, o princípio da beneficência poderá assumir primazia em relação à sua autonomia, pelo que o médico terá o dever de realizar determinado procedimento e/ou intervenção, ainda que sem consentimento do paciente; JOANN V. PINKERTON e JAMES J. FINNERTY, *Resolving The Clinical and Ethical Dilemma Involved in Fetal-Maternal Conflicts*, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Vol. 175, n.º2, 1996, págs. 289 a 295, parecem acompanhar, em certo passo, a posição expandida por Chervenak e McCullough, avançando, destarte, que, em face de recusa da grávida quanto a determinado procedimento ou intervenção cirúrgica, “respectful persuasion may be used to effect a change in the woman’s decision”. De facto, acrescentam que, embora a grávida tenha um dever de adoptar uma conduta diligente em relação ao feto, “her denial of this obligation does not constitute sufficient legal or ethical grounds to violate her bodily integrity against her wishes”. Não obstante, nas hipóteses de urgência, e em que esteja em risco a vida e a saúde da grávida, ou quando o procedimento determine benefícios prementes para o feto, admitem, excepcionalmente, e no limite, a possibilidade de autorização judicial e sem recurso a coacção física.

³⁰⁷Cfr., ainda, no plano legislativo, o *Unborn Victims of Violence Act*, de Abril de 2004, que, ao invés do que sucede com a mulher grávida, estabelece, a título *individual*, e enquanto crime federal, a lesão ou morte fetal; também, LISA HARRIS, *Rethinking Maternal-Fetal Conflict: Gender and Equality in Perinatal Ethics*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 96, n.º5, 2000, pág. 788, que destaca que, uma vez que o “fetus inhabits the body of a pregnant woman, they share a physiology, and so have many common needs. (...) the most important aspect of fetal well-being is maternal well-being. Is there an ethical model based on sharing interests rather than conflicting ones?”.

Ora, ante o exposto, considera que não poderá ser remetida à progenitora qualquer medida coactiva ou sancionatória durante a gravidez pelo que deve, igualmente, rejeitar-se, em pleno, o recurso a intervenção judicial, *maxime*, como mecanismo destinado, aqui, à imposição de conduta ou execução de certo acto médico³⁰⁸.

Finalmente, neste contexto, perfilhando, em certo passo, do entendimento expandido, e, portanto, indelevelmente, em favor da autonomia da grávida e de um aconselhamento médico *não directivo*, cumpre referir, sobretudo, no plano bioético, Georne Annas³⁰⁹ e Lawrence Nelson e Nancy Milliken³¹⁰.

8.4. Considerações Finais: Direito de Recusa de Tratamento Médico ou Intervenção Cirúrgica na Gravidez

Na verdade, a medicina materno-fetal convoca questões de enorme relevo, sobretudo, porque, desde logo, no âmbito da gestação, está, invariavelmente, em apreço a condição de saúde da grávida e a evolução e maturidade fetais.

De todo em todo, cumpre indicar, a este propósito, que, no terreno jurídico, afigura-se desprovido de significado o entendimento que reconduz ao feto, viável ou não, a posição ou *estatuto* de paciente.

Com efeito, entre nós, e em Direito Comparado, o nascituro não tem personalidade jurídica antes do nascimento completo e com vida, tal-qualmente, aliás,

³⁰⁸ Cfr. ACOG, American Congress of Obstetricians and Gynecologists, Committee on Ethics, *Maternal Decision Making, Ethics, and The Law*, n.º 321, Novembro de 2005, *págs. 1 a 11*; “Pregnant women’s autonomous decisions should be respected. Concerns about the impact of maternal decisions on fetal well-being should be discussed in the context of medical evidence and understood within the context of each woman’s broad social network, cultural beliefs, and values.”. Por conseguinte, “(...) judicial authority should not be used to implement treatment regimens aimed at protecting the fetus, for such actions violate the pregnant woman’s autonomy.”. Finalmente, considera, ainda, que “Pregnant women should not be punished for adverse perinatal outcomes.”. Não obstante, cumpre referir que, em 2004, a posição da ACOG parecia deixar em aberto a possibilidade de, a título excepcional, poder verificar-se, em situações concretas, a intervenção do Tribunal para a prossecução de certo tratamento; ACOG, *Patient Choice in the Maternal-Fetal Relationship, in Ethics in Obstetrics and Gynecology*, 2ª Edição, 2004, *págs. 34 a 36*; V., também, ACOG, Committee on Ethics, *Ethical Decision Making in Gynecology and Obstetrics*, n.º 390, Dezembro de 2007, *págs. 1 a 9*.

³⁰⁹ Cfr. GEORGE ANNAS, *Protecting The Liberty of Pregnant Patients, in The New England Journal of Medicine*, Vol. 316, n.º19, 1987, *págs. 1213 e 1214*; *Judging Medicine*, Humana Press, 1988, *págs. 119 e ss.*

³¹⁰ Cfr. LAWRENCE NELSON e NANCY MILLIKEN, *Compelled Medical Treatment of Pregnant Women, Life, Liberty, and Law in Conflict, in The Journal of the American Medical Association*, Vol. 259, n.º7, 1988, *págs. 1060 a 1066*.

estabelece o art.º 66.º, n.º1, do Código Civil³¹¹. De facto, não pode ser titular de direitos e de obrigações, sem prejuízo, no entanto, do reconhecimento de uma tutela juscivilística pré-natal, v.g., em face de lesões causadas no período da gravidez, que venham a determinar o nascimento de uma criança portadora de deficiência.

Neste passo, caberá apenas à gestante, enquanto paciente, com capacidade decisória, o direito a ser devidamente informada antes de autorizar ou recusar a execução de qualquer procedimento clínico ou intervenção cirúrgica, atentos os bens jurídicos civis de autodeterminação nos cuidados de saúde reprodutiva e da sua integridade física e moral, abrigados no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e art.º 25.º, n.º1, da CRP, sem prejuízo, ainda, da respectiva liberdade de consciência e de religião nos termos apregoados pelo art.º 41.º, da CRP.

Por conseguinte, vertendo o exposto para o terreno do conflito materno-fetal, importa, assim, referir que a grávida tem o *direito de recusar* determinado tratamento médico ou intervenção cirúrgica, mesmo que tal implique riscos para a sua vida ou saúde e/ou para o estado fetal, e compreenda, na perspectiva da Medicina, uma decisão incorrecta e, como tal, sem fundamento.

Em regra, a recusa de determinado procedimento assenta, *maxime*, em razões concernentes à invasividade e riscos das respectivas técnicas ou por força de motivações religiosas, como seja, por exemplo, o caso das *Testemunhas de Jeová*, em sede de transfusões de sangue³¹².

Nestas circunstâncias, e, marcadamente, quando esteja em jogo a vida ou saúde da grávida, aborto espontâneo ou nado-morto, temos que a prestação de informação assume uma importância crucial, já que o médico terá que comunicar à paciente, de um lado, as consequências da recusa do tratamento e, caso seja, a existência de eventuais alternativas e respectivos benefícios e riscos.

Desta feita, tratando-se de uma paciente que recuse uma transfusão de sangue, v.g., no âmbito de um procedimento cirúrgico, o médico, no exercício das suas funções, deverá actuar com diligência e zelo no sentido de prover, como tal, um tratamento não

³¹¹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 249, considerando que o nascimento completo e com vida supõe o corte do cordão umbilical, desde logo, porque tal circunstância “permite maior certeza jurídica”, sendo aplicável ao parto normal e, bem assim, à cesariana.

³¹² Cfr. A. L. CHERRY, *The Free Exercise Rights of Pregnant Women Who Refuse Medical Treatment*, in *Tennessee Law Review*, Vol. 69, n.º3, 2002, págs. 565 e 566, considerando também, aqui, a recusa de parto por cesariana por parto normal.

hematológico que tenha, em regra, a mesma eficácia, ou, pelo menos, salvasse a vida da grávida e/ou o risco de lesão ou perda fetal³¹³.

Contudo, na hipótese de não figurarem opções alternativas, ou na medida em que comportem riscos elevados, poderá admitir-se, cautelosamente, o recurso a um aconselhamento médico *directivo*, de forma a afiançar, neste contexto, a prossecução do tratamento estabelecido³¹⁴.

Por conseguinte, se a paciente, ainda assim, apresentar, aqui, a sua *recusa*, o médico deverá, em regra, acolher a competente decisão final, em respeito, sobretudo, ao direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, nos termos do art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, atento o art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Ora, a este propósito, cumpre, assim, indicar o art.º 49.º, n.º2, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que dita que, “Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coacções.”. Com efeito, o legislador consagra, aqui, o *direito de recusa* de procedimento médico, pelo que, em caso de risco de vida do paciente, com capacidade decisória, o respectivo *dissentimento* terá que ser livre, expresso e, acrescente-se, preferencialmente na forma escrita.

De todo em todo, nas circunstâncias de incapacidade e/ou de urgência, *v.g.*, em que um paciente esteja, desde logo, inconsciente, o médico deverá actuar ao abrigo do consentimento presumido, e, como tal, autorizar ou não a realização de determinado procedimento, em respeito ao cumprimento devido das *leges artis* e em face do direito à saúde, prefigurado no art.º 64.º, da CRP³¹⁵.

³¹³ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 481, que refere que, em sede de casos de “consentimento condicional ou limitado estabelece-se aqui uma especificidade: deve-se informar quais os *tratamentos alternativos* (sem utilização de produtos hematológicos) e quais os estabelecimentos que melhor atendem as exigências destes doentes.”; LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Aspectos Éticos em Medicina Materno-Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, pág. 126, “(...) o médico tem a obrigação de, por todos os meios alternativos à administração de derivados do sangue, tentar preservar a vida de uma paciente Testemunha de Jeová”.

³¹⁴ Cfr. ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort*, *ob. cit.*, pág. 20.

³¹⁵ Deixe-se, ainda, a nota de relevo de que o art.º 39.º, do Código Penal, tem por base os interesses legalmente protegidos do titular, pelo que, figurando uma eventual *directiva antecipada*, válida, que recuse certo tratamento, o médico deverá tomar em apreço a respectiva vontade do paciente e realizar um procedimento alternativo; Cfr., ainda, em relação a pacientes com incapacidade para consentir, o art.º 46.º, n.º2, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que dita que, “Se houver uma *directiva* escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa.”; neste sentido, BARBARA HEWSON, *Informed Choice in Maternity Care*, *ob. cit.*, pág. 39; SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, *ob. cit.*, págs. 8 a 12; DANIEL SPERLING, *Management of Post-Mortem Pregnancy: Legal and Philosophical Aspects*,

Por outro lado, defendemos que tal entendimento será extensível, também, às situações em que exista risco de vida ou de saúde e, caso seja, de perda fetal ou nado-morto e em que a grávida apresente dúvidas no que respeita à execução de certo procedimento ou intervenção cirúrgica e/ou o seu *dissentimento* não seja, portanto, livre, claro e expresso³¹⁶.

De facto, ante o exposto, cumpre, assim, referir que o *direito de recusa* de tratamento clínico ou intervenção cirúrgica está hoje plenamente consagrado, pelo que, em concreto, no espaço materno-fetal, cabe à grávida, com capacidade para consentir, a decisão final quanto à realização ou não de determinado acto médico³¹⁷.

Ashgate, 2006, *pág. 54*; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, *págs. 509 e ss.*; V., também, para mais desenvolvimentos, J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, *págs. 585 e ss.*; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, *ob. cit.*, *págs. 104 e 186 e ss.*

³¹⁶ Questão premente nesta sede passa por apurar a conduta do médico designadamente nas circunstâncias em que a grávida, num quadro de placenta prévia ou de apresentação pélvica, autoriza uma cesariana, mas recusa, nomeadamente, uma transfusão de sangue, que possa, no entanto, ter lugar, na sequência do parto, em virtude de hemorragia grave, estando em risco a sua vida ou a morte fetal. Na verdade, cumpre referir que, em regra, apesar das motivações religiosas ou adicionais fundamentos em jogo, as grávidas, numa circunstância de urgência, acabam por autorizar a realização do respectivo procedimento. De todo o modo, partindo do entendimento que, ao autorizar o parto por cesariana, a grávida *pretendia* o nascimento com sucesso do nascituro, e, que, neste conspecto, não existia, como tal, um intento de *renunciar* ao direito à sua própria vida, cremos que poderá considerar-se a *eventualidade* de, em circunstâncias de *inconsciência*, e, portanto, inclusive, já em estado *comatoso* pós-operatório, o médico poder actuar licitamente, e realizar, na falta de procedimentos alternativos, uma transfusão de sangue, se estritamente necessária. Trata-se, porém, de uma situação excepcional que deverá ser analisada num plano casuístico, e supõe a autorização pela grávida de um procedimento e a recusa de outro, complementar e necessário, que, assim, *condiciona* o exercício adequado da actividade médica, em concreto, num cenário de *urgência*. No plano legal, e com certa elasticidade, poder-se-ia chamar, aqui, à intervenção, *a contrario*, o disposto no art.º 154.º, n.º3, al. b), do Código Penal, cujo escopo teleológico permite alguma abertura jurídica à actuação do médico, tal qual sucede nos casos de tratamento médico de suicida; *Cfr.*, todavia, na doutrina, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, *págs. 483 e 484*, que destaca que, apesar do médico poder realizar, nos termos apregoados pelo art.º 154.º, n.º3, do Código Penal, uma intervenção ou procedimento médico em suicida que esteja inconsciente e que tenha recusado o respectivo tratamento, tal contexto não deve projectar-se num plano geral, em relação ao paciente “normal”; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *ob. cit.*, *págs. 206 e 207*, notas de rodapé 400 e 401, que indica que o “doente pode recusar uma operação e suportar um encurtamento da sua vida”, pelo que, já em sede do suicídio, convoca o art.º 335.º, n.º2, do Código Civil, referindo que, em caso de colisão de direitos entre o bem jurídico vida e a autonomia do suicida, deverá prevalecer o primeiro, salvo em casos de violação de dignidade humana ou de “valores essenciais da sua integridade física”; noutro passo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, *ob. cit.*, *pág. 70*, defendem que se revela dispensável a prestação de consentimento informado, se o médico “depois de iniciada uma intervenção cirúrgica, é confrontado com a necessidade ou a conveniência de alargamento do campo operatório.”; LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Aspectos Éticos em Medicina Materno-Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, *págs. 126*, considera que, em circunstâncias pontuais, nomeadamente de estado de inconsciência e de “actuação imediata” do médico para salvaguarda da vida da grávida, pode ser realizado, a título excepcional, o respectivo procedimento médico, ainda que em eventual desrespeito pela autonomia do paciente.

³¹⁷ *Cfr.* J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, *pág. 583*, destaca que, “the concept of (informed) refusal has now achieved the same standing as that of (informed) consent.”; ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort*, *ob. cit.*, *pág. 34*, refere que a progenitora “should not be deemed to have a legal duty of care to accept beneficial medical treatment for the fetus or future child (or not to accept treatment meaningfully beneficial to

9. A Realização de Parto por Cesariana Electiva por Opção da Grávida

No contexto da medicina materno-fetal tem-se verificado, desde o final do século XX, um aumento gradativo da taxa de realização de parto por cesariana, designadamente, por indicações médicas e não médicas³¹⁸.

A este propósito, importa, sobretudo, aferir se o médico responsável tem o *dever jurídico* de efectuar uma cesariana electiva ao invés de parto normal, em virtude de pedido da grávida, e com base no seu direito de autodeterminação nos cuidados de saúde reprodutiva³¹⁹.

De facto, temos que, uma vez considerando a autonomia do paciente em sentido amplo, e, desta feita, enquanto direito de autorizar ou não a realização de determinado tratamento médico, facilmente se poderá decantar, no seu espaço conceptual, o parto por cesariana a pedido da grávida.

Contudo, via de regra, um procedimento clínico ou cirúrgico é *sugerido* ou *oferecido* ao paciente, no âmbito de certa patologia ou condição de saúde, pelo que, *rectius*, o médico, em sede de cumprimento das *leges artis*, não tem, como tal, o dever de acolher a realização de parto por cesariana electiva por opção da progenitora³²⁰.

herself which may cause prenatal harm or death).”; DANIEL SPERLING, *Management of Post-Mortem Pregnancy: Legal and Philosophical Aspects*, *ob. cit.*, págs. 31 e 32, que destaca que, “While the fetus is within the body of a pregnant woman, the power and responsibility to choose medical treatment must rest with her.”; num plano geral, o litígio *Pretty v. UK* (2346/02), de 29 de Abril de 2002, (2002) 35 EHRR 1; [2002] ECHR 427; [2002] 2 FCR 97; (2002) 66 BMLR 147, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que, tendo embora julgado improcedente um caso de morte assistida, não descartou o papel da autodeterminação nos cuidados de saúde do indivíduo, no enquadramento traçado pelo art.º 8.º, da Convenção dos Direitos do Homem, enquanto “right for private life”; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, págs. 865 e 867; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 482, consagrando o direito de recusa de tratamento, num caso de Testemunhas de Jeová, julgado, outrossim, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, (302/02), de 10 de Junho de 2010.

³¹⁸ Cfr. SYLVIA BURROW, *On The Cutting Edge: Ethical Responsiveness to Cesarean Rates*, in *The American Journal of Bioethics*, Vol. 12, n.º7, 2012, págs. 44 e ss.; nos EUA, BARBARA McFARLIN, *Elective Cesarean Birth: Issues and Ethics of an Informed Decision*, in *Journal of Midwifery & Women’s Health*, Vol. 49, n.º5, 2004, págs. 421 e ss..

³¹⁹ Cfr. ACOG, American Congress of Obstetricians and Gynecologists, Committee on Obstetric Practice, *Cesarean Delivery on Maternal Request*, n.º 559, Abril de 2013, pág. 1, que indica que, “Cesarean delivery on maternal request is defined as a primary prelabor cesarean delivery on maternal request in the absence of any maternal or fetal indications.”.

³²⁰ Cfr. Art.º 42.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que dita que, “O médico pode recusar qualquer acto ou exame cuja indicação clínica lhe pareça mal fundamentada.”; W. SAVAGE, *Cesarean Section The Women or Her Doctor*, in *Ethical Issues In Maternal-Fetal Medicine*, (Coordenação de Donna L. Dickenson), Cambridge University Press, 2002, pág. 266, que refere que, “The patient has the right to decline to take one’s advice, but (...) does not have the right to ask the doctor to perform a procedure which the doctor considers unwarranted (...) and which is not in the patient’s best interests.”; no entanto, APB, Associação Portuguesa de Bioética, Parecer n.º P/12/APB/08, *Sobre o Direito de Escolha da Via de Parto*, de 26 de Março de 2008, Relatores: Rui Nunes, Guilhermina Rego, Cristina Brandão, págs. 5 e 6, defende que, ao abrigo do direito de autodeterminação reprodutiva da grávida

Na verdade, a realização de parto por cesariana é solicitada pela grávida, *maxime*, por questões de carácter pessoal, nomeadamente, por temor ou receio de parto normal, e, destarte, para afiançar o nascimento com sucesso da criança, e, já num plano *estético*, de forma a prevenir alterações do pavimento pélvico³²¹.

Sucedo, porém, que se trata, de facto, de um procedimento cirúrgico que, em regra, parece comportar riscos mais graves do que o parto normal, exigindo, além disso, cuidados adicionais no período pós-operatório³²².

Por conseguinte, cremos que, salvaguardadas específicas situações em que possam estar em apreço indicações médicas ou terapêuticas, o médico não deverá realizar a cesariana³²³.

De todo o modo, e, sobretudo, na medicina privada, tem sido efectuado, não raras vezes, o parto por cesariana electiva, a pedido da mulher, pelo que cumprirá, aqui, legar um breve apontamento quanto ao dever de esclarecimento e obrigação de informação a cargo do médico³²⁴.

Pela nossa parte, defendemos que, embora se trate de um contexto distinto, a opção da gestante em realizar o parto por cesariana por indicações não médicas pode ser,

(casal), deve ser concedida a “possibilidade (...) de escolher a via de parto” aquando da prestação do consentimento informado, pelo que, na hipótese de recusa do médico, a mulher deverá ser *referenciada*, como tal, para outro prestador de cuidados de saúde.

³²¹ Cfr. LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Cesariana, in Medicina Materno-Fetal, ob. cit., págs. 690 e 691*, que considera que, num plano científico, o entendimento maioritário caminha no sentido de que não figuram, destarte, vantagens ou benefícios que determinem a realização de cesariana electiva por opção da mulher, e, portanto, sem indicação médica; BARBARA McFARLIN, *Elective Cesarean Birth: Issues and Ethics of an Informed Decision, in Journal of Midwifery & Women’s Health, ob. cit., págs. 424 e 425*.

³²² Cfr. BARBARA McFARLIN, *Elective Cesarean Birth: Issues and Ethics of an Informed Decision, in Journal of Midwifery & Women’s Health, ob. cit., págs. 423 e 424*, destacando os casos de morte materna, alterações ao nível da placenta em futuras gestações e complicações decorrentes da intervenção cirúrgica; W. SAVAGE, *Cesarean Section The Women or Her Doctor, in Ethical Issues In Maternal-Fetal Medicine, ob. cit., pág. 264*, que indica, também, as circunstâncias de hemorragia em período pós-operatório e eventual transfusão de sangue; S. LIU, ROBERT M. LISTON, K.S. JOSEPH, MAUREEN HEAMAN, REG SAUVE e MICHAEL S. KRAMER, *Maternal Mortality and Severe Morbidity Associated With Low-Risk Planned Cesarean Delivery versus Planned Vaginal Delivery at Term, in Canadian Medical Association Journal, Vol. 176, n.º4, Fevereiro de 2007, pág. 457*, que afirmam que, “planned cesarean deliveries are associated with significantly increased risks of specific severe postpartum complications”, nomeadamente, os casos de tromboembolia venosa e de infecções graves.

³²³ Cfr. ACOG, American Congress of Obstetricians and Gynecologists, Committee on Obstetric Practice, *Cesarean Delivery on Maternal Request, ob. cit., pág. 3*, que, embora não descarte a possibilidade de realização de cesariana electiva, considera que, na falta de indicações médicas, deve ser efectuado parto normal.

³²⁴ Cfr. M. HABIBA, M. KAMINSKI, M. DA FRÈ, K. MARSAL, O. BLEKER, J. LIBRERO, H. GRANDJEAN, P. GRATIA, S. GUASCHINO, W. HEYL, D. TAYLOR, M. CUTTINI, *Caesarean Section on Request: A Comparison of Obstetricians’ Attitudes in Eight European Countries, in International Journal of Obstetrics and Gynaecology, Vol. 113, n.º6, 2006, págs. 651 e 652*, referem que, na Europa, a taxa de realização de parto por cesariana electiva a pedido da mulher, sem indicações médicas, é, sobretudo, elevada na Alemanha e Reino Unido, ao invés de Espanha, Holanda e França, que apresentam valores mais diminutos.

a este propósito, reconduzida ao espaço das intervenções *voluntárias* ou *d'agrément*, como sejam, *inter alia*, a esterilização definitiva e cirurgia estética.

Neste conspecto, o dever de esclarecimento por parte do médico terá que ser, naturalmente, mais completo e rigoroso, sobretudo, atendendo à menor ou ausente *necessidade* e/ou *urgência* na execução do respectivo procedimento de cesariana, sem prejuízo, aqui, de um juízo comparativo, no que concerne ao parto normal³²⁵.

³²⁵ Na verdade, mostra-se premente que o médico comunique à grávida os efeitos a médio e, sobretudo, a longo prazo e os riscos previsíveis e graves, mesmo que raros; neste sentido, BARBARA McFARLIN, *Elective Cesarean Birth: Issues and Ethics of an Informed Decision*, in *Journal of Midwifery & Women's Health*, *ob. cit.*, pág. 427, embora destacando que, as mais das vezes, a informação não é prestada de modo adequado e suficiente; LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Cesariana*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, págs. 690 e 691; ACOG, American Congress of Obstetricians and Gynecologists, Committee on Obstetric Practice, *Cesarean Delivery on Maternal Request*, *ob. cit.*, pág. 3; V., ainda, no âmbito das cirurgias voluntárias, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 370 a 373 e 626 e 627; EDUARDO DANTAS, *A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico. A Cirurgia Plástica como Obrigação de Meio*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, págs. 78 e 79; em sede do dever de informação, JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, *ob. cit.*, págs. 186 a 188.

CAPÍTULO III
A PROcriação Medicamente Assistida

1. Enquadramento Geral

O *direito à reprodução* está hoje perfeitamente consagrado, merecendo protecção constitucional no nosso Ordenamento Jurídico e no palco Internacional. Por outro lado, também no domínio civilístico, por via do art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, se extrai, neste contexto, o *direito à liberdade de reprodução*, atento o disposto no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Na verdade, entendemos que o *direito à reprodução* se estende não apenas à reprodução natural, mas também através de técnicas de reprodução assistida, assim dando plena aplicação ao previsto nos art.ºs 26.º, n.º1, e 36.º, n.º1, da CRP.

Com efeito, a infertilidade é um problema que afecta inúmeros casais, sendo perfeitamente compreensível a busca na Medicina da consecução do desejo de ter filhos biológicos³²⁶.

E se é líquido que a presente motivação se completa, efectivamente, na reprodução homóloga, ou seja, naquela que são utilizados os gâmetas do casal, o facto é que, na reprodução heteróloga, em que os gâmetas provêm de dadores, o intento do casal apenas poderá subsumir-se a constituir uma família.

De todo o modo, mesmo neste último caso, e quando a gestação decorre no útero da mulher receptora, resiste sempre o sentimento no casal de *identificação biológica* quanto ao futuro filho, ainda que, na prática, tal não tenha correspondência em termos genéticos³²⁷.

³²⁶ O termo infertilidade surge aplicado à ausência de concepção após um determinado lapso de tempo, normalmente assente em 12 meses, durante o qual o casal manteve relações sexuais desprotegidas. Pode ser primária, se não houve concepção (gravidez) anterior, e secundária, quando tenha decorrido uma anterior concepção, mesmo com desfecho negativo. Já no que concerne ao conceito de esterilidade, o mesmo traduz uma total ou absoluta incapacidade para conceber; *Cfr. Organização Mundial de Saúde* que, no passado, considerava aplicável o período de 24 meses. Actualmente, refere que, “Infertility is a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse.”, *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology, 2009, in Fertility and Sterility, Vol. 92, n.º 5, Novembro de 2009, págs. 1520 a 1524, in www.who.int; Saúde Reprodutiva, Infertilidade, Orientações Direcção-Geral da Saúde, Lisboa, 2008, págs. 5 e ss.; NILOOFAR ESKANDARI e MARY CADIEUX, Infertilidade, in Current, Obstetrícia e Ginecologia, Diagnóstico e Tratamento, ob. cit., págs. 837 e ss., considerando que “esterilidade implica uma incapacidade intrínseca de engravidar, enquanto infertilidade (...) é sinónimo de subfertilidade.”*

³²⁷ *Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, O Direito à Imortalidade..., Vol. I, ob. cit., pág. 117*, refere que, em sede de reprodução heteróloga, se verifica a “formação de uma unidade familiar com apelo a gâmetas provindos de elementos que não pertencem, nem nunca pertencerão, a essa unidade.”. Por outro lado, referindo a semelhança fenotípica que preside ao critério de selecção dos gâmetas doados, entende que, “Na impossibilidade de reprodução biológica mascara-se a realidade com uma aparência de biologismo que, em bom rigor, não existe (...)”.

Pergunta-se, no entanto, se este processo de reprodução assistida pela arte médica, permitindo e assegurando, cada vez mais, novas técnicas, que convidam a um abertura a decisões selectivas, não poderá afastar estes domínios do seu escopo mais basilar e simplista que é o de *auxiliar* a reprodução natural.

Em nosso parecer, entendemos que a esfera da procriação medicamente assistida terá inevitavelmente que ser mais ampla, sendo justificáveis, dentro de certos limites, determinadas opções selectivas, sobretudo, quando se destinem a finalidades terapêuticas e estejam devidamente reguladas.

Neste sentido, importará realizar um estudo que permita analisar o espaço da medicina da reprodução na esfera da infertilidade e na sua preservação e, também, no âmbito diagnóstico e terapêutico³²⁸.

2. Regulação e Acesso à Procriação Medicamente Assistida

No Ordenamento Jurídico Português, a procriação medicamente assistida é regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, ditando o art.º 4.º, n.º 1, que se trata de um método subsidiário e não alternativo, referindo o n.º2, que as respectivas técnicas só poderão ter lugar, atento um diagnóstico de infertilidade para tratamento de patologia grave ou existindo risco de transmissão de doenças de etiologia “genética, infecciosa ou outras”³²⁹.

³²⁸ Refira-se, ainda, que vários são os factores que têm contribuído para um crescendo da infertilidade e, portanto, da respectiva utilização das técnicas de PMA. Têm sido apontados, desde logo, no palco feminino: anovulação, reduzido aporte ovulatório e/ou baixa qualidade dos ovócitos, lesões estruturais nas trompas de falópio e/ou no útero, endometriose, doenças inflamatórias pélvicas ou de etiologia infecciosa, patologias metabólicas, cirurgias ao aparelho reprodutor feminino e tratamentos oncológicos. No espaço masculino, destacam-se, igualmente, problemas hormonais, com ausência (azoospermia) ou diminuta (oligospermia) produção de espermatozóides; baixa qualidade (volume, mobilidade, características morfológicas e sobrevivência); obstrutivos (ao nível do epidídimo ou ductos deferentes); vasculares, imunológicos ou neoplásicos. Por outro lado, têm sido referidos, igualmente, em ambos os casos, componentes relacionadas com a qualidade de vida e exposição a factores de risco; *Cfr.* RICHARD O. BURNEY, DANIEL J. SCHUST, MYLENE W.M. YAO, *Infertilidade, in Tratado de Ginecologia*, (Coordenação de Jonathan S. Berek), *ob. cit.*, págs. 877 a 910; ANTHONY RUTHERFORD, *Infertility, in Clinical Obstetrics & Gynaecology*, (Coordenação de Brian A. Magowan, Philip Owen e James Drife), 2ª Edição, Saunders Elsevier, 2009, págs. 67 a 75.

³²⁹ *Cfr.* Art.º 5.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “1 - As técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.”, atentos concretos padrões de qualidade avançados pelo respectivo n.º2; GUILHERME DE OLIVEIRA, *No-Patient Safety in Reproductive Medicine, in Lex Medicinæ*, IV EAHL Conference, Volume Especial, 2014, págs. 119 a 130, que indica que, na Europa e nos EUA, em centros de PMA, têm sido, bem assim, estabelecidas restrições, por imposição médica e não legal, quanto ao acesso a técnicas de PMA, e, portanto, à parentalidade, designadamente, em face de *intervenção* ou *tratamento fútil*, *riscos para a progenitora e/ou para a futura criança*, e *incompetência parental*.

Por outro lado, o art.º 6.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, considera que são beneficiários das técnicas de PMA, as “pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto” e aquelas que “sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos”, avançando o n.º2 que, “As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.”.

Na verdade, a interpretação que se faz do art.º 6.º, n.º1, 1ª parte, é a de que são *beneficiários* das técnicas de PMA, as pessoas casadas, *de sexo diferente*, pese embora a ausência dessa específica oposição por parte do legislador, porquanto a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, é anterior à Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que regula e permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, o art.º 6.º, n.º1, 2ª parte, considera *beneficiários* as *pessoas*, também, *de sexo diferente* que vivam em união de facto, nos termos, assim, previstos pelo art.º 1.º, n.º2, *in fine*, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto.

E, neste passo, podem destringir-se, aqui, vários elementos conclusivos que merecem um apontamento mais profundo.

Desde logo, não resistem dúvidas que, entre nós, o acesso à PMA só poderá ser feito por *casais*, estando, assim, vedado a pessoas singulares, *rectius*, à mulher e ao homem que, a título individual, mediante dádiva de gâmetas e/ou da maternidade de substituição, pretendessem exercer o seu intento reprodutivo.

Em relação já ao entendimento *supra* referido, percebe-se que a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, caminha no sentido de autorizar o acesso à PMA *apenas* a pessoas de sexo diferente, deixando, inevitavelmente, fora da sua eficácia jurídica os casais do mesmo sexo.

De facto, trata-se de uma questão controversa, e que vem conhecendo algumas querelas doutrinárias, sobretudo, exacerbadas na sequência da aprovação da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que veio legitimar a união civil de duas pessoas do mesmo sexo.

Pela nossa parte, contudo, temos que o traçado normativo prefigurado pelo legislador na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, não permite, de todo, decifrar qualquer brecha ou abertura em relação ao acesso às técnicas de PMA por parte de casais de igual sexo (homossexuais e lésbicas).

E justifica-se, de imediato, fazendo apelo ao escopo legal que presidiu à criação do respectivo diploma, e que, de, modo genérico, se subsume, no art.º 4.º, n.º1, ao conferir que a PMA é, portanto, um método *subsidiário* e não *alternativo*, entenda-se, à reprodução natural.

Partindo deste entendimento, alargado, também, nos termos do respectivo n.º2, aos casos em que exista diagnóstico de infertilidade ou risco de transmissão de doença à descendência, facilmente se compreende, articuladamente, que a construção teleológica que preside ao art.º 6.º, n.º1, 1ª parte, só poderia abranger pessoas de sexo diferente, já que só entre essas pode verificar-se, *ex natura*, a reprodução pelos meios clássicos³³⁰.

Com efeito, a noção de infertilidade, de um casal de sexo diferente, surge aqui tomada, aparentemente, num plano de conjunto homem-mulher e resulta do insucesso dos meios de reprodução natural, sem prejuízo, ainda, de eventual risco de transmissão genética.

Ora, tal condição clínica seria impraticável de análise, em termos globais, num casal do mesmo sexo, só podendo decantar-se isoladamente.

E, neste passo último, em rigor, pouco significado teria que um ou ambos os indivíduos do mesmo sexo fossem, tecnicamente, inférteis (subférteis), já que o recurso às técnicas de reprodução assistida, a ter lugar, como casal, nunca seria subsidiário, pelo menos nos moldes afincados pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Na verdade, esta parece ser, aliás, a posição do CNPMA, que, na sua Declaração Interpretativa de acesso à PMA, reafirma o carácter subsidiário das técnicas médicas de reprodução assistida, tal-qualmente prefigura o art.º 4.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, atentas, bem assim, as condições previstas no respectivo n.º2, do diagnóstico de infertilidade e do risco de transmissão de patologia à descendência.

Por outro lado, considera, ainda, que a noção de infertilidade, enquanto doença, comporta um significado *técnico-científico* definido, “universalmente”, pela Organização Mundial de Saúde, e que se subsume à incapacidade do casal de conceber tendo decorrido determinado lapso de tempo, uma vez mantendo relações sexuais desprotegidas.

³³⁰ V., também, JOÃO LOUREIRO, *Há mais Vida para Além da Letra: A Questão das Chamadas Homoparentalidades e a (Re) leitura da Lei de Procriação Medicamente Assistida*, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11, Julho de 2010, págs. 273 a 293; ANDRÉ DIAS PEREIRA e ANA ELISABETE FERREIRA, *Recent Trends in Medical Law in Portugal. Artificial Reproduction Techniques and Donation of Organs: The Principle of Bioethical Self-Determination and Procedural Control*, in *Actions Pour La Santé et La Recherche Médicale en Faveur Des Personnes Vulnérables et Des Pays Émergents, VI^e Forum Des Jeunes Chercheurs*, (Coordenação de Anne-Marie Duguet), Les Études Hospitalières, 2012, págs. 245 a 249 e 252 a 254.

Destarte, e apesar do disposto na Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, o CNPMA dita que, neste momento, “o acesso às técnicas de PMA continua legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo casadas entre si”³³¹.

Neste contexto, refira-se que também na doutrina são apontados, além dos limites legais, obstáculos vários, de foro social e familiar, sendo de destacar, a este respeito, a posição de João Loureiro, que evidencia a importância e significado da *biparentalidade diferenciadora*³³².

Em nossa óptica, e pese embora a omissão do legislador no art.º 4.º, n.º2, quanto à noção específica de infertilidade, se social e/ou puramente técnica, e já no art.º 6.º, n.º1, 1ª parte, se a casais, em geral, se de sexo diferente, não poderemos deixar de

³³¹ Cfr. CNPMA, *Declaração Interpretativa Relativamente às Implicações da Entrada em Vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, no Acesso às Técnicas de PMA*, 18 de Junho de 2010, in www.cnpma.org.pt; CNECV, Parecer n.º 44/CNECV/04, *Procriação Medicamente Assistida*, Julho de 2004, pág. 3, ponto 6, “São beneficiários das técnicas de PMA os casais heterossexuais, com uma relação estável, quer hajam contraído matrimónio, quer vivam em regime de união de facto.”; Mais recentemente, no entanto, em referência aos Projectos de Lei 131/XII e 138/XII, o Parecer n.º 63/CNECV/2012, *Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição*, Março de 2012, pág. 12, dita que a referida exclusão do acesso de casais do mesmo sexo e “a proibição e sanção desse acesso a pessoas que o pretendam fazer através de recursos próprios constituem uma limitação tão séria da autonomia das pessoas que só não merecerá censura ética caso tenha uma justificação igualmente ponderosa.”, in www.cnecv.pt.

³³² Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Filho (s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º6, 2006, págs. 32 a 36, reforça o carácter subsidiário do acesso às técnicas de PMA, num plano *geral*, em relação ao diagnóstico de infertilidade, risco de transmissão de doença e tratamento de patologia grave, em sede de procriação natural, e, num plano *especial*, uma vez figurando, a esse propósito, necessidade de recurso, como tal, à procriação assistida heteróloga. Por outro lado, entende que, em respeito aos interesses do filho, a posição constitucional mais correcta é aquela que exclui do acesso as “produtoras independentes” e os pares homossexuais. Neste passo último, entende que “não se deve admitir que o direito autorize a criação, por via da procriação medicamente assistida, de órfãos *ab initio*”; num sentido distinto; VERA LÚCIA RAPOSO, *Em nome do Pai (... da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art.º 6 da Lei n.º 32/2006*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 37 e ss., pronunciando-se a favor do acesso de pessoas singulares e casais do mesmo sexo, considera infundados os argumentos da “preservação da sociedade”, em respeito ao modelo típico de família tradicional, do “melhor interesse da criança”, em ser educada em termos biparentais diferenciados, e a “subsidiariedade das técnicas reprodutivas”. Em defesa do direito à reprodução enquanto direito fundamental, sustenta que a presente limitação de acesso deveria merecer “justificação mais consistente”; *Direitos Reprodutivos: Homossexualidade, Celibato e Parentalidade*, in *Família, Consciência, Secularismo e Religião*, (Coordenação de Guilherme de Oliveira, Jónatas Machado, Rosa Martins), Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, págs. 61 e ss.; RENATA BARBOSA DE ALMEIDA, *Direito ao Planeamento Familiar e o Choque de Consentimentos Sobre o Uso dos Embriões: O Caso Evans versus Reino Unido sob a Égide do Direito Brasileiro*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 12, 2009, pág. 97, nota de rodapé 28, que entende que os pares homossexuais cumprem, indelevelmente, o critério de *infertilidade*, pelo que deve, como tal, ser autorizado o respectivo acesso à PMA; JOSÉ MIGUEL GUIMARÃES, *As Dificuldades do Acesso de Casais Homossexuais à Procriação Medicamente Assistida*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012, págs. 6 e ss., enuncia as *barreiras* religiosas, ética e moral, e legal, que, na actualidade, impedem o acesso de pessoas do mesmo sexo às técnicas de PMA. Todavia, uma vez que “a argumentação que é dada (...) para justificar esta limitação da liberdade procriativa dos homossexuais parece não ser suficiente”, defende a remoção de algumas dessas *barreiras*, propondo, nesse esforço de legitimação de acesso à PMA, “o reconhecimento médico da “infertilidade social”.

concluir, pelo exposto, que, actualmente, não é autorizado o acesso à PMA a pessoas do mesmo sexo.

De todo em todo, admite-se que a questão possa ser recolocada novamente, com o intuito de uniformizar o tratamento legal, em salvaguarda do princípio da igualdade, laminado no art.º 13.º, da CRP³³³. Será naturalmente uma igualdade em sentido lato, abrangendo, sobretudo, o direito de constituir família.

Não obstante, entrevêem-se, nessa lide, sérias dificuldades, porquanto, se é admissível encarar com mais ligeireza, legal e naturalística ou biológica, o caso de pessoas do mesmo sexo feminino que acedam à PMA, e em que a gravidez tenderá a decorrer apenas com a dádiva de gâmetas, já no caso de pessoas do sexo masculino, a maternidade de substituição revela-se imprescindível.

Podemos até ir mais longe e referir que, na hipótese de sexo feminino, em que uma das partes assegura a gestação, com os seus ovócitos ou da companheira, o factor biológico envolvido parece assumir, até, uma dimensão mais efectiva do que tratando-se de casais de sexo diferente com total dádiva de gâmetas.

Ainda assim, no sector masculino, preocupa-nos, sobretudo, a necessidade de legitimar a figura da maternidade de substituição, a qual, ressalve-se, até poderia ser útil a vários casais de sexo diferente, mas comporta, em si, *inter alia*, alguns problemas jurídicos em sede de determinação da filiação.

Na realidade, cremos tratar-se de uma questão complexa, cuja resolução, em respeito ao princípio da igualdade, determinará alterações de fundo no plano legal e acabará por reconduzir a PMA a um critério híbrido de subsidiariedade e alternatividade³³⁴.

Por outro lado, voltando ao teor literal do art.º 6.º, desta feita, o respectivo n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, estabelece importantes limites de acesso PMA, em função da capacidade de gozo e de exercício de direitos.

Neste sentido, só quem possua mais que 18 anos e não esteja interdito ou inabilitado por anomalia psíquica poderá beneficiar das técnicas de PMA.

³³³ Tratando-se, *v.g.*, de situações de carácter terapêutico.

³³⁴ Actualmente, o acesso a técnicas de PMA por casais do mesmo sexo (na sua maioria, apenas a lésbicas) está permitido, nomeadamente, na Bélgica, Dinamarca, Noruega, Holanda, Reino Unido e Espanha; *V.*, para mais aprofundamentos, SIMÓN M., FERNANDO M. e DAVID M., *Access to Fertility Treatment by Lesbian Couples, in Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies, ob. cit., págs. 245 a 256*; GILLES GENICOT, *Droit Médical et Biomédical, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, Larcier, 2010, págs. 600 e 601; nos EUA, previsto, apenas, em alguns Estados, The Ethics Committee of The American Society for Reproductive Medicine, *Access to Fertility Treatment by Gays, Lesbians, and Unmarried Persons, in Fertility and Sterility*, Vol. 92, n.º4, 2009, págs. 1190 a 1193.

Em bom rigor, trata-se de uma opção do legislador plenamente correcta, estando em concordância com a maturidade exigível a quem pretende ter filhos e tomando, assim, em apreço o carácter invasivo dos procedimentos de PMA, que exigem uma decisão ponderada e equilibrada.

De todo o modo, na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, não figura nenhum limite máximo, facto que *per se* não parece merecer reparos, respeitados que estejam os limites impostos pelo princípio da integridade física dos intervenientes, tutelados, sobretudo, nos termos do art.º 12.º, do referido diploma³³⁵.

E tal compreende-se, porquanto, cada vez mais tarde os casais dispõem de estabilidade profissional e estrutural para constituir uma família, pelo que estar a cercear, logo à partida, a possibilidade de um casal vir a ter filhos, com base numa restrição assente num limite legal máximo, afigura-se-nos desadequado.

Destarte, caberá à Medicina a definição de *protocolos* ou *guidelines* nesta matéria, que possam servir de base indicativa aos respectivos profissionais, que, em seu turno, deverão imprimir uma actuação zelosa e conforme às *leges artis*, que saiba aferir e excluir, em concreto, os casos de risco em função da idade³³⁶.

3. Práticas vedadas pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho

Com efeito, nos moldes apregoados pelo art.º 7.º, n.º1, é proibida a “clonagem reprodutiva”, tendo, assim, como finalidade “criar seres humanos geneticamente idênticos a outros”³³⁷.

³³⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março, *in Diário da República* 2ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2009, *pág. 12458*, considera que a ausência de um limite máximo de idade para acesso à PMA não viola nenhum princípio constitucional. Em acréscimo, tal limite decorre, intrinsecamente, do disposto no art.º 4.º, n.ºs 1 e 2, já que aí se supõe que a mulher esteja em idade fértil para procriar e só na respectiva dificuldade ou nos demais casos de tratamento ou risco de transmissão de doença, recorre às técnicas de PMA.

³³⁶ Cfr. Art.º 11.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “1 - Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico.”; em sentido equivalente dispõe o art.º 3.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, afirmando a *independência da decisão e dos actos do médico*, “1 - O médico, no exercício da sua profissão, é técnica e deontologicamente independente e responsável pelos seus actos. 2 - Em caso algum o médico pode ser subordinado à orientação técnica e deontológica de estranhos à profissão médica no exercício das funções clínicas. (...)”.

³³⁷ Cumpre, no entanto, salientar, que, nesta matéria, o legislador apenas se pronuncia expressamente em relação à clonagem reprodutiva. E tal entendimento surge, desde logo, a propósito da respectiva sanção criminal, prevista no art.º 36.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que remete para a clonagem reprodutiva, e que, supõe, como tal, a implantação do embrião no útero. Por sua vez, nos termos do art.º 9.º, n.º4, al. d), da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, ao permitir a investigação científica através de “Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide”, parece contemplar, aqui,

No que concerne já ao art.º 7.º, n.º2, as técnicas de PMA não poderão ser utilizadas para a selecção de “determinadas características não médicas” com o propósito, assim, de melhorar ou aperfeiçoar o nascituro, incluindo, neste passo, a escolha do sexo, com excepção feita ao previsto no n.º3, nos casos de “doença genética ligada ao sexo” em relação à qual não seja, ainda possível, a detecção por DPN ou DGPI, ou ainda existindo uma necessidade “ponderosa” de “obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.”.

E daqui resulta, desde logo, estar arredada a *selecção de sexo* para fins eugénicos, sociais, familiares, ou outros, confinando-se a sua utilização para domínios exclusivamente médicos (terapêuticos), em patologias ligadas ao sexo (cromossoma X ou Y), não diagnosticáveis em momento pré-implantatório ou pré-natal, e nas hipóteses de *saviour child*, atento, no entanto, aqui, o plasmado no art.º 30.º, n.º2, al. q), que reconduz ao CNPMA a deliberação “caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave.”³³⁸.

Cumprido, ainda, referir que o art.º 7.º, n.º4, impede, também, a aplicação das técnicas de PMA para a criação de “quimeras” ou “híbridos”, e, ao abrigo do n.º5, o DGPI em “doenças multifactoriais”, em que o valor preditivo do teste é reduzido³³⁹.

Por outro lado, de acordo com o prefigurado no art.º 8.º, n.º1, são determinantemente proibidos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, que respeitem à maternidade de substituição³⁴⁰.

Na verdade, trata-se de uma figura, nos termos da qual, e atento o art.º 8.º, n.º2, uma das partes se compromete a suportar uma gestação por conta da outra parte, e, uma vez decorrido o nascimento, a entregar-lhe a criança, “renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”³⁴¹.

necessariamente, os casos de clonagem terapêutica. E, partindo do pressuposto de que tal técnica poderia trazer vantagens, *inter alia*, de ordem regenerativa, parece enquadrar-se nas condições, igualmente, traçadas pelo art.º 9.º, n.º 3, quanto ao “benefício para a humanidade”.

³³⁸ Cfr. Art.º 37.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho; Art.º 14.º, da CDHBio, “Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.”; CNECV, Parecer n.º 51/CNECV/07, “*Diagnóstico Genético Pré-Implantação*”, Abril de 2007, *pág. 4*, ponto 8, indica que, “A utilização do DGPI para seleccionar embriões dadores de células estaminais com o fim de tratar doença fatal de familiar configura um complexo dilema ético em que se considera poder sobrelevar-se o princípio da solidariedade. A sua resolução supõe a análise ponderada das possibilidades terapêuticas oferecidas pelas tecnologias disponíveis, atende à manifestação da vontade dos progenitores e deve ser sempre sujeita à apreciação positiva, caso a caso, por comissão especializada.”, *in www.cnecv.pt*.

³³⁹ Cfr. Art.º 38.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

³⁴⁰ Cfr. Art.º 39.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

³⁴¹ A maternidade de substituição é permitida, de forma gratuita, *v.g.*, na Austrália, Canadá, Grécia e Reino Unido; nesta matéria, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas)! (O Contrato de*

De todo o modo, se tal vier a suceder, dispõe o art.º 8.º, n.º3, a propósito do estabelecimento da filiação, que, “A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”, dando, assim, pleno cumprimento aos ditames previstos no art.º 1796.º, n.º1, do Código Civil, que destaca que, “Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º”³⁴².

A título complementar, indique-se, também, que o art.º 9.º, n.º1, veda a criação de embriões por via de técnicas de PMA, com o “objectivo deliberado” de servir propósitos de investigação científica³⁴³.

Neste passo, a investigação de carácter científico apenas será permitida, uma vez recorrendo aos embriões nas condições apregoadas pelo art.º 9.º, n.ºs 4 e 5, e mantendo o escopo a que preside o n.º2, em sede de “prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões”, “aperfeiçoamento das técnicas de PMA”, ou constituição de centros de criopreservação de células estaminais para fins de transplantação ou terapêuticos. Além disso, o art.º 9.º, n.º3, remete a decisão da investigação científica para o CNPMA, que analisará casuisticamente cada projecto, tomando em apreço, também, os respectivos benefícios para a humanidade³⁴⁴.

Gestação), Coimbra Editora, 1992, págs. 8 e 9; K. SVITNEV, *Legal Control of Surrogacy – International Perspectives, in Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies, ob. cit.*, págs. 149 e ss., “Surrogacy can be defined as bearing a child on request for another family or person. A child, in this case, is born not out of the maternal instinct of the surrogate but due to the commissioning couple’s or individual’s intention to become parents.”. Indica, ainda, duas formas de maternidade de substituição: A *tradicional*, com ovócitos da mãe de substituição, e *gestacional*, quando não exista qualquer vínculo genético com o feto. E, neste caso, acrescente-se, poderá decorrer com gâmetas ou embrião do casal ou de terceiros; VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005, págs. 14 e 31 a 34, fala de maternidade de substituição *genética* e *gestacional*, referindo que, “As hipóteses de mera substituição gestacional, porque não implicam contribuições genéticas alheias ao casal, suscitam menos dúvidas quanto à sua legitimidade em muitos ordenamentos jurídicos”; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials, ob. cit.*, págs. 828 e ss.; RADHIKA RAO, *Surrogacy Law in The United States: The Outcome of Ambivalence, in Surrogate Motherhood: International Perspectives*, (Coordenação de Rachel Cook, Shelley Day Sclater, Felicity Kaganas), Hart Publishing, 2003, págs. 23 e ss., refere-se aos EUA, onde a maternidade de substituição é autorizada em alguns Estados.

³⁴² V., também, RAFAEL VALE e REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008, págs. 483 a 485; PALOMA ARNICHEs, *La Posibilidad de Inscribir en el Registro Civil Español a los Nacidos en el Extranjero, de Una Madre de Alquiler, in Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º31, Julho-Dezembro, Bilbao, 2009, págs. 29 a 41, que refere que já é permitido inscrever no Registo Civil Espanhol uma criança nascida, no estrangeiro, através de maternidade de substituição.

³⁴³ Cfr. Art.º 40.º, da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

³⁴⁴ Cfr. Art.º 9, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados: a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental; b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação; c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação; d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide. 5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.”.

Finalmente, cumpre deixar, ainda, uma breve nota quanto ao disposto no art.º 22.º, n.º1, que proíbe a inseminação da mulher, após a morte do “marido ou do homem com quem vivia em união de facto”, mesmo que este tenha consentido, previamente, na consecução desse acto médico³⁴⁵.

De todo em todo, decorre do art.º 22.º, n.º3, a possibilidade de implantação *post-mortem* de embrião, com vista a dar cumprimento a um projecto parental expressamente previsto “por escrito antes do falecimento do pai” e tendo decorrido o prazo “considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”.

Pela nossa parte, cremos ser válido este tratamento legal distinto, nomeadamente nas circunstâncias em que exista embrião formado, na medida em que, além da consecução de um projecto parental antes estabelecido, está em causa, outrossim, um bem juridicamente tutelado³⁴⁶.

4. Técnicas de PMA e Requisitos do Consentimento Informado

No âmbito da medicina da reprodução têm sido absolutamente prementes os avanços científicos e técnicos dos respectivos procedimentos aplicáveis, sendo, hoje, possível alcançar resultados extraordinários, que se projectam, não apenas no campo da infertilidade, mas também já ao nível do tratamento de patologias graves e na prevenção de transmissão de doenças genéticas.

Importará, assim, analisar-se, de forma breve, as técnicas mais relevantes, tomando, igualmente, em apreço o elenco enunciado no art.º 2.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Com efeito, em regra, antes da utilização das técnicas invasivas de PMA, e, num primeiro intento de resolução do problema de infertilidade, é prescrita uma terapêutica hormonal indutora ou hiperestimuladora da ovulação, com avaliação ecográfica da progressão folicular e analítica dos níveis de estradiol.

Neste contexto, podem indicar-se como referência o *Citrato de Clomifeno*, que é um fármaco modelador selectivo dos receptores de estrogénio; *O Letrozol*, que é um

³⁴⁵ Cfr. Art.º 23.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que, em face da violação do previsto no art.º 22.º, n.º1, determina a paternidade da criança ao falecido.

³⁴⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, 2006, págs. 102 e 89 a 104, referindo, também, que a opção distinta do legislador no art.º 22.º, n.º 3, se justifica segundo o “interesse do embrião”; EDUARDO DANTAS e VERA LÚCIA RAPOSO, *Aspects Juridiques de la Procréation Post Mortem en Perspective Comparative Brésil-Portugal*, in *Revue Générale de Droit Médical*, n.º40, Setembro de 2011, págs. 35 e ss..

inibidor da enzima aromatase; *Gonadotropinas*, aplicadas em virtude de insucesso, resistência ou contra-indicação aos anteriores, sendo administradas por via parentérica, v.g., injeção intramuscular ou subcutânea. Incluem-se, aqui, a *Gonadotropina Coriônica Humana* (hCG), a *Hormona Luteinizante* (LH), actuando ao nível da estimulação ovárica e da maturação dos ovócitos, *Agonistas de GnRH*, que permitem a produção de FSH e LH durante um curto período, sendo úteis para controlar a hiperovulação e o pico endógeno da hormona LH.

Paralelamente à indução ovulatória, é ainda prescrita à mulher a toma de fármacos com o princípio activo da hormona feminina *Progesterona*, por forma assegurar níveis adequados para a manutenção da gravidez³⁴⁷.

Na prática, e com auxílio das técnicas ecográficas, o recurso à relação sexual programada combinada com a hiperestimulação ovárica não é eficaz na maioria dos problemas de infertilidade, pelo que os referidos procedimentos terapêuticos são, depois, complementados com as técnicas *invasivas* de PMA.

E, a este propósito, refira-se a *Inseminação Artificial* (IA), em que é efectuada, por cateter específico, a transferência de espermatozóides para o aparelho reprodutor da mulher, concretamente, para a cavidade vaginal ou intra-uterina, durante o período ovulatório, e uma vez atingida a maturação ovocitária, visando, assim, a fecundação.

Por outro lado, este processo supõe, regra geral, um prévio tratamento do sémen, destinado a separar o líquido seminal e a seleccionar os espermatozóides com mais qualidade ao nível de mobilidade, sobrevivência e morfologia.

A técnica de IA é, sobretudo, utilizada em circunstâncias primárias, cuja infertilidade se apresenta de causa desconhecida, ou decorra, no caso masculino, de oligospermia, estádios de impotência que impeçam a introdução de sémen na vagina, ou, no sector feminino, por factores cervicais, designadamente, acidez do muco, que podem

³⁴⁷ Cfr. R. GONZÁLEZ, N.M. MOLINA, I. CAMPOS, R. MAGÁN, C. RUZAFÁ, *Inducción de la Ovulación y Coito Programado*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, (Coordenação de José Remohí, José Bellver, Roberto Matorras, Agustín Ballesteros, Antonio Pellicer), 4ª Edição, Editorial Panamericana, 2012, págs. 307 a 316; RICHARD O. BURNEY, DANIEL J. SCHUST, MYLENE W.M. YAO, *Infertilidade*, in *Tratado de Ginecología*, ob. cit., págs. 908 a 929; S. DOVEY, R.M. SNEERINGER, A.S. PENZIAS, *Clomiphene Citrate and Intrauterine Insemination: Analysis of More Than 4100 Cycles*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 90, n.º6, 2008, págs. 2281 a 2286; R.T. SCOTT e D. NAVOT, *Enhancement of Ovarian Responsiveness with Microdoses of Gonadotropin-Releasing Hormone Agonist During Ovulation Induction for in vitro Fertilization*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 61, n.º5, 1994, págs. 880 a 885; MP MATA LLÍN, I. ELENO, A. FERNÁNDEZ-PEINADO, C. PARDO, I. BERNABEU, N. CREMADES, JC MARTÍNEZ-ESCORIZA, *Estudio Comparativo del Uso de Agonistas de GnRH vs Antagonistas en Pacientes Normorespondedoras Sometidas a Estimulación Ovárica Controlada en Ciclos de FIV/ICSI*, in *Revista Iberoamericana de Fertilidad y Reproducción Humana*, Vol. 25, n.º1, Janeiro-Fevereiro, 2008, págs. 35 a 41.

neutralizar a passagem e sobrevivência dos espermatozóides, e uterinos, como, por exemplo, a endometriose.

Pode conhecer duas tipologias, *homóloga*, quando o sêmen provém do marido ou de homem com quem viva em união de facto, ou *heteróloga*, nas circunstâncias em seja de dador, devendo, aqui, ser tratado e criopreservado.

Entre nós, refira-se que o art.º 19.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, dita que a inseminação heteróloga só poderá ter lugar, quando, em face dos respectivos conhecimentos técnico-científicos não seja possível garantir a inseminação homóloga.

No que tange à *Fertilização in Vitro* (FIV), indique-se, desde logo, que se trata de uma técnica em que a fecundação ocorre em espaço laboratorial, ou seja, *in vitro*. Para tal, após estimulação ovárica, e atingido o estágio de maturação ovocitária necessário, é efectuada a introdução de agulha por via vaginal, e, com recurso a ecografia, são aspirados os ovócitos directamente dos ovários. Em seu turno, é também efectuada a recolha do sêmen, que será tratado e devidamente seleccionado. Neste seguimento, em cápsula própria, os ovócitos são colocados em contacto com os espermatozóides, para que ocorra a fertilização.

Após a formação do embrião, a implantação é efectuada, sobretudo, por via vaginal, e decorre, em regra, ao 3.º dia, altura em que, no processo de divisão celular, figuram, apenas, 6 a 8 blastómeros, podendo também verificar-se ao 5.º dia, já na fase de blastocisto.

A este propósito, entre nós, e seguindo o entendimento mais dominante em Direito Comparado, são transferidos, regra geral, dois embriões, justamente para evitar gravidez múltipla, que possa, *inter alia*, conduzir à redução fetal³⁴⁸.

Cumprindo indicar que a FIV pode ter aplicação em falha de IA, e, sobretudo, existindo fraca mobilidade dos espermatozóides, patologia tubar, anovulação, lesões uterinas e endometriose.

Também aqui pode decorrer por via homóloga, ou seja, com a utilização de material genético do casal, ou por via heteróloga, circunstância em que entra em palco a dádiva de gâmetas, de um dos sexos, ou de ambos.

³⁴⁸ Em casos mais remotos, porém, o limite máximo será de três embriões; *Cfr.* Art.º 24.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado. 2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.”; no caso do Ordenamento Espanhol, art.º 3.º, n.º2, da Lei 14/2006, de 26 de Maio de 2006, estabelecendo o limite de três, “2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.”.

Por outro lado, no que tange à *Injeção Intracitoplasmática* (ICSI), os procedimentos preparatórios identificam-se com a FIV, e a técnica consiste na microinjeção de um espermatozóide no interior do ovócito (citoplasma), antes preparado em termos laboratoriais, mediante remoção das respectivas células do *cumulus*, assim deixando exposta a zona pelúcida.

Tal como sucede com a FIV, a transferência dos embriões, após cultivo, decorre, por norma, ao 3.º dia de divisão embrionária, podendo, também, ocorrer ao 5.º dia, na presença de blastocisto.

Naturalmente, a ICSI pode ser homóloga e heteróloga, estando reservada, *maxime*, às situações de insucesso das demais técnicas e aos casos de infertilidade grave, *v.g.*, oligozoospermia severa, astenozoospermia, leucocitoespermia, diminuto aporte ovocitário, malformações congénitas das trompas de falópio e estádios de pré-menopausa.

Deixe-se, ainda, a nota que a transferência de gâmetas na IA, e de embriões, na FIV e ICSI, ocorre, essencialmente, por via vaginal, alcançando, assim, o espaço intra-uterino.

Podem, no entanto, referenciar-se, a título mais raro, a GIFT, que consiste na transferência de gâmetas para as trompas de falópio, a ZIFT, no caso de transferência de zigotos (com fusão dos dois pronúcleos), e TET, já tratando-se de embriões (com dois ou mais blastómeros). São, na verdade, técnicas executadas, em regra, por cirurgia laparoscópica, e, como tal, certamente mais invasivas que as demais³⁴⁹.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, faz ainda menção, no art.º 2.º, al. e), ao Diagnóstico Genético Pré-Implantação, que é um procedimento que conta com o auxílio de técnicas laboratoriais de fecundação como a FIV ou a ICSI, merecendo várias aplicações práticas em sede de PMA.

Nos termos do art.º 28.º, n.º1, o DGPI tem como finalidade a identificação de embriões que não sejam portadores de anomalia grave, estando permitida a sua utilização, outrossim, nas circunstâncias previstas no art.º 7.º, n.º3, em respeito a doenças ligadas ao sexo e para efeitos de compatibilidade de grupo HLA (*saviour child*).

³⁴⁹ *Cfr.*, neste contexto, ANTHONY RUTHERFORD, *Infertility*, in *Clinical Obstetrics & Gynaecology*, *ob. cit.*, págs. 75 a 81; CNECV, *Relatório – Procriação Medicamente Assistida* (A. Almeida Santos, M. Reneaud, Rita A. Cabral), Julho de 2004, págs. 5 a 12, in *www.cneqv.pt*; I. SANCHÉZ, D. AMORÓS, F. LUCCO, S. GONZÁLEZ, A. BALLESTEROS, A. PELLICER, *Inseminación Artificial Conyugal*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, *ob. cit.*, págs. 317 a 332; na mesma obra, J. GILES e C. VIDAL, *Fecundación in vitro e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, *ob. cit.*, págs. 341 a 347.

De facto, ante o exposto, verifica-se que o acesso às técnicas de PMA obedece a determinadas exigências clínicas, pressupondo, desde logo, uma prévia terapêutica de carácter ovulatório, vigilância e acompanhamento médico, com recurso, também, ao suporte imagiológico.

Ora, no plano jurídico, o legislador determinou critérios rigorosos para os beneficiários das técnicas de PMA, isto é, para as pessoas casadas ou que vivam em união de facto, e de *sexo diferente*³⁵⁰.

Neste apartado, o art.º 14.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, determina que os beneficiários devem prestar o seu consentimento “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito”, pelo que, ao abrigo do n.º2, a prestação das *informações* necessárias, incluindo os riscos e benefícios e as “implicações éticas, sociais e jurídicas” das técnicas de PMA, será, igualmente, redigida por escrito. O n.º3 estabelece que o conteúdo informativo constará de documento próprio, aprovado pelo CNPMA, através do qual, os beneficiários prestam o seu consentimento. Finalmente, o n.º 4 destaca, ainda, que o respectivo consentimento é revogável, até “ao início dos processos terapêuticos de PMA”³⁵¹.

Com efeito, da interpretação combinada dos art.ºs 6.º, n.º1, e 14.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, verifica-se que o legislador, em sede de consentimento informado, manteve o traço característico da Lei da PMA e do respectivo acesso, ao determinar que o consentimento para a prática global dos actos médicos envolvidos é prestado pelos beneficiários, portanto, enquanto casal, dando, assim, espaço à defesa de um projecto parental.

Em termos subsidiários, impostos pelo art.º 46.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, cumpre, ainda, destacar o art.º 168.º, do Código Penal, que poderia, aqui, ser chamado a intervir, em respeito à protecção da integridade pessoal da mulher na hipótese de procriação artificial não consentida.

³⁵⁰ Cfr. Art.º 6.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho; VERA LÚCIA RAPOSO e ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in *Lex Medicinæ, ob. cit., págs. 101 a 104*.

³⁵¹ Cfr. Art.º 44.º, n.º1, al. d), da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que prefigura enquanto contra-ordenação, “A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14.º”.

5. A Doação de Gâmetas e Embriões na Procriação Medicamente Assistida

Nos termos previstos pelo art.º 10.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, os beneficiários das técnicas de PMA podem recorrer à dádiva de gâmetas e embriões nas circunstâncias em que, de acordo com os conhecimentos médicos e científicos disponíveis, não seja possível a consecução de gestação mediante procriação homóloga³⁵².

De facto, está, assim, cristalizada, também, por esta via, a admissibilidade da dádiva de gâmetas e embriões, pelo que importará analisar, nos seus vários contextos, a especificidade do consentimento informado.

Em respeito aos beneficiários das técnicas de PMA, que, nesse âmbito, recorram à procriação heteróloga, o consentimento segue as regras laminadas no art.º 14.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, exigindo-se que seja livre, esclarecido, e realizado de forma expressa e por escrito, em documento próprio aprovado pelo CNPMA.

Por outro lado, nas hipóteses elencadas no art.º 25.º, n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, em que, enquanto casal, e uma vez decorridos três anos, desejem ser dadores dos embriões constantes do respectivo projecto parental, o respectivo n.º3 faz aplicar necessariamente o regime geral, previsto no art.º 14.º.

E se, neste passo, a questão se apresenta imediata, será relevante perceber os seus contornos no âmbito do dador de gâmetas, entendido este como um terceiro relativamente aos beneficiários que acedem às técnicas de PMA.

Ora, apesar do legislador não ter determinado uma norma específica para o consentimento dos dadores de gâmetas, a verdade é que a sua obrigatoriedade resulta do art.º 42.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que dispõe que, “Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”.

³⁵² Cfr. Art.º 10.º, n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que, em sede de estabelecimento da filiação, “Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer”. Neste sentido, no plano da maternidade, tome-se em consideração, desde logo, o art.º 1796.º, n.º1, do Código Civil, que determina que, “Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º”. Concretamente à paternidade, refira-se o art.º 20.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que dita que, “1 - Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do Código Civil.”. Art.º 21.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, informa que, “O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.”.

Destarte, encontra-se aqui prevista a sanção penal para os casos de violação da integridade física do dador de gâmetas e, na eventualidade destes virem a ser utilizados, do respectivo direito à autodeterminação reprodutiva³⁵³.

No que concerne à sua específica prestação, cremos que deverá obedecer a critérios rigorosos, sendo, portanto, totalmente livre, esclarecido, expresso e redigido por escrito, em documento próprio aprovado pelo CNPMA.

Além disso, cumpre referir que se trata aqui de um consentimento, que, embora se *cumpra* juridicamente com a exclusiva decisão individual do *dador*, temos que, nas hipóteses em que este seja casado, ou viva em união de facto, o cônjuge deverá ser ouvido, atento o valor da família e o dever de respeito, sob pena de ilícito civil³⁵⁴.

Doutro passo, já quanto à natureza do acto jurídico que envolve a *doação* de gâmetas, perfilhamos da orientação doutrinal que reconhece alguns obstáculos à sua plena qualificação como contrato de doação, sendo, na verdade, mais acertado acolher o termo *dádiva* ou *dação*³⁵⁵.

Ora, nos termos do art.º 940.º, n.º1, do Código Civil, indica-se que, “Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente.”.

Com efeito, ante o exposto, verifica-se que o principal elemento que caracteriza a doação reside na *liberalidade*, ou melhor, na intenção liberatória que preside à conduta do doador, e que se encontra, aliás, estreitamente associada à própria gratuitidade do contrato³⁵⁶.

Na dádiva de gâmetas, afigura-se-nos difícil avaliar essa espontaneidade no acto do dador, até porque, embora sendo, em regra, gratuito, existe sempre lugar a uma

³⁵³ Poderia, no entanto, haver lugar, ainda, a responsabilidade civil, atento o art.º 70.º, n.º1, e art.º 483.º, do Código Civil.

³⁵⁴ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., pág. 234, fala de um direito a ser ouvido e de *respeitar, socorrer e auxiliar* o cônjuge, cuja violação poderá determinar o apuramento de responsabilidade civil; num sentido diferente, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Procriação com Dador. Tópicos para uma Intervenção*, in *Procriação Assistida, Colóquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, pág. 35, que supõe o consentimento do cônjuge na hipótese de dação de sémen.

³⁵⁵ Cfr. JOÃO LOUREIRO, *Filho (s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 29 e 30, que utiliza, nomeadamente, a expressão “dação de gâmetas”; RAFAEL VALE e REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, ob. cit., págs. 332 e 333, nota de rodapé 760.

³⁵⁶ Cfr., sobre o contrato de doação, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 8ª Edição, Almedina, 2013, págs. 160 e ss., avançando os seus traços fundamentais, que se centram numa “Atribuição patrimonial geradora de enriquecimento, “Diminuição do património do doador” e “Espírito de liberalidade”.

compensação, monetária, elevada sobretudo no caso de ovócitos, deixando aqui entrever laivos de contraprestação pecuniária³⁵⁷.

Por outro lado, no contrato de doação típico, o doador atribui determinado benefício ao donatário, sendo ambos as respectivas partes do contrato. Acresce, ainda, que a doação comporta um timbre pessoal, sendo *intuitu personae*, isto é, destinada àquele donatário específico e, como tal, intransmissível.

Já em sede dos contratos de *doação* de gâmetas, o dador realiza o contrato com o respectivo Centro de Procriação Assistida e não com os *beneficiários* dessa *doação*.

Em seu turno, e conforme avança o art.º 15.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, o dador efectua a dádiva em regime de anonimato, estando os intervenientes envolvidos nos respectivos procedimentos de PMA obrigados ao dever de sigilo profissional sobre os mesmos e a sua identidade.

Destarte, nos termos abrangidos pelo art.º 15.º, n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, as pessoas nascidas em resultado da aplicação de técnicas de PMA com recurso à dádiva de gâmetas ou embriões, apenas poderão solicitar, junto da competente instituição de saúde, informações de carácter genético, ou, segundo o art.º 15.º, n.º3, requerer, ao CNPMA, da verificação de impedimento legal na hipótese de matrimónio.

Cumprir referir, no entanto, que a condição de anonimato conhece as excepções previstas no art.º 15.º, n.º3, *in fine*, designadamente, nas circunstâncias em que o dador consinta na divulgação da sua identidade, ou no n.º4, mediante decisão judicial, e atentas, aqui, razões ponderosas³⁵⁸.

³⁵⁷ Cfr. JORGE PINHEIRO, *Procriação Medicamente Assistida*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Almedina, 2005, pág. 776, pronuncia-se contra o comércio de gâmetas, referindo, neste contexto, “o princípio da dignidade da pessoa humana” e a aplicação do art.º 280.º, n.º2, do Código Civil.

³⁵⁸ No âmbito do Direito Comparado, mantêm o regime de anonimato de dador, a Espanha, França, Dinamarca, Grécia e Bélgica. Já no plano inverso, podemos destacar o Reino Unido, a Suíça, Holanda, Finlândia, Alemanha e Austrália; Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março, in *Diário da República* 2ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2009, págs. 12462 e 12463, que considera que, entre nós, “um regime mitigado de anonimato dos dadores, não merece censura constitucional.”; JOÃO LOUREIRO, “*O Nosso Pai é o Dador n.º XXX*”: *A Questão do Anonimato dos Dadores de Gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º13, 2010, págs. 36 a 39 e 5 a 42, considera que a expressão “razões ponderosas” a que se refere o art.º 15.º, n.º4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, deverá ser interpretada no sentido de que o conhecimento da identidade do dador pressuponha “fins de tutela da saúde”, avançando, se possível, assim, um “sistema de anonimato em que a mediação seria médica”. Na sua óptica, contudo, o regime de anonimato do dador previsto na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, afigura-se inconstitucional; no mesmo sentido, TIAGO DUARTE, *In Vitro Veritas?, A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003, págs. 44 e ss.; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – Ou a Onnipotência do Sujeito*, in *ROA*, Ano 66, Lisboa, Dezembro 2006, pág. 1028.

Neste pressuposto, na dádiva de gâmetas nem o dador conhece o donatário, ou melhor, os *beneficiários* dos gâmetas, nem estes (e os filhos), conforme se indicou, terão, em regra, acesso à identificação do primeiro³⁵⁹.

De facto, o contrato de *doação* de gâmetas apresenta, assim, relevantes características que exigem uma certa elasticidade quanto à aplicação do regime típico previsto nos art.^{os} 940.º a 979.º, do Código Civil.

Contudo, na ausência de um regime legal que especificamente regule a dádiva de gâmetas, entendemos que poderão aplicar-se os critérios empreendidos no contrato de doação típico, sobretudo, quanto aos vectores da liberalidade e gratuidade, por forma a precluir uma eventual mercantilização reprodutiva, vedada, aliás, entre nós, no art.º 18.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho³⁶⁰.

6. O Diagnóstico Genético Pré-Implantação

A Procriação Medicamente Assistida tem conhecido enormes progressos, dispondo de procedimentos técnicos mais completos e eficazes, sobretudo no que tange ao diagnóstico de patologias em momento pré-natal.

Neste domínio, cumpre referir o Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI), que opera como um complemento ao Diagnóstico Pré-Natal, e destina-se, em regra, a indivíduos com história familiar de anomalias genéticas graves e risco acentuado de transmissão aos respectivos descendentes³⁶¹.

³⁵⁹ V., para aprofundamentos na temática do anonimato, RAFAEL VALE e REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, ob. cit., págs. 424 a 486; *The Right to Know One's Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective*, in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º5, 2008, Kluwer Law International, págs. 779 a 799.

³⁶⁰ Cfr. Art.º 21.º, da CDHBio, “O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.”; Art.º 4.º, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, “O genoma humano no seu estado natural não deverá dar origem a benefícios pecuniários.”, in www.gddc.pt; HELENA PEREIRA DE MELO, *Problemas Jurídicos Suscitados pela Inseminação Artificial com Recurso a Dador de Gâmetas*, in *Genética e Reprodução Humana*, (Coordenação de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo), Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2000, págs. 234 e ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, *Vende-se Gâmeta em Bom Estado de Conservação (O “Obscuro” Mercado das Células Reprodutivas)*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º12, 2009, págs. 56 a 62, refere que a doação de gâmetas se trata de um contrato peculiar, devendo situar-se num plano intermédio entre a doação e a compra e venda. Neste passo, considera que “o dador contrata com o banco de esperma e, de seguida, este último contrata com os utentes das técnicas”, pelo que ali figura uma “doação gratuita”, ainda que compensada, e, no segundo caso, “um negócio jurídico oneroso que, não sendo uma venda, terá no mínimo que ser tomado como prestação de serviços”.

³⁶¹ Cfr. Art.º 29.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Por outro lado, nos termos do art.º 28.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, apresenta como escopo principal a selecção de embriões não portadores de determinada anomalia genética grave antes de serem implantados para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, podendo, ainda, ser utilizado, nas circunstâncias previstas no art.º 7, n.º3, concretamente, existindo risco de doença genética ligada ao sexo, e para efeitos de compatibilidade de grupo HLA³⁶².

Com efeito, verifica-se que, entre nós, o DGPI é apenas utilizado por razões estritamente médicas, mesmo tratando-se da selecção de sexo.

De todo o modo, tendo por base que a funcionalidade e esfera de actuação do DGPI atingem domínios relevantes, e com fortes implicações ao nível ético-jurídico, cumprirá traçar uma análise adequada deste meio de diagnóstico e das suas principais tipologias, destacando, igualmente, a sua projecção ao nível dos Ordenamentos Jurídicos em Direito Comparado.

E, a este propósito, pode, desde já, legar-se a nota de destaque para os casos de violação do dever de informação quanto aos riscos de anomalia genética do embrião, que têm sido palco de forte litigância jurídica, em sede das acções de responsabilidade civil por *wrongful birth* e *wrongful life*.

6.1. Técnicas de Diagnóstico Genético Pré-Implantação

Na verdade, uma vez realizada a terapêutica necessária para a indução da ovulação e maturação ovocitária, efectua-se a punção dos ovócitos (gâmetas ou células germinais/reprodutoras da mulher) a partir da gónada feminina (ovário) e a recolha dos espermatozóides (gâmetas ou células germinais/reprodutoras do homem).

Em seguida, recorrem-se a técnicas laboratoriais específicas para que se dê a fecundação, que na FIV ocorre por fusão da membrana do ovócito com a membrana do espermatozóide, e na ICSI por microinjecção do espermatozóide no interior do ovócito, dando origem ao ovo fecundado ou *zigoto*.

Decorridos 3 dias, o embrião é composto, em média, por 6 a 8 blastómeros, sendo que, ao 4.º dia, é composto por 12 a 16 blastómeros, correspondendo à fase de

³⁶² Cfr. Art.º 28.º, n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, onde se permite o rastreio de aneuploidias nos embriões, com vista a minimizar o risco de alterações genéticas cromossomopáticas, assim incrementando a potencialidade de sucesso das respectivas técnicas de PMA. Já o n.º3 autoriza, também, que o DGPI seja utilizado para fins de estudo de doenças genéticas graves, segundo reconhecimento e aprovação do CNPMA.

mórula no processo de divisão celular. Ao 5.º dia, a mórula dá lugar ao estágio de evolução embrionária denominado de blastocisto.

Normalmente, a análise laboratorial, para efeitos de DGPI, ocorre no 3.º dia, e consiste na *biopsia embrionária* de um ou dois blastómeros, que configuram células estaminais totipotentes, ou seja, sem qualquer tipo de diferenciação e, portanto, capazes de originar todo o tipo de células do ser humano, sendo, aparentemente, inócua a sua extracção³⁶³.

Além desta técnica, cumpre ainda deixar referência à *biopsia do globo polar*, que, embora, muitas das vezes, arredada do conceito próprio ou estrito de DGPI, e com menos critério analítico do respectivo tipo genético em estudo, porquanto analisa apenas o ovócito, e, como tal, o genoma materno, tem servido alguns propósitos diagnósticos neste contexto, tomando espaço no âmbito do processo de divisão celular de meiose ovocitária, designadamente em respeito ao primeiro globo polar, em sede da primeira divisão da meiose, e já do segundo globo polar, na segunda divisão da meiose, e libertado aquando da fecundação.

Nos países cuja legislação determina uma rigorosa protecção do estatuto do embrião, como na Suíça e Itália, o diagnóstico de patologias genéticas, em PMA, tem contado apenas com a biopsia do globo polar, a qual, será, necessariamente, efectuada antes da fusão dos dois pronúcleos, materno e paterno, estando, em geral, circunscrita, ao primeiro globo polar³⁶⁴.

³⁶³ Cfr. MÁRIO SOUSA, VII Reunião de Núcleos/Centros de Diagnóstico Pré-Natal, Associação Portuguesa de Diagnóstico Pré-Natal, subordinada ao tema *Clonagem & Células Estaminais*, parte I, págs. 1 a 5 e partes II e III, 2005, in www.apdpn.org.pt; ALAN R. THORNHILL, *Cleavage-Stage Embryo Biopsy*, in *Practical Manual of In Vitro Fertilization, Advanced Methods and Novel Devices*, (Edição de Zsolt Peter Nagy, Alex C. Varghese e Ashok Agarwal), 1ª Edição, Springer, 2012, págs. 461 a 471, e, da mesma obra, STEVEN J. McARTHUR, DON LEIGH, MARIA TRAVERSA, JAMES MARSHALL e ROBERT P.S. JANSEN, *Embryo Biopsy for PGD: Current Perspective*, págs. 473 a 481, referindo, no entanto, as vantagens da biopsia de células da trofoectoderme, na fase de blastocisto, ao 5.º e 6.º dias; V., ainda, JACQUES COHEN, DAGAN WELLS e SANTIAGO MUNNÉ, *Removal of 2 Cells from Cleavage Stage Embryos is Likely to Reduce the Efficacy of Chromosomal Tests that are Used to Enhance Implantation Rates*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 87, n.º3, 2007, págs. 496 a 503.

³⁶⁴ Cfr., nesta temática, BRUNO IMTHURN, JOSEF ACHERMANN, MARIANNE KLUG ARTER e ERVIN MACAS, *Preimplantation Diagnosis in Switzerland – Birth of a Healthy Child After Polar Body Biopsy*, in *Swiss Medical Weekly*, n.º134, 2004, págs. 259 a 261, in www.smw.ch; M. CRISTINA MAGLI, LUCA GIANAROLI, ANNA P. FERRARETTI, MARCO TOSCHI, FRANCESCA ESPOSITO e M. CARMEN FASOLINO, *The Combination of Polar Body and Embryo Biopsy Does Not Affect Embryo Viability*, in *Human Reproduction*, Vol. 19, n.º5, 2004, págs. 1163 a 1169.

6.2. Consentimento Informado em DPN e DGPI

O art.º 14.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, determina que o consentimento deve ser prestado pelos *beneficiários*, portanto, pelo casal, de modo *livre, esclarecido, expresso e por escrito*, em face do “médico responsável”.

Ora, no contexto em análise, levanta-se o problema do consentimento, de um lado, para as técnicas de PMA, e, de outro, para a realização de DGPI.

Na verdade, tratando-se, contudo, de actos sitos em fases distintas ou sequenciais, a prática tem remetido para um único documento o consentimento informado para a FIV e ICSI, e para o DGPI, devendo o mesmo ser aprovado pelo CNPMA, e assinado por ambos os *beneficiários*, nos moldes do art.º 14.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho³⁶⁵.

Por conseguinte, temos que, no que concerne ao sentido de conjunto PMA e DGPI, resulta da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que o consentimento informado apenas se *cumpr*e juridicamente com a decisão do *casal*.

Tal apontamento, evidencia, de imediato, uma substancial diferença em relação ao DPN *latu sensu*, na medida em que os respectivos exames, e, caso seja, a interrupção da gravidez, apenas exigem o consentimento da mulher, nada obstando, contudo, que o cônjuge possa ser ouvido nesse espaço decisório, em respeito ao dever de lealdade e ao valor da família³⁶⁶.

A este propósito, Guilherme de Oliveira considera que, em DPN, os procedimentos invasivos são aplicáveis, exclusivamente, em direcção à mulher, apesar de poderem, também, comportar riscos para o feto.

Todavia, mesmo nesta circunstância última, que poderia relevar algum peso ao futuro progenitor, defende que, em DPN, a grávida tem, de facto, um papel mais actuante no “projecto de filiação” e na gestação, sobretudo estando em apreço o direito à vida e a protecção da sua saúde, o que lhe confere, portanto, um “direito prevalecente” uma vez existindo colisão de vontades.

³⁶⁵ Cfr. CNPMA, *Fertilização in Vitro ou Microinjeção Intracitoplasmática de Espermatozoides para Diagnóstico Genético Pré-implantação - Consentimento Informado*, Maio de 2012, págs. 1 a 3.

³⁶⁶ Cfr. Art.º 142.º, n.º4, do Código Penal; Despacho 5411/97, 2ª série, do Ministério, da Saúde, n.º3, als. c) e d).

Por conseguinte, encontra-se, neste passo, justificado conferir à mulher a respectiva autonomia jurídica quanto aos procedimentos executados em DPN³⁶⁷.

De facto, no que tange ao DGPI, com recurso a técnicas de FIV e ICSI, entendemos que os problemas envolvidos atingem uma dimensão repartida e horizontal, entrando directamente na esfera do homem, que, assim como a mulher, tem uma actuação mais vincada no projecto parental, a qual poderá, igualmente, passar pela recolha e utilização dos seus gâmetas³⁶⁸.

E, neste contexto, indique-se, aliás, o art.º 42.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que prefigura que, “Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”, assim afirmando a protecção, nos dois casos, da respectiva integridade pessoal e do direito de autodeterminação de planeamento familiar.

Cumprindo, ainda, destacar que, sendo o DGPI destinado, em regra, à identificação de embriões que não sejam portadores de anomalia grave, a respectiva prestação da informação ao *casal*, ainda que por formulário, deverá ser completa, indicando, nomeadamente, os riscos de insucesso das técnicas de PMA e a importância da confirmação dos resultados de DGPI em sede de DPN³⁶⁹.

Por outro lado, revela-se também necessário que o médico responsável se certifique que o processo informativo foi eficaz, ou seja, que os *beneficiários* ficaram devidamente esclarecidos, tomando, como tal, em apreço o critério do paciente concreto³⁷⁰.

³⁶⁷ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações Jurídicas do Conhecimento do Genoma*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 132 e 133, e, nessa obra, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, págs. 227 e 228; ELISABETH HILDT, *Autonomy and Freedom of Choice in Prenatal Genetic Diagnosis*, in *Medicine, Health Care and Philosophy, A European Journal*, Vol. 5, 2002, Kluwer Academic Publishers, pág. 70.

³⁶⁸ Cfr. CNECV, Parecer n.º 44/CNECV/04, *Procriação Medicamente Assistida*, Julho de 2004, pág. 5, ponto 19, informa que “o embrião originado *in vitro* deverá fazer sempre parte de um projecto parental.”, in *www.cneqv.pt*; YOSI GREEN, *Informed Consent for Treatment of Fertility*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, ob. cit., págs. 56 e ss., refere que, “There is no dispute that the treatment consent form is designed solely for consenting to treatment. Yet, since both spouses are involved in the act of procreation on various levels, mutual consent is warranted.”

³⁶⁹ Cfr. CNECV, Parecer n.º 51/CNECV/07, “*Diagnóstico Genético Pré-Implantação*”, Abril de 2007, pág. 3, ponto 5, “A utilização do DGPI deverá obedecer sempre ao princípio do consentimento informado, o qual deve ser precedido de aconselhamento genético. Este deverá fornecer, de modo claro e compreensível, toda a informação necessária para a tomada de decisão pelos progenitores, nomeadamente sobre os procedimentos, taxas de êxito, consequências e alternativas disponíveis, assim como de avaliação e acompanhamento psicológico.”, in *www.cneqv.pt*.

³⁷⁰ V., também, sobre o dever de informação em PMA e DGPI, JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, ob. cit., págs. 313 a 344.

6.3. A Regulação Jurídica da PMA e do DGPI nos diferentes Ordenamentos Jurídicos

No plano de Direito Comparado, o Reino Unido surge como pioneiro em vários domínios da procriação assistida, importando aqui referir, desde logo, o caso de *Louise Brown*, nascida em 1978, e que foi, precisamente, o primeiro ser humano concebido através da técnica de *Fertilização in Vitro*, sendo que, no que concerne já ao DGPI, embora algumas abordagens iniciais remontem a finais da década de 80, o caso de destaque é o de *Chloe O'Brian*, que, em 1992, foi a primeira criança a nascer na sequência dessa tipologia de diagnóstico. O acesso ao DGPI, nesta circunstância última, deveu-se ao facto de que os seus pais eram portadores assintomáticos de Fibrose Quística, pelo que existia risco de transmissão à descendência. Neste passo, através da análise do DNA das células embrionárias, foi possível seleccionar o embrião saudável a ser implantado no útero³⁷¹.

As implicações éticas e jurídicas derivadas do nascimento de *Louise Brown* e o avanço progressivo das técnicas de PMA impulsionaram a formação do *Committee Warnock*, sob coordenação de Mary Warnock, daqui surgindo, em 1984, a emissão de um relatório específico, contendo princípios e critérios que sugeriam a necessidade de regulação da PMA³⁷².

Destarte, actualmente, a procriação medicamente assistida é regulada, de forma exaustiva e detalhada, pelo *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990, revisto pelo *Human Fertilisation and Embriology Act* de 2008, sendo que os centros ou clínicas que a pratiquem têm que estar devidamente autorizados, possuindo, assim, o licenciamento emanado pela *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA), entidade que coordena e regula o funcionamento das respectivas actividades de tratamento de infertilidade e investigação embrionária, dispendo, igualmente, de um “*Code of Practice*”, na sua 8ª edição³⁷³.

³⁷¹ Cfr. EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 762 a 770; COLIN GAVAGHAN, *Defending The Genetic Supermarket: Law and Ethics of Selecting The Next Generation*, Biomedical Law and Ethics Library, Series Editor, Sheila A.M. McLean, 2007, págs. 5 a 9, que refere que, “Chloe O'Brian was not ‘designed’ by her parents. Rather, she – or perhaps we would say, the embryo that became Chloe – was selected from a number of candidates, but nothing at all was done to alter her genetic composition.”

³⁷² Cfr. *Department of Health & Social Security, Report Of The Committee of Inquiry into Human Fertilisation And Embriology*, Chairman:- Dame Mary Warnock, 1984, in www.hfea.gov.uk.

³⁷³ No Reino Unido, a reprodução *post-mortem* é permitida desde que tenha havido expresse consentimento nesse sentido. Tal resulta da alteração operada pelo HFE Act de 2008, na Secção 39, sendo homóloga, e 40, se houve doação de esperma, ovócitos ou embrião. Por outro lado, a maternidade de

Em termos sumários, permite-se o acesso ao DGPI para circunstâncias em que exista sério risco de nascimento de criança com deficiência ou doença grave, ainda que possa vir a desenvolvê-la tardiamente. Admite-se a selecção de sexo apenas por razões estritamente médicas, nomeadamente em patologias relativas ao cromossoma X ou Y, e também a utilização de DGPI para fins de obtenção de grupo HLA³⁷⁴.

No que concerne ao Ordenamento Espanhol, o DGPI vem previsto no art.º 12.º, da Lei 14/2006, de 26 de Maio, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, que, nos termos do respectivo n.º1, al. a), autoriza a sua utilização para efeitos de detecção de anomalias hereditárias graves não susceptíveis de tratamento em fase pós-natal, ou, já em sede da al. b), de alterações de outra etiologia, que possam comprometer a viabilidade do embrião. Por outro lado, ao abrigo do art.º 12.º, n.º2, admite-se a aplicação do DGPI para determinação de compatibilidade de grupo HLA, estando, no entanto, sujeita, em cada caso concreto, a autorização expressa por parte da Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Por outro lado, a partir da interpretação dos art.ºs 12.º, n.º1, e n.º 2, 1ª parte, e 26.º, n.º2, al. c), n.º 10ª, tem-se admitido, com particular cautela, que o DGPI possa ser aplicado, também, para efeitos de selecção de sexo por razões exclusivamente terapêuticas, a propósito de doenças genéticas ligadas um dos cromossomas, e mediante decisão favorável da Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida³⁷⁵.

substituição, desde que gratuita, não se encontra vedada, conforme resulta do *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, Secção 2. De todo o modo, segundo a Secção 33 (1), do HFE Act de 2008, “The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.”. Neste passo, o processo de reconhecimento parental será feito, por via judicial, através das chamadas Parental Orders, previstas nas respectivas Secções 54 e 55, e conquanto que estejam preenchidos os respectivos requisitos aí contemplados, entre os quais, cumpre destacar a necessidade de vínculo genético entre a criança e um dos membros do casal. Refira-se que está vedada a clonagem reprodutiva, facto que se decanta a partir de várias disposições do HFE Act de 2008. Desde logo, da Secção 1 e Secção 3 (2), considerando apenas possível a implantação de “permitted embryo”, que a Secção 3 (5) define como aquele que, “it has been created by the fertilisation of a permitted egg by permitted sperm”.

³⁷⁴ Cfr. Secções 13 (8) a (11); Schedule 2, 1 ZA, do HFE Act e T86 a T91, do *Code of Practice*, 8ª Edição, in www.hfea.gov.uk; STEPHEN WILKINSON, *Sexism, Sex Selection and ‘Family Balancing’*, in *Medical Law Review*, Vol. 16, n.º 3, 2008, págs. 369 a 389; JAY STONE, *First ‘saviour sibling’ stem cell transplant performed in UK*, in *BioNews*, n.º 590, 10 de Janeiro de 2011, in www.bionews.org.uk; JO SAMANTHA & ASH SAMANTHA, *Medical Law*, ob. cit., págs. 229 a 233; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, ob. cit., págs. 345 a 385.

³⁷⁵ Cfr. Art.º 26.º, n.º2, al. c), “Son infracciones muy graves”, 10ª, “La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.”; Refira-se, igualmente, que o art.º 13.º permite a aplicação de técnicas terapêuticas no pré-embrião, conquanto que reunidas as condições aí plasmadas e estejam em causa finalidades terapêuticas, como o tratamento de certa patologia ou prevenção da sua transmissão. Em termos gerais, cumpre indicar que, em respeito ao art.º 3, n.º2, figura o limite máximo de três embriões a ser transferidos por cada ciclo. Nota de relevo para a possibilidade de “produção independente” por parte da mulher, que, conforme dita o art.º 6.º, n.º 1, poderá, livremente, aceder às técnicas de PMA. Se a mulher receptora estiver casada com pessoa do mesmo sexo,

Legue-se, ainda, uma importante referência ao Ordenamento Francês, regulado pelos art.^{os} L2131-4 a L2131-4-2, do *Code de La Santé Publique*, alterado pela *Loi n.º 2011-814 du 7 Juillet 2011 relative à la bioéthique*, onde vêm estabelecidos critérios exigentes e apertados para o DGPI, tendo lugar, em regra, no espaço diagnóstico, quando exista forte risco de transmissão de doença genética grave e incurável e para efeitos de compatibilidade de grupo HLA³⁷⁶.

No Ordenamento Italiano, a *Legge 40/2004*, de 19 de Fevereiro, relativa a “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, por via do seu art.º 13.º, n.ºs 1 e 2, aparenta vedar o DGPI, na medida em que a *investigação embrionária* só é permitida nos casos onde se prossigam finalidades terapêuticas e diagnósticas que protejam a saúde ou o desenvolvimento do *próprio* embrião e na ausência de outros procedimentos ou técnicas alternativos, pelo que, para aquele propósito, teria, somente, lugar a biopsia do primeiro globo polar³⁷⁷.

Por outro lado, também o disposto no art.º 14.º, n.º1, da *Legge 40/2004*, de 19 de Fevereiro, ao proibir, em termos gerais, a criopreservação e destruição de embriões, e o art.º 14.º, n.º2, ao prever, em corolário, a obrigatoriedade de transferência de todos os embriões criados, até ao limite de três em cada ciclo, e, acrescente-se, independentemente da sua qualidade e características específicas, *esvazia*, por completo, o sentido mais prático que, neste domínio, pudesse, ainda, restar quanto a um eventual

é permitido o respectivo estabelecimento da filiação, nos moldes previstos no art.º 7.º, n.º3. Por outro lado, está, ainda, autorizada a inseminação *post-mortem* nos termos do art.º 9.º, n.º2, desde que figure consentimento prévio, e a mesma decorra nos 12 meses subsequentes ao falecimento. Naturalmente, proíbe-se a clonagem reprodutiva, ao abrigo do art.º 1.º, n.º3, e a maternidade de substituição, conforme convoca o art.º 10.º, n.º1, determinando a nulidade do contrato. V. FERNANDO ABELLÁN e JAVIER SÁNCHEZ-CARO, *Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida, Manual de Casos Clínicos*, Comares, 2009, págs. 27 a 76 e 187 a 224; FERNANDO ABELLÁN, *Selección Genética de Embriones, Entre la Libertad Reproductiva y la Eugenesia*, Comares, 2007, págs. 17 a 66.

³⁷⁶ Cfr. L2131-4,“(…) Le diagnostic préimplantatoire n’est autorisé qu’à titre exceptionnel dans les conditions suivantes: Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal (…) doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d’une maladie génétique d’une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.”; L2131-4-1, fazendo prever, em respeito ao grupo HLA, a possibilidade de *saviour sibling*. Num plano geral, proíbe-se a reprodução *post-mortem*, como se extrai do art.º L-2141-2, e a clonagem reprodutiva e terapêutica, já nos moldes acolhidos pelos art.^{os} L2151-2 a L2151-4. Também a maternidade de substituição se encontra vedada, tal-qualmente resulta do art.º 16-7, do Código Civil Francês, “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle.”.

³⁷⁷ Cfr. Art.º 13.º, da *Legge 40/2004*, de 19 de Fevereiro, “1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.”. Nos termos do art.º 13.º, n.º3, al. b), encontra-se proibida qualquer tipo de experimentação embrionária para fins eugénicos, e, na al. c), a clonagem reprodutiva e no âmbito de investigação. Encontra-se também vedada a PMA heteróloga, atento o art.º 4, n.º3, e a reprodução *post-mortem*, já em face do art.º 5.º, do respectivo diploma legal.

resultado positivo de anomalia genética, na sequência, v.g., de biopsia embrionária, ainda que em sede do art.º 13.º, n.º2, da *Legge* 40/2004, de 19 de Fevereiro³⁷⁸.

De todo em todo, importa referir que a sentença da Corte Costituzionale n.º 151/2009, de 13 de Maio, veio considerar inconstitucional o plasmado no art.º 14.º, n.º2, da *Legge* 40/2004, de 19 de Fevereiro, e eliminou a parte final que estabelecia um número máximo de embriões criados a serem implantados no curso do respectivo ciclo, fazendo autorizar, pelo menos *a latere*, a possibilidade de criopreservação de embriões³⁷⁹.

Em relação já ao Ordenamento Alemão, o DGPI, no que concerne à técnica de biopsia embrionária de blastómeros correspondentes a células totipotentes, tem sido determinantemente vedado, atendendo à Lei de Protecção do Embrião, de 13 de Dezembro de 1990, (*Embryonenschutzgesetz*), apenas se realizando, neste terreno da PMA, a biopsia do globo polar³⁸⁰.

Não obstante, recentemente, a decisão do BGH Alemão, 5 StR 386/09, de 6 de Julho de 2010, ao entender que a biopsia de células pluripotentes, na fase de blastocisto, no âmbito do diagnóstico de doenças genéticas graves, visando, *in fine*, o nascimento de

³⁷⁸ Cfr. Art.º 14.º, da *Legge* 40/2004, de 19 de Fevereiro, “1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre; 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile. (...)”. Atente-se, outrossim, no n.º 3 do artigo em epígrafe, que plasma que, em caso de impossibilidade de implantação do embrião por motivos de força maior, em face do estado de saúde da mulher, é, *excepcionalmente*, admissível, a criopreservação dos embriões em curso, até estarem reunidas as respectivas condições de transferência; Cfr., ainda, JOHN A. ROBERTSON, *Protecting Embryos and Burdening Women: Assisted Reproduction in Italy*, in *Human Reproduction*, Vol. 19, n.º 8, 2004, págs. 1693 a 1696, indica que, apesar da biopsia embrionária não ser ilícita, designadamente nas circunstâncias previstas, não é permitida a selecção de embriões (*in vitro*) portadores de anomalia genética com o propósito de os descartar antes da transferência para o útero.

³⁷⁹ Na verdade, com a sentença da Corte Costituzionale n.º 151/2009, de 13 de Maio, a criopreservação de embriões deixa de comportar um papel meramente residual, nos termos apregoados pelo art.º 14.º, n.º3, da *Legge* 40/2004, de 19 de Fevereiro, havendo, agora, relativa flexibilidade na sua utilização; Cfr., também, EMILIO DOLCINI, *La Legge Sulla Fecondazione Assistita Oggi, Tra Giurisprudenza Di Merito e Corte Costituzionale*, no Seminário “*La fecondazione assistita: prospettive ed incertezze dopo Corte cost. n.438/2008 e Corte cost.n.151/2009: tutela dell'embrione e del feto nel diritto italiano ed il ruolo dell'agjurisprudenza di legittimità civile e penale*”, CSM, Roma, 17 settembre 2009, págs. 1 a 13, in www.personaedanno.it.

³⁸⁰ Cfr. § 8 (1) da *Embryonenschutzgesetz*, a propósito da definição de embrião, “Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes (...) jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag.”. Refira-se, ainda que, que ao abrigo do § 1 (3), se estabelece o máximo de três embriões criados para implantação. Por outro lado, está, igualmente, proibida a maternidade de substituição, em sede do § 1 (1), n.º7, e a reprodução *post-mortem*, já segundo o respectivo § 4 (1), n.º3.

uma criança saudável, não feria a actual Lei de Protecção do Embrião, fazia pronunciar uma alteração relevante na regulação jurídica da procriação medicamente assistida, que viria a ocorrer a 7 de Julho de 2011, data em que foi aprovada pela maioria dos membros do Parlamento (*Bundestag*) a utilização limitada, a esse nível, do DGPI, nomeadamente em situações de histórico familiar de doenças genéticas graves e risco de transmissão à descendência, sem prejuízo da necessária aprovação, por um comité de ética, de cada caso concreto³⁸¹.

Em respeito à Suíça, deixe-se uma breve referência de que a *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, de 18 de Dezembro de 1998, no seu art.º 5.º, n.º3, proíbe, inevitavelmente, a utilização do DGPI, ao dispor que, “*Le prélèvement d’une ou plusieurs cellules sur un embryon in vitro et leur analyse sont interdits*”, ou seja, não é permitida a técnica de remoção de uma ou mais células de um embrião criado *in vitro* para posterior análise, figurando, assim, no âmbito do diagnóstico de anomalias congénitas detectáveis em PMA, margem, apenas, para a execução da biopsia do globo polar³⁸².

Nos EUA não existe regulamentação federal expressa a propósito do DGPI, pelo que normalmente o espaço decisório compete a cada Estado *per se*³⁸³. Em regra, além da finalidade primacial do DGPI, é também frequente a sua utilização para obtenção do grupo HLA, no terreno respeitante ao *saviour sibling*, para efeitos de utilização do

³⁸¹ Cfr. Lei de Regulação de Diagnóstico Pré-Implantação (*Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*); §3a da *Embryonenschutzgesetz - Präimplantationsdiagnostik*; in www.bundesgerichtshof.de, www.bundestag.de e www.bundesrat.de; KATRIN VAN DER VEN, MARKUS MONTAG e HANS VAN DER VEN, *Polar Body Diagnosis – A Step in The Right Direction?*, in *Deutsches Ärzteblatt International*, 105 (11), Março de 2008, págs. 190 a 196, in www.aerzteblatt.de; SUSANNE BENÖHR-LAQUEUR, *Fighting in The Legal Grey Area: An Analysis of The German Federal Court of Justice Decision in Case Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Poiesis & Praxis*, Vol. 8, n.º1, 2011, págs. 3 a 8.

³⁸² Refira-se, ainda, que na Áustria o DGPI não está autorizado, conforme se extrai do § 9 (1) da Lei sobre Medicina Reprodutiva, n.º275 de 4 de Junho de 1992, (*Fortpflanzungsmedizingesetz*), embora se admita a investigação de células embrionárias, com o propósito de alcançar (induzir) a gravidez; No plano Europeu, o DGPI está proibido, igualmente, na Irlanda, atento o art.º 40, n.º3 (3) da Constituição da Irlanda. Por outro lado, é admitido na Dinamarca, Noruega e Finlândia, sobretudo em casos de grave patologia, incurável, e, em circunstâncias pontuais, de compatibilidade de grupo HLA. Na Holanda, embora não figure uma disposição legal específica, tem-se autorizado o DGPI em casos de diagnóstico genético de anomalia grave, na selecção de sexo por indicação estritamente médica, e *saviour sibling*; Cfr. BRUNO IMTHURN, JOSEF ACHERMANN, MARIANNE KLUG ARTER e ERVIN MACAS, *Preimplantation Diagnosis in Switzerland – Birth of a Healthy Child After Polar Body Biopsy*, in *Swiss Medical Weekly*, *ob. cit.*, págs. 259 a 261; Conselho da Europa, *Background Document on Preimplantation and Prenatal Genetic Testing*, Clinical Situation, Legal Situation, 2010, págs. 17 e ss., in www.coe.int; ISABEL KARPIN e KRISTIN SAVELL, *Perfecting Pregnancy, Law, Disability, and The Reproduction*, Cambridge University Press, 2012, págs. 157 a 164 e 225 a 238.

³⁸³ A este propósito, verifica-se, apenas, e muito lateralmente, a fiscalização ou coordenação por agências federais, como a FDA, de algumas questões de segurança nos produtos utilizados em DGPI ou DPN; No Canadá, é autorizado o DGPI, estando vedada a selecção de sexo por motivos não médicos – Art.º 5, n.º1, al. e), do *Assisted Human Reproduction Act*, de 2004.

sangue do cordão umbilical do recém-nascido para tratamento ou cura do irmão doente, através, v.g., de transplante de medula óssea. Doutro passo, é igualmente admissível, no geral, a selecção de sexo para fins não médicos, sejam eles de carácter social, económico, cultural, ou até para um maior equilíbrio familiar ou “*family balancing*”, em casais que tenham um número grande de filhos do mesmo sexo. Por sua vez, o DGPI surge, ainda que escassamente, em circunstâncias invulgares, conhecidas como “*selecting for disability*”, em que, por razões várias, os futuros progenitores, por via da selecção de um embrião com determinada anomalia genética, visam que o recém-nascido seja portador ou venha a desenvolver uma concreta deficiência ou patologia, como, por exemplo, surdez, nanismo ou *Síndrome de Down*³⁸⁴.

6.4. O Contexto Prático e Funcionalidades do DGPI

O DGPI consiste, essencialmente, num meio de diagnóstico que permite a identificação de embriões não portadores de anomalia grave antes da sua implantação para a cavidade uterina.

À parte desta função tradicional, o seu espectro de actuação tem conhecido um forte alargamento, estendendo-se a outros domínios, que mantêm, contudo, uma finalidade terapêutica, como a selecção de sexo em virtude de risco de doença cromossomopática e as hipóteses de histocompatibilidade de grupo HLA ou *saviour child*.

De todo em todo, a diversidade de técnicas que presidem ao DGPI e a sua potencial aplicabilidade noutros contextos faz entrever preocupações várias, que obrigam a uma regulação específica e rigorosa no plano jurídico, por forma a prevenirem-se utilizações abusivas, como nos casos de “*design child*” e “*selecting for disability*”.

Por conseguinte, importa, assim, efectuar-se uma análise da dimensão prática do DGPI, que permitirá apurar o traçado deste diagnóstico para efeitos de eventual responsabilidade civil, especialmente por *wrongful birth* e *wrongful life*.

³⁸⁴ Cfr. SUSANNAH BARUCH, *Preimplantation Genetic Diagnosis and Parental Preferences: Beyond Deadly Disease*, in *Houston Journal of Health Law & Policy*, Vol. 8, n.º2, 2008, pág. 255, indica que, em estudo recente, quatro clínicas de FIV Estado-Unidenses, correspondentes a 3% de todas clínicas do mesmo tipo em todo o País, realizaram DGPI com propósitos selectivos para identificar a presença de específica anomalia, como seja *surdez* ou *nanismo*.

6.4.1. Diagnóstico de Anomalias Graves

A maioria dos Ordenamentos Jurídicos que autoriza o DGPI determina, a propósito da sua finalidade principal, o preenchimento do requisito de *elevado* ou *significativo* risco de anomalia grave.

De facto, entre nós, o art.º 28.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, indica, precisamente, que o DGPI se destina à identificação de embriões não portadores de anomalia grave, pelo que já o art.º 7.º, n.º3, 1ª parte, refere-se, especificamente, a doença genética.

Na verdade, não existe um elenco padrão que permita, assim, enquadrar as doenças de maior ou menor gravidade.

E tal justifica-se, desde logo, porque essa qualificação, mais do que ditada pela experiência clínica ou por dados científicos, teria que passar, essencialmente, por outros critérios, eventualmente consonantes com as circunstâncias de tempo e de lugar, a estrutura de cuidados de saúde e de terapêutica disponíveis, a própria perspectiva dos progenitores e a presumível qualidade de vida da criança.

A este respeito, saliente-se o entendimento propugnado no relatório sobre DGPI apresentado ao CNECV, que reconduz a questão da gravidade de saúde a uma dimensão subjectiva, tomando em apreço o “melhor interesse para o ente que irá nascer” e, com ele, o previsível sofrimento do nascituro, as suas limitações funcionais e a idade de manifestação da respectiva patologia.

Por outro lado, considera, igualmente, que também partindo do lado dos futuros progenitores, se poderão recolher elementos quanto ao conceito de gravidade aqui em apreço, especialmente se algum deles ou outro familiar directo tenha padecido de certa patologia, havendo, assim, um contacto directo com a sua dimensão e consequências.

Neste seguimento, afirma que deverão ser, aqui, descartados factores concernentes aos custos dos tratamentos e motivações médicas, concluindo que a questão deverá obedecer a um necessário “consenso sócio-cultural”³⁸⁵.

Em seu turno, Vera Lúcia Raposo, embora reconhecendo a importância da concepção subjectiva, entende que esta deverá ser articulada com outros elementos, designadamente, o factor social, já que o que nascituro não viverá de forma isolada, e condições totalmente objectivas, assentes no grau de risco da alteração genética vir a

³⁸⁵ Cfr. CNECV, *Relatório Sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”* (Fernando J. Regateiro), n.º 51, Abril de 2007, pág. 16, in www.cneqv.pt.

causar certa patologia, o tipo de sintomatologia, e “o lapso temporal entre o surgimento da doença e a morte”³⁸⁶.

Pela nossa parte, entendemos que a noção de gravidade de doença que medeia o DGPI terá que obedecer a vários factores que permitam alcançar a sua plena abrangência em todas as situações.

Naturalmente que os critérios objectivos, constantes de dados científicos e técnicos poderão servir como ponto de partida, sobretudo, para determinadas patologias, cujas características apontam, assim, claramente no sentido da sua gravidade, tida, portanto, num plano geral.

De todo o modo, o caminho para resolução do problema parece exigir, também, a necessária conjugação de um critério subjectivo, afecto ao nascituro e aos pais que acedem ao DGPI, a par com a análise do respectivo contexto social³⁸⁷.

Trata-se, com efeito, de uma avaliação difícil e que, entre nós, merece uma análise casuística por parte da CNPMA, tal-qualmente se retira do art.º 30.º, n.º2, al. f), da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Na verdade, o DGPI tem sido utilizado no diagnóstico de várias anomalias, contando com técnicas laboratoriais como a “*polymerase chain reaction*” (PCR), normalmente, utilizada em sede de ICSI e a “*fluorescence in situ hybridization*” (FISH), no caso de FIV e ICSI. Entretanto, foi, igualmente, desenvolvida a CGH, ou hibridação genómica comparativa, relevante, sobretudo, no estudo de alterações estruturais de ordem cromossomopática, através da biopsia de apenas uma célula (blastómero).

Em termos sumários, pode referir-se que o DGPI tem sido aplicado no diagnóstico de patologias de carácter monogénico, ou seja, quando a anomalia se consubstancia na alteração de apenas um gene.

³⁸⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade, O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião in vitro*, Vol. II, FDUC, Coimbra, 2012, págs. 197 a 202.

³⁸⁷ Cfr. ROSAMUND SCOTT, *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, ob. cit., págs. 205 a 246, considera que tanto a noção de risco, como a de gravidade da doença assentam sobretudo num critério subjectivo, designadamente, nos interesses do nascituro. De todo o modo, analisa algumas das recomendações traçadas pela HFEA e HGC. Com efeito, deve, assim, considerar-se, desde logo, a perspectiva do casal que acede ao DPN ou DGPI, em busca de tratamento médico e diagnóstico; o previsível sofrimento da criança em virtude da doença; as limitações de carácter intelectual; a existência de suporte social; o respectivo contexto familiar, tomando em apreço a existência de outros filhos no respectivo agregado; A disponibilidade dos meios de tratamento actuais e futuros; avaliação da progressiva diminuição da qualidade de vida; a experiência anterior dos progenitores em termos reprodutivos; ISABEL KARPIN e KRISTIN SAVELL, *Perfecting Pregnancy, Law, Disability, and The Reproduction*, ob. cit., págs. 69 a 100 e 118 a 135, para desenvolvimentos sobre avaliação do grau de risco e severidade da doença, no Reino Unido e Austrália; HFEA e HGC, *Outcome of the Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis*, Novembro de 2001, in www.hfea.gov.uk.

Neste terreno, podem considerar-se as doenças monogénicas autossómicas, cuja anomalia genética está remetida a cromossomas não sexuais e as doenças monogénicas que contemplam a situação inversa.

Em sede das patologias monogénicas autossómicas, cumpre indicar, desde logo, as recessivas, em que a sua transmissão obriga a que ambos os progenitores sejam portadores de igual mutação genética. A este propósito, são exemplo a doença de Tay-Sachs e a Fibrose Quística.

Por outro lado, figuram, ainda, as patologias monogénicas autossómicas dominantes, em relação às quais, bastará que um progenitor seja portador da correspondente alteração genética. A este nível, incluem-se aqui a doença de Huntington e a Polineuropatia Amiloidótica Familiar³⁸⁸.

Quanto às doenças monogénicas não autossómicas, o DGPI tem actuado, sobretudo, nas alterações recessivas ligadas ao cromossoma X. Podem, aqui, destacar-se a Distrofia Muscular de Duchenne, Hemofilia A e Hemofilia B³⁸⁹.

Finalmente, deixe-se a nota de relevo que a maioria dos Ordenamentos têm reconhecido entraves à utilização do DGPI em patologias multifactoriais, onde, além da alteração genética, surgem outras condicionantes de etiologia variada e/ou desconhecida. Trata-se, nomeadamente, de diagnóstico genético para patologias de carácter cardiovascular ou cancerígeno.

De facto, no Direito Interno, o art.º 7.º, nº5, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, proíbe expressamente a aplicação do DGPI em doenças multifactoriais em que o “valor preditivo do teste genético seja muito baixo”³⁹⁰.

³⁸⁸ Em qualquer uma das situações, recessiva ou dominante, existe apenas um risco de transmissão da doença. No primeiro caso, esse risco é, por norma, de 25%, pelo que, no segundo, ascende já aos 50%.

³⁸⁹ Cfr. C. RUBIO, J. MARTÍN, L. RODRIGO, A. CERVERO, M. MILÁN, I. PÉREZ, M. FLORENSA, F. BRONET, M. MARTÍNEZ, J. BELLVER, J. REMOHÍ, *Diagnóstico Genético Preimplantacional*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, ob. cit., págs. 373 a 385, onde é feito um estudo exaustivo dos procedimentos técnicos em DGPI e das patologias que, em regra, podem ser diagnosticadas; CNECV, *Relatório Sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”* (Fernando J. Regateiro), n.º 51, Abril de 2007, págs. 4 a 8.

³⁹⁰ O DGPI em doenças multifactoriais tem, em regra, sido aplicado no Reino Unido, Holanda, Grécia e Finlândia; ZOLTÁN PAPP, TIBOR VÁRKONYI e VALÉRIA VÁRADI, *Preimplantation Genetic Diagnosis of Late-Onset Diseases*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, ob. cit., págs. 175 a 187, que consideram difícil a aplicação do DGPI em casos de doenças de manifestação tardia e multifactoriais, como sejam, por exemplo, o cancro dos ovários ou da mama. O acesso ao diagnóstico deste grupo de patologias deverá ser, aqui, determinado em função da “relative severity of the disease and its penetrance”, embora, na prática, tal seja complexo de conciliar em termos de gestão de recursos de saúde quanto a outras doenças, consensualmente, destinadas ao DGPI; VERA LÚCIA RAPOSO, “*Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião*” – *Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º8, 2007, págs. 64 a 67, entende que, para efeitos de DGPI, não devem considerar-se doenças com grau de gravidade diminuto, de manifestação tardia ou de manifestação incerta (multifactoriais); EMILY JACKSON,

6.4.2. DGPI e Selecção de Sexo

6.4.2.1. A Selecção de Sexo por Indicações Médicas

Nos Ordenamentos Jurídicos que permitem a selecção de sexo, no âmbito do DGPI, a sua aplicação está, via de regra, circunscrita a razões médicas, concretamente, para o diagnóstico de anomalia genética grave respeitante ao cromossoma X ou Y³⁹¹.

Com efeito, a este propósito, o DGPI continua a cumprir a sua função primordial de diagnóstico de anomalia grave, conquanto que direccionada a patologias com alteração numérica ou estrutural dos respectivos cromossomas sexuais³⁹².

Na verdade, a selecção de sexo opera como elemento inevitável para a identificação de embriões não portadores de anomalia antes da sua transferência para a cavidade uterina, pelo que não se destrinçam, aqui, problemáticas de relevo no plano ético-jurídico.

Por conseguinte, defendemos, nesta sede, a utilização do DGPI para a selecção de sexo pelos motivos médicos expendidos, cuja legitimidade vem, aliás, consagrada pelo 14.º, da CDHBio³⁹³.

Neste contexto, a falha do dever de informação quanto ao risco de anomalia genética do embrião, mesmo que em patologia ligada ao sexo, pode determinar o apuramento de responsabilidade civil médica, por violação do direito à

Medical Law, Text, Cases, and Materials, ob. cit., págs. 799 a 803; Conselho da Europa, Background Document on Preimplantation and Prenatal Genetic Testing, Clinical Situation, Legal Situation, ob. cit., pág. 29; V., também, European Society of Human Reproduction and Embryology, PGD Consortium, Best Practice Guidelines for Clinical Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD) and Preimplantation Genetic Screening (PGS), in Human Reproduction, Vol. 20, n.º1, 2005, págs. 35 a 48.

³⁹¹ Cfr. Art.º 7.º, n.º3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

³⁹² Deixe-se a nota que o processo de selecção de sexo em DGPI ocorre pela exclusão dos embriões que correspondam ao cromossoma X ou Y. Em PMA, existe também um processo, fora deste contexto, e, como tal, vedado, feito em período pré-fertilização, através da detecção no sémen do cromossoma X ou Y, por *sperm sorting*; Cfr. S.M. LIAO, *The Ethics of Using Genetic Engineering for Sex Selection, in Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, 2005, págs. 116 a 118, referindo que, no futuro, poderá vir a ser viável tecnicamente efectuar a selecção de sexo por métodos de engenharia genética ou manipulação embrionária. Na sua óptica, sendo embora um processo aparentemente mais ético do que em DGPI, porque não existe destruição de embriões, a verdade é que estão aqui em jogo os direitos do próprio embrião, que não consentiu nessa alteração e, como tal, poderia, em vida, responsabilizar os pais pela respectiva escolha.

³⁹³ Art.º 14.º, da CDHBio, “Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.”, in *www.gddc.pt*.

autodeterminação reprodutiva, ao abrigo dos art.^{os} 70.º, n.º1, e 483.º, n.º1, do Código Civil³⁹⁴.

6.4.2.2. A Selecção de Sexo por Indicações Não Médicas

Em bom rigor, várias são as motivações que podem indicar-se no que respeita à selecção de sexo por razões não médicas ou terapêuticas.

Na verdade, podem, desde logo, enunciar-se questões de ordem cultural, relativas à tradição de um país ou de uma comunidade que privilegiem um filho de determinado sexo. A este propósito, cumpre indicar o caso da Coreia do Sul, Índia e China, onde existe uma preferência rígida pelo sexo masculino³⁹⁵.

Por outro lado, num plano social, poderiam ser indicadas razões favoráveis à selecção de sexo como mecanismo de alcançar, em determinados contextos, um equilíbrio demográfico.

Em acréscimo, podem, também, indicar-se fundamentos respeitantes ao próprio casal, designadamente, em situações de *family balancing*.

Neste conspecto, o casal tem já vários filhos do mesmo sexo e deseja recorrer às técnicas de PMA/DGPI por forma a equilibrar a estrutura familiar, através do nascimento de uma criança de sexo diferente.

Além disso, a selecção de sexo pode surgir, ainda, num contexto familiar, mas, desta feita, por razões meramente emotivas ou preferenciais, justificadas a partir do desejo de experienciar ter um filho de sexo diferente ou apenas de determinado sexo.

A doutrina tem apresentado fortes divergências nesta sede, cumprindo referir, desde logo, o entendimento de Jonathan M. Berkowitz, Jack W. Snyder e Neil Levy, que consideram que, em regra, a selecção de sexo por motivos não médicos e, em concreto, ao nível familiar, arrasta consigo uma inevitável preferência por um dos sexos, revelando uma conduta sexista, assente em critérios de desigualdade³⁹⁶.

³⁹⁴ Cfr. CNECV, *Relatório Sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”* (Fernando J. Regateiro), n.º 51, Abril de 2007, págs. 18 e 19, referindo que a selecção de embrião em DGPI representa “um mal menor”, ao evitar também a previsível interrupção de gravidez em DPN.

³⁹⁵ Cfr. DON CHALMERS, *Regulatory Legitimacy: The Case for Controlling and Restricting Access to PGD for Sex-Selection Purposes, in Regulating Pre-Implantation Genetic Diagnosis, A Comparative and Theoretical Analysis*, (Coordenação de Sheila A.M. Mclean e Sarah Elliston), Biomedical Law and Ethics Library, Routledge, 2013, págs. 158 a 161, referindo que nestes países são aplicadas técnicas de selecção de sexo por razões não médicas.

³⁹⁶ Cfr. JONATHAN M. BERKOWITZ e JACK W. SNYDER, *Racism and Sexism in Medically Assisted Conception, in Bioethics*, Vol. 12, n.º1, 1998, págs. 25 a 44; NEIL LEVY, *Against Sex Selection, in Southern Medical Journal*, Vol. 100, n.º1, 2007, págs. 107 a 109.

Doutro passo, R. McDougall tem defendido que o propósito da selecção de sexo por motivos não médicos colide com um princípio valoroso de aceitação parental “regardless of the outcome for a specific child” e que acaba, assim, a estar dependente do seu género ou de certas características³⁹⁷.

Já John A. Robertson manifesta-se a favor da selecção de sexo por motivos não médicos, reconduzindo a questão à liberdade reprodutiva dos pais³⁹⁸.

Pela nossa parte, o problema coloca-se não apenas nos fundamentos que subjazem à selecção de sexo por razões não médicas, mas também no recurso ao DGPI ou à Medicina para alcançar esse objectivo.

E, na verdade, tratando-se o DGPI de um método de diagnóstico que serve propósitos preventivos em relação a patologias genéticas, admitir a sua utilização para a selecção de sexo *per se*, sobretudo, atendendo aos critérios enunciados, manifesta-se absolutamente inadequado.

Não obstante, cumpre referir que nos EUA, o DGPI tem sido utilizado por razões não médicas, desde a pura escolha preferencial dos progenitores, sem motivação específica, às circunstâncias de *family balancing*³⁹⁹.

6.4.3. DGPI e Compatibilidade de Grupo HLA – *Saviour Sibling*

De facto, plasma o art.º 7.º, n.º3, *ex vi* art.º 28.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que o DGPI pode ser utilizado nas situações em que “seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave”, atento, igualmente, o art.º 30.º, n.º2, al. q), que remete ao CNPMA a respectiva deliberação para cada caso concreto.

³⁹⁷ Cfr. R. McDUGALL, *Acting Parentally: An Argument Against Sex Selection*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, n.º10, 2005, págs. 601 a 605.

³⁹⁸ Cfr. JOHN A. ROBERTSON, *Preconception Gender Selection*, in *The American Journal of Bioethics*, Vol. 1, n.º1, 2001, págs. 2 a 9; no mesmo sentido, JULIAN SAVULESCU, *Sex Selection: The Case For*, in *The Medical Journal of Australia*, Vol. 171, n.º7, 1999, págs. 373 a 375; V., ainda, JULIAN SAVULESCU e EDGAR DAHL, *Sex Selection and Preimplantation Diagnosis, A Response to The Ethics Committee of The American Society of Reproductive Medicine*, in *Human Reproduction*, Vol. 15, n.º9, 2000, págs. 1879 a 1880.

³⁹⁹ Cfr. SUSANNAH BARUCH, *Preimplantation Genetic Diagnosis and Parental Preferences: Beyond Deadly Disease*, in *Houston Journal of Health Law & Policy*, *ob. cit.*, págs. 253 a 257; E. DAHL, RS. GUPTA, M. BEUTEL, Y. STOESEL-RICHTER, B. BROSIG, HR. TINNEBERG, T. JAIN, *Preconception Sex Selection Demand and Preferences in The United States*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 85, n.º2, 2006, págs. 468 a 473; ANTONY BLACKBURN-STARZA, *Increase in US couples using PGD for social sex-selection*, in *BioNews*, n.º 377, 25 de Setembro de 2006, in www.bionews.org.uk.

Com efeito, ante o exposto, entrevê-se uma abertura no *telos* normativo para as circunstâncias de *saviour child* e, concretamente, de *saviour sibling*⁴⁰⁰.

Neste contexto, a realização do DGPI destina-se, regra geral, à selecção de embriões, antes da sua implantação para o útero da mulher, que não sejam portadores de determinada anomalia genética e apresentem histocompatibilidade com o tecido HLA de um filho que tenha uma patologia grave, por forma a transplantar para este último, visando o seu tratamento ou cura, as células estaminais presentes no sangue do cordão umbilical do recém-nascido⁴⁰¹.

Em abono da verdade, a realização do DGPI para finalidades terapêuticas em sede de *saviour child* tem levantado alguma controvérsia, pelo que importará analisarem-se as principais posições jurisprudenciais e doutrinárias.

No plano jurisprudencial, nota de relevo segue para o caso, nos EUA, de Molly Nash, em 1999, que sofria de doença monogénica autossómica recessiva, denominada de *Anemia de Fanconi*.

Desta feita, os progenitores recorreram a FIV e DGPI, por forma a identificar os embriões não portadores da respectiva mutação genética e que, além disso, fossem compatíveis com o tecido HLA da filha mais velha. Decorridos 4 ciclos, foram implantados 5 embriões, tendo um deles prosseguido com sucesso.

Por sua vez, com o nascimento de Adam Nash, foram transplantadas para Molly as células estaminais extraídas a partir do sangue do respectivo cordão umbilical, permitindo, assim, o tratamento da patologia da irmã⁴⁰².

No Reino Unido, em 2001, surge o primeiro caso, respeitante a Zain, filho do casal *Hashmi*, que sofria de *Beta Talassemia* grave, classificada, igualmente, como doença monogénica autossómica recessiva.

Ora, atendendo ao facto de que nem os pais ou os 3 irmãos mais velhos eram compatíveis para eventual transferência de medula óssea, levantou-se a questão do nascimento de outro filho, que assim pudesse operar como dador de células estaminais.

⁴⁰⁰ O conceito de *saviour child* aplica-se a qualquer terceiro compatível, enquanto que, no caso de *saviour sibling*, se circunscreve apenas ao irmão ou irmã; *Cfr.*, ainda, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho, sobre a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, cujo art.º 6.º, n.º 5, al. b), determina que, em menores ou incapazes, a dádiva de tecidos regeneráveis terá como receptor o irmão ou irmã do dador.

⁴⁰¹ Pode também dar-se o caso das células estaminais serem, ainda, recolhidas, de forma invasiva, a partir do sangue da medula óssea.

⁴⁰² *Cfr.* ROBERT J. BOYLE e JULIAN SAVULESCU, *Ethics of Using Preimplantation Genetic Diagnosis to Select a Stem Cell Donor for an Existing Person*, in *The British Medical Journal*, Vol. 323, n.º 7323, 2001, págs. 1240 a 1243.

Neste passo, após uma gestação, que terminou em interrupção voluntária, por motivos fetopáticos, assentes na mesma patologia de Zain, e uma segunda gravidez, bem sucedida, mas em que o recém-nascido não era compatível com o grupo HLA do irmão, o casal decidiu recorrer à PMA e DGPI.

De todo o modo, tal conheceu vários obstáculos, sobretudo, em face dos critérios estabelecidos pela HFEA, em sede de DGPI. Na verdade, o relatório do *working group* da HFEA e da HGC, de 2001, sobre “*Outcome of Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis*”, remetia a aplicação do DGPI apenas para diagnóstico de anomalias genéticas⁴⁰³.

Destarte, só em Dezembro de 2001, o Ethics Committee da HFEA emitiu um parecer de “*Ethical Issues in the Creation and Selection of Preimplantation Embryos to Produce Tissue Donors*”, tendo autorizado, em corolário, a utilização de DGPI para fins de *saviour sibling*, e nos termos e condições aí inscritos⁴⁰⁴.

Nesta sequência, apesar do casal *Hashmi* ter obtido uma decisão favorável para o respectivo acesso ao DGPI, a verdade é que a questão em apreço arrastou enormes querelas doutrinárias e implicações ético-jurídicas que acabaram por se projectar ao nível judicial e condicionaram o sucesso do procedimento.

Cumpra, assim, indicar o litígio *R (Quintavalle on Behalf of Comment on Reproductive Ethics) v. Human Fertilisation and Embriology Authority*, encabeçado por Josephine Quintavalle representando o CORE, que defendeu que a utilização do DGPI para fins de compatibilidade HLA e *saviour sibling* se encontrava vedada pelo HFE Act de 1990, pelas Secções 3 e 11, e, sobretudo, pelo Schedule 2, n.º 1, (3)⁴⁰⁵.

De facto, no que concerne especificamente ao Schedule 2, n.º1, (3), indica-se que só será concedida a licença para a realização de procedimentos no âmbito da PMA, nas circunstâncias em que os mesmos compreendam a prestação de “*treatment services*”, que, segundo a Secção 2 (1), são realizados com o objectivo de prover assistência às mulheres “*to carry children*”, ou seja, para prosseguir uma gravidez com sucesso.

⁴⁰³ Cfr. HFEA e HGC, *Outcome of the Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis*, *ob. cit.*, pág. 6, “Recommendation 11 The guidance should indicate that PGD should only be available where there is a significant risk of a serious genetic condition being present in the embryo.”.

⁴⁰⁴ Cfr. ETHICS COMMITTEE da HFEA, *Ethical Issues in the Creation and Selection of Preimplantation Embryos to Produce Tissue Donors*, 22 de Novembro de 2001, págs. 1 a 13, in www.hfea.gov.uk; também, HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, *HFEA to Allow Tissue Typing in Conjunction With Preimplantation Genetic Diagnosis*, 13 de Dezembro de 2001, in www.hfea.gov.uk.

⁴⁰⁵ Cfr. *R (Quintavalle on Behalf of Comment on Reproductive Ethics) v. Human Fertilisation and Embriology Authority* [2003] 3 All ER 257, [2003] 73 BMLR 116, CA, [2005] UKHL 28.

Ora, para Josephine Quintavalle, tal propósito não se encontrava cumprido na hipótese prefigurada pelo casal Hashmi, já que aqui se visava, na prática, o nascimento de criança com HLA compatível com o filho Zain.

Na verdade, apesar de uma decisão favorável à autora na 1ª instância, o Tribunal de Apelação pronunciou-se no sentido de que seria legítima a autorização da PMA e DGPI para efeitos de *saviour sibling*, atento, bem assim, o Schedule 2, n.º1, (1), al. d)⁴⁰⁶.

Cumprir referir, ainda, que, neste espaço intermédio de litigância judicial, decorreu um outro caso no Reino Unido, em 2002, respeitante a Charlie Whitaker, que sofria de *Anemia de Diamond Blackfan*, uma doença grave que obriga a transfusões de sangue diárias e cuja esperança média de vida se revela, neste passo, muito diminuta.

De todo o modo, o casal Whitaker obteve resposta negativa por parte da HFEA, na medida em que a respectiva patologia não apresentava causa hereditária, facto esse que obstava ao preenchimento dos requisitos necessários elencados na Recomendação 11 do indicado relatório do *working group*, de 2001, que apenas admitiam o recurso ao DGPI em circunstâncias de diagnóstico de anomalias genéticas.

Neste seguimento, o casal deslocou-se a Chicago, nos EUA, tendo realizado os competentes procedimentos e técnicas de PMA e DGPI numa clínica especializada, pelo que, em 2003, nasceu Jamie Whitaker, cujas células do sangue do cordão umbilical foram transplantadas, com sucesso, para o seu irmão Charlie⁴⁰⁷.

Contudo, a posição actual do Reino Unido, em virtude das alterações nas *guidelines* definidas pela HFEA, logo em 2004, e actualizadas nas posteriores revisões de 2008, admite o recurso ao DGPI, para efeitos de compatibilidade de grupo HLA, nos casos de *saviour sibling*, e mesmo tratando-se de patologias congénitas não hereditárias⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Cfr. Schedule 2, n.º1, (1), al. d), do HFE Act de 1990, “A licence under this paragraph may authorise any of the following in the course of providing treatment services— (...) practices designed to secure that embryos are in a suitable condition to be placed in a woman or to determine whether embryos are suitable for that purpose (...)”.

⁴⁰⁷ Cfr. MARGARET BRAZIER, *Human (s) (as) Medicine (s)*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, ob. cit., págs. 187 a 202.

⁴⁰⁸ Cfr. HFE Act de 2008, que introduziu ao HFE Act de 1990, o Schedule 2, 1ZA, cujo respectivo (1), al. d), autoriza apenas os casos de *saviour sibling*, ou seja, para um irmão ou irmã compatíveis. Com efeito, só será, nesta sede, permitido o acesso a PMA e DGPI “in a case where a person (“the sibling”) who is the child of the persons whose gametes are used to bring about the creation of the embryo (or of either of those persons) suffers from a serious medical condition which could be treated by umbilical cord blood stem cells, bone marrow or other tissue of any resulting child, establishing whether the tissue of any resulting child would be compatible with that of the sibling”; Cfr. HFEA allow PGD for HLA tissue typing, in *BioNews*, n.º 268, 22 de Julho de 2004, in www.bionews.org.uk; N.R. RAM, *Britain’s New Preimplantation Tissue Typing Policy: An Ethical Defence*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 32, n.º 5, 2006, págs. 278 a 282; COLIN GAVAGHAN, *Defending The Genetic Supermarket: Law and Ethics of*

Destarte, no Reino Unido, só em 2005 se verifica o primeiro nascimento de uma criança *saviour sibling* através de procedimentos e técnicas de PMA e DGPI aplicados no respectivo país. Trata-se, em rigor, de Jodie Fletcher, que nasceu com total compatibilidade HLA em relação ao seu irmão mais velho, Joshua, que sofria de *Anemia de Diamond Blackfan*⁴⁰⁹.

Aqui chegados, refira-se que, no terreno doutrinal, o entendimento a propósito dos casos de *saviour child* não se tem apresentado pacífico.

De facto, os principais argumentos de recusa assentam, desde logo, no facto de que o embrião e, neste passo, a criança que vai nascer é utilizada como um meio ou instrumento para alcançar o objectivo final que é precisamente o tratamento ou cura do irmão doente ou outro familiar, violando, assim, um dos princípios basilares defendidos por Immanuel Kant⁴¹⁰.

Por outro lado, coloca-se, também, a questão de aferir se, nesse contexto, se encontram salvaguardados os interesses da criança, designadamente, ao nível da sua integridade física e moral.

Na verdade, partindo do entendimento que as células estaminais extraídas do sangue do cordão umbilical sejam insuficientes para o transplante, a criança terá, em regra, que submeter-se a um procedimento invasivo para extracção de sangue da medula óssea, facto esse que, naturalmente, comporta riscos.

Em acréscimo, na eventualidade dos procedimentos não serem bem sucedidos, podem, ainda, estar em jogo consequências de foro emocional da criança, pela falha no cumprimento de um dever de tratamento ou de cura que lhe foi remetido desde a concepção⁴¹¹.

Selecting The Next Generation, ob. cit., págs. 141 a 169; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 271 a 274; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 808 a 812.

⁴⁰⁹ Cfr. ‘Saviour sibling’ perfect genetic match for brother, in *BioNews*, n.º 320, 8 de Agosto de 2005; ‘Saviour sibling’ born to Fletcher family, in *BioNews*, n.º 317, 18 de Julho de 2005; JESS BUXTON, *Permission for another UK ‘saviour sibling’ granted*, in *BioNews*, n.º 357, 5 de Maio de 2006, a propósito do casal Charlie e Catherine Mariethoz, cuja filha Charlotte padecia de *Anemia de Diamond Blackfan*; SUJATHA JAYAKODY, *Couple try for ‘saviour sibling’ to help son with Diamond Blackfan Anaemia*, in *BioNews*, n.º 598, 7 de Março de 2011, relativamente ao casal Ben e Caroline Rhodes e ao filho William; in www.bionews.org.uk.

⁴¹⁰ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 273, consideram que o processo envolvido em PMA e DGPI, para estes fins, “it infringes more than ‘respect’ for the status of the embryo and can also be seen as offending the fundamental Kantian principle that a person should not be used as a means – the procedure involves the creation of a child primarily as a therapeutic tool for the benefit of its sibling and that child is undoubtedly a person.”

⁴¹¹ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 273; também, VERA LÚCIA RAPOSO, “Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião” – *Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex*

Finalmente, pode, ainda, considerar-se que o consentimento da criança para a dádiva de células estaminais é, em rigor, suprido pelos progenitores, tendo, naturalmente, por base os seus interesses na consecução do tratamento ou cura do irmão ou familiar que sofram de determinada patologia⁴¹².

Doutro passo, têm-se apontado critérios em favor do recurso a DGPI e PMA para fins de *saviour child*, sobretudo assentando no pressuposto de que as motivações subjacentes são de carácter terapêutico.

Em acréscimo, a este propósito, não se afigura censurável a conduta dos progenitores em prosseguirem, mediante PMA e DGPI, com uma gestação que vise apenas a compatibilidade de grupo HLA e o respectivo tratamento ou cura da pessoa doente, sendo inevitável ao longo da vida em Sociedade a coordenação de esforços comuns para alcançar variados fins⁴¹³.

Além disso, neste contexto, o salvamento de um irmão ou familiar assume, ainda, um peso determinante, já que constitui, também, motivo de felicidade e união⁴¹⁴.

Medicinae, ob. cit., págs. 79 a 84, referindo os riscos de insucesso no tratamento e os métodos invasivos, que podem chegar ao transplante de órgãos. Por outro lado, destaca também o peso a que a criança está sujeita enquanto *saviour child*.

⁴¹² Cfr. Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho, sobre a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, que, nos termos do art.º 6.º, n.º4, tratando-se de incapazes ou menores, apenas permite a dádiva de tecidos regeneráveis e nas condições plasmadas no respectivo n.º5, ou seja, “a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O receptor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do receptor.”. Por sua vez, o art.º 8.º, n.º3, refere que, “Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal.”, pelo que o n.º 4 avança que, “A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes.”; Art.º 6.º, n.ºs 2 e 3, *ex vi*, art.º 20.º, n.º2, da CDHBio.

⁴¹³ Cfr. JOHN HARRIS, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics*, Routledge, 1985, págs. 142 e 143; do mesmo autor, *Enhancing Evolution, The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, 2010, págs. 156 e ss..

⁴¹⁴ Cfr. G. PENNING, R. SCHOTS, I. LIEBAERS, *Ethical Considerations on Preimplantation Genetic Diagnosis for HLA Typing to Match a Future Child as a Donor of Haematopoietic Stem Cells to a Sibling, in Human Reproduction*, Vol. 17, n.º3, 2002, págs. 537 e 538, que refere que, “There are few things as valuable as saving the life of a primary other”, acrescentando, ainda, que, “it is very likely that the child will later agree (...) with the decision his parents made for him for he will then have come to value his relationship with his sibling”; JOHN A. ROBERTSON, JEFFREY P. KAHN, JOHN E. WAGNER, *Conception to Obtain Hematopoietic Stem Cells, in The Hastings Center Report*, Vol. 32, n.º3, Maio-Junho de 2002, págs. 34 a 40, consideram que nas hipóteses de *saviour sibling* o bem-estar da criança dadora e os seus interesses são igualmente tomados em apreço, sobretudo se já existia um desejo dos pais em conceber outro filho; SALLY SHELDON e STEPHEN WILKINSON, *Should Selecting Saviour Siblings be Banned?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, n.º6, 2004, págs. 533 a 537, defendem o recurso ao DGPI, para efeitos de *saviour sibling*, considerando sem fundamento os argumentos que defendem que tal poderá conduzir a um contexto de *designer babies*, que a criança é utilizada como meio ou instrumento ou que sofra consequências no plano emocional ou físico; K. DEVOLDER, *Preimplantation HLA Typing: Having Children to Save Our Loved Ones*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, n.º 10, 2005, págs. 582 a 586.

Pela nossa parte, cumpre, desde já, referir que o recurso ao DGPI para fins de *saviour child* e *saviour sibling* parece enquadrar-se dentro dos parâmetros médicos estabelecidos que subjazem ao seu acesso, sobretudo estando em apreço a identificação de embriões não portadores de anomalia congénita e compatíveis com o grupo HLA da pessoa doente. Não obstante, mesmo nos demais, em que apenas se busca a histocompatibilidade com o tecido HLA, parece entrever-se, aqui, uma finalidade de tratamento ou de cura, que, certamente, cai no espaço terapêutico igualmente atendível nesta sede.

Na verdade, trata-se de uma questão complexa, pelo que defendemos que o respectivo acesso ao DGPI, para estes efeitos, deverá ser analisado sempre em função das circunstâncias de cada caso concreto e estar condicionado a parecer favorável da respectiva Comissão que coordene a PMA⁴¹⁵.

6.4.4. DGPI e *Select for Special Features – Designed Babies*

No contexto que ora se analisa, a principal questão prende-se com as implicações éticas e jurídicas resultantes da utilização do DGPI para fins não médicos, designadamente, no que respeita à selecção de embriões com específica condição genética, que determine o nascimento de um criança particularmente dotada, sobretudo, em termos físicos e intelectuais.

Em rigor, num plano científico tal processo revela-se, aliás, complexo de executar na prática, já que implica conhecimentos técnicos e de ordem genética que a Medicina actualmente ainda não dispõe, pelo que, também, neste passo, os resultados pretendidos não poderiam ser assegurados.

De facto, esta problemática tem conhecido, na realidade, um forte impacto no terreno da engenharia genética, onde a expressão *designed babies* surge com plena aplicação. Trata-se de utilizar técnicas de manipulação embrionária de forma a produzir

⁴¹⁵ Cfr. CNECV, Parecer n.º 51/CNECV/07, “*Diagnóstico Genético Pré-Implantação*”, Abril de 2007, pág. 4, ponto 8; Parecer n.º 53/CNECV/07, *Sobre os Projectos de Lei n.º 126/X (Estabelece os Princípios da Investigação Científica em Células Estaminais e a Utilização de Embriões)*, e n.º 376/X (*Estabelece o Regime Jurídico de Utilização de Células Estaminais, para Efeitos de Investigação e Respectivas Aplicações Terapêuticas*), Julho de 2007, págs. 1 a 7, in www.cnecv.pt; Parecer n.º 107, de 15 de Outubro de 2009, do Comité Consultatif National d’Éthique Pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Opinion on Ethical Issues in Connection with Antenatal Diagnosis: Prenatal Diagnosis (PND) and Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD)*, in www.ccne-ethique.fr, págs. 20 e ss., que reconhece efeitos terapêuticos ao DGPI nas hipóteses de *saviour sibling*, uma vez que o seu objectivo último é curativo.

alterações genéticas que permitam um aperfeiçoamento ou melhoria das características do nascituro, em função de critérios definidos pelos progenitores.

Em nosso parecer, a utilização de procedimentos científicos e de PMA para fins de *design baby*, em sentido amplo, ou, concretamente, em DGPI, para *selecting for special features*, constitui uma clara violação dos limites legais e éticos respeitantes à autonomia parental em sede de liberdade reprodutiva⁴¹⁶.

Neste seguimento, tais circunstâncias devem, como tal, ser absolutamente vedadas, conforme, aliás, dispõe, entre nós, o art.º 7.º, n.º2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que dita que, “As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro (...)”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Cfr., também, MICHAEL PARKER, *The Best Possible Child*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 33, n.º5, 2007, págs. 279 a 283, que reconhece a existência de determinadas obrigações aos pais em relação ao nascituro, mas tal não supõe um dever de garantir “the best opportunity of the best life”. Neste passo, opõe-se à utilização de técnicas de PMA, nomeadamente, para fins de *enhancement*; num sentido inverso, JOHN A. ROBERTSON, *Extending Preimplantation Genetic Diagnosis: Medical and Non-Medical Uses*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 29, n.º4, 2003, págs. 213 e ss., admite a utilização do DGPI para fins não médicos e para a selecção de determinadas características. Não obstante, considera que tal deverá merecer uma avaliação, em cada caso concreto, tomando em apreço, “the parental needs served and the harm posed to embryos, children, and society”; RONALD M. GREEN, *Babies by Design, The Ethics of Genetic Choice*, Yale University Press, 2007, págs. 135 a 138, embora considere fortes os argumentos que se opõem à manipulação genética para melhoria das características do nascituro, tais como, a divisão de classes sociais, com a inevitável supremacia e perda progressiva de valores de respeito para quem não disponha de determinadas qualidades ou “genetic enhancements” e a divisão entre classes ricas e pobres, em virtude dos eventuais custos dos procedimentos, a realidade é que podem, igualmente, figurar, vantagens significativas. Na sua óptica, as melhorias operadas por via genética, “if properly handled, could narrow the gap between society’s haves and have-nots and between developed and developing nations. (...) it could undermine some of the arrogance that now buttresses class and social divisions, and it could create new opportunities for many (...)”. Por outro lado, “It could increase, rather than reduce parents’ reproductive options (...)”; JULIAN SAVULESCU e G. KAHANE, *The Moral Obligation to Create Children With The Best Chance of The Best Life*, in *Bioethics*, Vol. 23, n.º5, 2009, págs. 274 a 290, defende, em geral, o princípio de beneficência reprodutiva, que supõe, neste contexto, um dever moral dos pais “to select the child who, given his or her genetic endowment, can be expected to enjoy the most well-being”; DENA S. DAVIS, *Genetic Dilemmas, Reproductive Technology, Parental Choices, and Children’s Futures*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2010, pág. 178, defende que a utilização pelos progenitores de técnicas de PMA para efeitos de *design babies* pode ser relevante, no sentido em que permite alcançar a família desejada; STEPHEN WILKINSON, *Choosing Tomorrow’s Children, The Ethics of Selective Reproduction*, Clarendon Press, Oxford University, 2010, pág. 208, não reconhece obstáculos à selecção para fins de “enhancement”, com excepção feita aos casos em que tal é realizado com o propósito de obter “positional goods”.

⁴¹⁷ Cfr. Art.º 13.º, da CDHBio, que plasma que, “Uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.”, in www.gddc.pt; V., ainda, VERA LÚCIA RAPOSO, “*Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião*” – *Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 69 e 70 e 74 a 79, que considera que, apesar do DGPI estar situado num campo distinto das técnicas de engenharia genética, pode, ainda assim, levantar-se a questão de que a sua utilização promovia, em geral, a “criação de uma elite superior de seres humanos”; para mais desenvolvimentos nesta matéria, ROSAMUND SCOTT, *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, ob. cit., págs. 257 a 295, referindo-se, concretamente, a “*Selecting for intelligence*”, “*better health*” e “*specific aptitudes or abilities*”.

6.4.5. DGPI e “*Selecting For Disability*”

6.4.5.1. Enquadramento Temático e Legal

O propósito basilar do DGPI, supondo a identificação e selecção de embriões não portadores de anomalia genética, antes da sua implantação para a útero da mulher, está, à partida, confinado a casais com história familiar de doenças genéticas graves passíveis de ser transmitidas à descendência, nomeadamente sendo portadores sintomáticos ou assintomáticos, ou, ainda, quando tenham conhecido anteriores interrupções de gravidez por motivos fetopáticos ou perdas fetais consecutivas, podendo estar, assim, inseridos, num quadro de infertilidade ou de impossibilidade procriação de modo natural⁴¹⁸.

Importa, por isso, deixar a referência a *Sharon Duchesneau* e *Candy McCullough*, um casal Americano, do sexo feminino, com surdez, que gerou alguma surpresa na comunidade científica e mesmo no plano bioético, quando, após recusa dos bancos de gâmetas, recorreu à doação de esperma de um amigo, com cinco gerações de surdez na sua família, por forma a potenciar o nascimento de uma criança surda, que veio, efectivamente, a nascer, em Abril de 2002⁴¹⁹.

O caso indicado foi paradigmático, pois, embora não tenha havido qualquer recurso a testes genéticos ou de DGPI, a verdade é que levantou questões prementes, sobretudo quanto à legitimidade e interesse dos pais em escolher que um filho nasça com determinadas deficiências e se tal, em certo passo, não poderá ser gerador de danos à criança, que possam, inclusive, determinar o apuramento de responsabilidade civil.

Temos, porém, que a circunstância em apreço se afigura pouco plausível de suceder em DGPI, não apenas porque o intento dos pais que dele se socorrem é o de, em regra, e quanto muito, prevenir o nascimento de uma criança com deficiências e não o inverso, mas também, porque as disposições legais que regulam o DGPI se apresentam tendencialmente rígidas e, como tal, circunscritas às suas finalidades típicas, pelo que só por eventual negligência no procedimento selectivo é que poderia nascer uma criança com anomalias que, desde logo, se pretendiam evitar.

⁴¹⁸ Cfr. KAREN SERMON, ANDRÉ VAN STEIRTEGHEM, INGE LIEBAERS, *Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *The Lancet*, Vol. 363, n.º 9421, 2004, págs. 1633 a 1641; V., também, JOYCE C. HARPER, *Introduction to Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Preimplantation Genetic Diagnosis*, (Coordenação de Joyce C. Harper), 2ª Edição, Cambridge University Press, 2009, págs. 1 a 47.

⁴¹⁹ Cfr. STEPHEN WILKINSON, *Choosing Tomorrow's Children, The Ethics of Selective Reproduction*, *ob. cit.*, págs. 57 e 58.

Com efeito, as expressões “*selecting for disability*” ou “*design for disability*”, apesar de não terem, em rigor, qualquer significado prático em Portugal, nos contornos, assim, definidos pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, e pela *ratio* que preside ao DGPI, merecem, todavia, ser objecto de análise em relação ao Reino Unido, que, por sua vez, dispõe de regulamentação específica sobre a referida matéria.

De facto, a este respeito, o HFE Act de 1990, revisto em 2008, dita, na Secção 13 (9), que, “Persons or embryos that are known to have a gene, chromosome or mitochondrion abnormality involving a significant risk that a person with the abnormality will have or develop (a) a serious physical or mental disability, (b) a serious illness, or (c) any other serious medical condition, must not be preferred to those that are not known to have such an abnormality.”, podendo destacar-se, aqui, dois apontamentos distintos.

Por um lado, no que tange à doação de gâmetas, quando se saiba que um dador é portador de anomalia genética, cromossómica ou mitocondrial em que exista um risco significativo de que tal seja transmitido à descendência, e aí passível de desencadear patologia, física ou mental, ou condição médica *graves*, não poderá ser *preferido* relativamente a outros, que se desconheça possuírem qualquer uma daquelas alterações. Doutro passo, em específico no caso do DGPI, se, no processo selectivo, for do conhecimento que um embrião seja portador de anomalia genética, cromossómica ou mitocondrial, cuja respectiva transferência determinará o nascimento de uma criança com patologia, deficiência ou condição médica *graves*, mesmo de desenvolvimento tardio, que não seja *preferido* em detrimento dos restantes, em relação aos quais, não se tenham identificado as ditas alterações.

Ora, a conclusão que, desde já, se retira da disposição acima destacada é que não existe um *impedimento expresso* quanto à doação de gâmetas anómalos ou à transferência de embriões anómalos, apenas se destacando que, sempre que tal situação seja *conhecida*, os mesmos não devem ser *preferidos* em relação aos demais, que, portanto, se supõem *saudáveis*.

E tal formulação, na verdade, parece vedar os casos de “*selecting for disability*”, já que aí existe, desde logo, uma *intenção deliberada e ciente* em seleccionar aquela concreta anomalia ou deficiência para o futuro filho.

Não obstante, segundo Emily Jackson, ficam em aberto específicas situações, como, por exemplo, aquelas em que, de entre todos os embriões objecto de análise, entenda-se num ciclo de tratamento regular, os considerados viáveis para transferência

sejam portadores de determinada anomalia. Neste contexto, aparentemente, nada impediria que fossem implantados, porquanto não poderia ser aplicado, de facto, o critério da preferência, na medida em que eram *únicos*⁴²⁰.

Por outro lado, a autora indica, também, o caso, mais paradigmático ou extremo, de uma doente com cancro do ovário que tenha procedido à criopreservação de embriões antes do respectivo tratamento oncológico, que veio a deixá-la infértil. Admitindo que, após análise dos embriões, todos os viáveis para transferência acusassem um tipo de gene que poderia ser responsável pelo aparecimento futuro do seu tipo de cancro, ela não teria oportunidade de escolha senão entre prosseguir com a implantação ou desistir, de todo, de ter filhos (biológicos)⁴²¹.

Finalmente, poder-se-iam ainda mencionar as hipóteses em que seja colocada à decisão do casal a opção entre um embrião, tido como, saudável e um embrião com determinada anomalia, que não seja grave e, destarte, caia fora do *telos* normativo a que preside a Secção 13 (9) acima citada.

Cumprido, todavia, salientar que estas posições, embora passíveis de ser levantadas na teoria, acabam, sempre, por merecer o crivo aferidor de outra disposição do HFE Act, de 1990, revisto em 2008, concretamente na sua Secção 13 (5), que plasma que, “A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth.”, ou seja, uma mulher não deverá beneficiar de nenhum tratamento sem que tenha sido tomado em linha de conta o bem-estar de qualquer criança que venha a nascer em seu resultado - incluindo a necessidade de suporte parental - e de qualquer *outra* criança que possa vir a ser afectada por esse nascimento⁴²².

⁴²⁰ Evidentemente que, nesta situação, salvaguardadas circunstâncias pontuais, mas certamente admissíveis em PMA, tangentes, *v.g.*, à saúde da mulher, o casal estaria, em princípio, em condições de optar por não transferir e reiniciar outro ciclo, se fosse do seu intento ter um filho saudável.

⁴²¹ *Cfr.* EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, págs. 804 e 805; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, *ob. cit.*, pág. 370, apontando algumas lacunas da disposição legal em apreço destaca que, “the Act does not ban implantation of the ‘deaf embryo’ – just that it cannot be selected if there are unaffected embryos created at the same treatment.”.

⁴²² Por sua vez, o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, de 22 de Julho de 1976, que veio estabelecer o regime jurídico de responsabilidade civil por lesões pré-natais, relativamente a crianças nascidas (vivas) com deficiências em virtude de actos (ou circunstâncias) ocorridos em período pré-concepcional, na gravidez ou durante o seu nascimento, substituindo-se, neste terreno, à *Common Law*, compreende, ainda, a Secção 1A (3), aditada pelo *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990, nos termos da qual, os progenitores não terão direito de ver apurada responsabilidade civil pelo nascimento da criança portadora de deficiências, se antes da inseminação ou já da transferência do embrião, um ou

6.4.5.2. Posicionamento Doutrinal no plano Bioético: O “*Problema da Não Identidade*”

De facto, as situações que, no geral, configurem, voluntariamente, uma decisão dos futuros progenitores de assumir o risco de vir a ter uma criança portadora de deficiências ou, num sentido mais específico, da *escolha* ou *selecção* de um embrião portador de anomalia genética, têm motivado enormes considerandos, em termos morais e jurídico-filosóficos, quanto às respectivas implicações no bem-estar e qualidade de vida da criança que, assim, venha a nascer com a (s) inerente (s) patologia (s).

A colocação da questão jaz, desde logo, no conceito de “*Harm*” ou “*to Harm*” à criança e, *a latere*, na análise dicotómica de uma vida “*worth living*” e “*not worth living*”, daqui fazendo derivar implicações quanto à conduta (moral) certa ou errada dos progenitores na sua escolha⁴²³.

Neste permeio, tem sido frequente a remissão para o “*non-identity problem*” ou “*problema da não identidade*”, defendido, em sede distinta, por Derek Parfit, que indicava o exemplo de uma jovem de 14 anos que decide ter uma criança, sendo que a mesma, pela idade precoce da mãe, acaba, assim, por conhecer um início de vida difícil, que, embora possa vir a trazer-lhe repercussões na sua vida futura, esta continuará a ser, previsivelmente, valorosa. De facto, se a mãe esperasse ser adulta, teria uma outra criança, diferente, cujos primeiros anos de vida poderiam até revelar-se, comparativamente, mais vantajosos. Em todo o caso, só por si, este contexto não significa que a escolha da mãe tenha sido pior (*worse*), ou prejudicial, para o seu filho apesar deste ter experienciado tais vicissitudes, até porque se não tivesse decidido no sentido acima enunciado, ele não teria *nascido*.

ambos os progenitores sabiam do risco da respectiva anomalia congénita, prevenindo-se, aqui, destarte, qualquer possibilidade *venire contra factum proprium*.

⁴²³ Cfr. JOEL FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, New York: Oxford University Press, 1984, *pág.* 33, considera que a noção de “*harm*” surge intrinsecamente associada à violação de interesses de um indivíduo, ou seja, “(...) as the thwarting, setting back, or defeating of an interest.”; JOHN HARRIS, *Wonderwoman and Superman, The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, 1992, *pág.* 88, nota de rodapé 18, “A condition that is harmful (...) is one in which the individual is disabled or suffering in some way or in which his interests or rights are frustrated”; Propomos, neste ensejo, que “*to harm*” e “*harm*” tomem o sentido de *prejudicar* ou, mais restritamente, de *prejuízo*, embora a transposição deste “*prejuízo de interesses*” para um plano de Direito Privado e de responsabilidade civil nem sempre se revela fácil de compatibilizar, em pleno, com a noção de *prejuízo* ou *dano* estabelecido em sede de *consequências jurídicas* de um acto lesivo, ainda que, depois, na prática, as suas implicações tendam, via de regra, a coincidir; V., neste passo último, VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIX, n.º 21, 2010, *pág.* 82, nota de rodapé 72.

Em acréscimo, destaca, ainda, nesta sede, que, perspectivando-se a seguinte questão, “If someone lives a life that is worth living, is it worse for this person than if he had never existed?”, a resposta deverá, aqui, ser negativa, facto esse que nos permite, assim, inferir, *a contrario*, que, uma vez considerado o pressuposto de que, *rectius*, aquela criança só poderia ter nascido nas ditas circunstâncias, porque senão estaríamos em face de outra, *diferente*, apenas existirá *prejuízo (harm)* se a sua vida, da sua própria concepção, se revele de tal forma penosa ou desvaliosa, que seria preferível não ter nascido e, portanto, não ter existido⁴²⁴.

Este entendimento foi sendo, progressivamente, alargado por autores como Allen Buchanan, Dan Brock, Norman Daniels e Daniel Wikler, que defendem que, “A life not worth living is not just worse than most peoples’ lives or a life with substantial burdens; it is a life that, from the perspective of the person whose life it is, is so burdensome and/or without compensating benefits as to make death preferable.”. Não obstante, e sob aquilo que designaram por “*N Principle*”, propugnam, que, um passo antes, “Individuals are morally required not to let any child or other dependent person for whose welfare they are responsible experience serious suffering or limited opportunity or serious loss of happiness or good, if they can act so that, without affecting the number of persons who will exist and without imposing substantial burdens or costs or loss of benefits on themselves or others, no child or other dependent person for whose welfare they are responsible will experience serious suffering or limited opportunity or serious loss of happiness or good”, fazendo, assim, entrever-se do seu parecer a conclusão de que, em respeito, por exemplo, aos futuros pais, lhes está, desde logo, incumbido um *dever moral* de prevenir ou evitar o nascimento de uma criança que venha a experienciar sofrimento ou uma vida infeliz⁴²⁵.

⁴²⁴ Cfr. DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford University, 1984, págs. 358, 359 e ss.; ROSAMUND SCOTT, *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, ob. cit., pág. 39, destaca que, “unless the child’s existence is so awful that there are no compensating benefits in being alive (and it therefore has what might be termed a ‘wrongful life’) then on balance its existence is a good for it.”.

⁴²⁵ In ALLEN BUCHANAN, DAN BROCK, NORMAN DANIELS e DANIEL WIKLER, *From Chance to Choice, Genetics & Justice*, Cambridge University, 2001, págs. 224 e 249; Cfr., ainda, págs. 222 a 257; A posição de Buchanan *et al.*, embora complexa, pode configurar-se em duas situações distintas, no que tange à verificação de *prejuízo (harm)* a uma criança portadora de deficiências, nascida por escolha ou decisão dos seus progenitores: De um lado, reconhecem-se as situações de “*wrongful disability*”, nos termos das quais, se, da perspectiva da criança, a sua vida, ainda que com a deficiência, seja valorosa, não será possível identificar qualquer *prejuízo (harm)* a si provocado, já que, em face da estrutura lógica que subjaz ao problema da “não identidade”, só poderia ter nascido com as ditas malformações ou, simplesmente, não nascer. Os autores entendem que esta será a conclusão imediata (intuitiva), que, aliás, se extrai a partir daquilo definiram como “*M Principle*”, o qual reflecte uma abordagem de “*person-affecting*”, ou seja, atendendo àquela específica pessoa (indivíduo), “distinct individual”, que venha a

No mesmo traçado, Julian Savulescu avança com um *princípio de beneficência procriativa*, “*procreative beneficence*”, que, se consubstancia no pressuposto de que “couples (or single reproducers) should select the child, of the possible children they could have, who is expected to have the best life, or at least as good life as the others, based on the relevant, available information”. Destarte, advoga que tal conduta é “morally required” e que, nesse passo, pode supor “moral persuasion”, mas não pressupõe qualquer tipo de coacção. Por conseguinte, o casal, atento o seu próprio juízo

experienciar a vida com deficiências, e, em relação à qual, sendo esta última para si “worth living”, não poderia ter sido feito mais por ela, nem se poderia exigir alternativa à actuação dos progenitores, salvo impondo ónus ou perdas a si próprios ou a terceiros. Na óptica de Buchanan *et al.*, este “*M Principle*” deixa de fora circunstâncias que tais, onde a actuação dos progenitores pode, no entanto, considerar-se como moralmente errada, devendo, portanto, ser *complementado* pelo citado “*N Principle*”, que espelha uma abordagem “*non-person affecting*”, e que se aplica, em seu turno, a “classes of all persons who will exist in each of two or more alternative courses of action”. Destarte, a questão deverá ser colocada em respeito a todas as pessoas (indivíduos) que *possam eventualmente* vir a existir, se figure (m), como tal, alternativa (s) na escolha a tomar pelos pais, estabelecendo-se um juízo comparativo entre, de um lado, aquelas que venham a experienciar uma vida mais infeliz ou com menos oportunidades, em virtude de padecerem de deficiências, e, de outro, as que conheçam situação inversa. Ante o exposto, esta perspectiva *impessoal*, que, segundo os autores não deixa de merecer, *a latere*, um carácter *pessoal*, já que se supõe que a deficiência acaba por ser vivida por uma pessoa, parte do entendimento de que, para um mesmo número (“same number”) de diferentes pessoas (“not the same person”) que possam vir a nascer, será, moralmente, mais sensato ou preferível aquelas que venham a ter melhores perspectivas de vida.

Noutro passo, Buchanan *et al.* destacam, outrossim, as hipóteses, para eles mais raras, de “*wrongful life*”, certamente acompanhando uma posição de “*person-affecting*”, e que, ao invés das anteriores, correspondem aos casos em que a vida da criança portadora de deficiências se mostra, na sua própria concepção, de tal maneira sofrível e penosa, isto é, “*not worth living*”, que seria preferível nunca ter nascido, podendo, então, dizer-se que houve *prejuízo* (*harm*).

Importa, desde já, referir que os ensinamentos defendidos pelos autores debruçam-se, *rectius*, em aferir do valor *moral* da conduta dos progenitores quanto às escolhas que possam implicar vir a ter um filho portador de deficiências.

Acontece, porém, que, no terreno da litigância civil, em sede de acções de “*wrongful life*”, que, em nosso entender, são casos *extremos* das apelidadas situações de “*wrongful disability*”, e que, na prática jurídico-processual, tendem, aliás, a absorvê-las, ainda que, atente-se, o problema da não-identidade aí não intervenha, ou, pelo menos, não de modo directo, o chamado comparativo do *antes* e *depois* do prejuízo ou dano remetem, indefectivelmente, para a “não-existência” e a “vida indevida”, elementos esses, *inter alia*, que indeferem, por completo, a sua viabilidade legal; *Cfr.* DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, *ob. cit.*, págs. 360, 361 e ss., que já, antes, tinha avançado com um conceito de “*Same Number Quality Claim*” ou “*Q*”, que se aproxima daquilo a que Buchanan *et al.* viriam a designar de “*N Principle*”. Nas palavras deste autor, “If in either of two possible outcomes the same number of people would live, it would be worse if those who lived are worse off, or have a lower quality of live, than the those who would have lived”. De todo o modo, Derek Parfit entende que o princípio “*Q*” não resolve, efectivamente, o “*problema da não-identidade*”, porque não abarca situações de “*different numbers of people*”, sugerindo, destarte, a busca por um princípio, nesse ensejo, mais amplo, que denomina de “*Theory X*”; MELINDA A. ROBERTS, *What is The Wrong of Wrongful Disability? From Chance to Choice to Harms to Persons*, in *Law and Philosophy*, Vol. 28, n.º1, Springer, 2009, págs. 6 e ss., que, ao invés de Buchanan *et al.*, considera que, num cenário de “*wrongful disability*”, a posição de “*person-affecting*” é suficiente para concluir da existência de prejuízo à criança e/ou a outros, como, *v.g.*, os seus irmãos, o qual se apresentará “not in the form of the procreative choice’s *procreative effect* but rather in the form of its many entirely predictable *distributive effects*”. Por conseguinte, não hesita em considerar válidas eventuais acções legais de “*wrongful disability*”; *V.*, ainda, DAN BROCK, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms – The Case of Wrongful Handicaps*, in *Bioethics*, Vol. 9, n.º 3-4, 1995, págs. 269 a 275; ERIC RAKOWSKI, *Who Should Pay for Bad Genes?*, in *California Law Review*, Vol. 90, n.º5, 2002, págs. 1367 a 1414.

daquilo que sejam as melhores perspectivas de vida, é livre para tomar a decisão no processo selectivo. Finalmente, no caso concreto da surdez, embora extensível às demais deficiências, indica que só poderá considerar-se que a criança foi *prejudicada* (*harm*) pela escolha dos pais, quando aquela se revele de tal modo grave para a sua vida, tornando-a penosa⁴²⁶.

Colin Gavaghan, por sua vez, refere que o “*problema da não identidade*”, que prefere reconstruir sob o epíteto de “*non-identity principle*” ou “*princípio da não identidade*”, supõe que a questão seja colocada de forma bipartida, cabendo, num lado, a vida com a deficiência, e, de outro, a não existência de todo daquela criança, ou seja, o facto determinante a ter em conta é o de que, se um casal decide, voluntariamente, ter um filho portador de específica deficiência, que é, portanto, critério indispensável, se não o fizesse, aquele não chegaria a nascer. Neste seguimento, o “*princípio da não identidade*” mostra ser desprovido falar-se de *prejuízo* (*harm*) à criança nas hipóteses em que, “the ‘harmful’ act is an indispensable condition of the child’s coming into existence at all – a so-called ‘genesis act’; and the child has a minimally worthwhile quality of life”, sendo que, “It leaves open, however, the possibility that a child could be harmed by a ‘genesis act’ where that minimal standard of quality of life is not met.”⁴²⁷.

De facto, vertendo os elementos ora destacados para o terreno concreto do DGPI, temos que a posição doutrinal que subjaz ao “*problema da não identidade*” parte do sentido de que a decisão tomada pelos prospectivos pais em seleccionar um embrião portador de anomalia só poderá constituir um acto lesivo à respectiva criança no pressuposto de que esta venha a ter uma vida de infelicidade e sofrimento dificilmente suportáveis, a ponto de que fosse preferível não ter existido, já que só poderia ter nascido naquelas circunstâncias.

Ante o exposto, sem descartar eventuais considerações jurídico-filosóficas que possam ter lugar, entendemos que a aceitação do “*problema da não identidade*”, projectado, depois, tendencialmente, nas demais acepções e soluções defendidas,

⁴²⁶ Cfr. JULIAN SAVULESCU, *Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children*, in *Bioethics*, Vol. 15, n.º5-6, 2001, págs. 413 a 426, vislumbrando-se, no princípio defendido pelo autor, traços de uma posição “*non-person affecting*”; Deaf Lesbians, “*Designer Disability*”, and the Future of Medicine, in *The British Medical Journal*, Vol. 325, n.º 7367, 2002, págs. 771 a 773.

⁴²⁷ In COLIN GAVAGHAN, *Defending The Genetic Supermarket: Law and Ethics of Selecting The Next Generation*, ob. cit, pág. 76; Cfr., também, págs. 99 e 100, da mesma obra, em que o autor evidencia que a Secção 13 (5) do HFE Act de 1990, revisto em 2008, deverá merecer uma leitura que tome em linha de apontamento o “*princípio da não identidade*”, que se reveste de crucial relevo em fase pré-implantação, já que, certamente, as clínicas e médicos responsáveis pelo tratamento apenas recusarão a transferência de embriões cuja anomalia genética venha, previsivelmente, tornar *sofrida* a vida da futura criança, a ponto de tornar *preferível*, da sua própria auto-concepção, a não existência à existência.

merece alguma cautela, desde logo, porque lhe está subjacente, ainda que de forma mediata, no âmbito de uma ampla, ou excessiva, autonomia reprodutiva aí conferida aos progenitores, e sob o manto de um dever moral de afiançar as melhores perspectivas de vida aos descendentes, uma certa *permeabilidade* ou *condescendência* para a escolha, aparentemente *isenta*, até certo ponto, de prejuízo (*harm*) à criança, de vir a ter um filho com (determinada) deficiência⁴²⁸.

6.4.5.3. Análise da Questão em Sede de Responsabilidade Civil

Pela nossa parte, tomando em linha de apontamento a função, *supra* enunciada, que, tradicionalmente, se reconhece ao DGPI, não se nos afigura, desde já, válida a pretensão de um casal em socorrer-se do mesmo unicamente para promover a selecção de um embrião portador de certa anomalia, sobretudo quando figurem, além desse, outros saudáveis, ou se admita a possibilidade de novo ciclo, operando, portanto, a existência daquela como *pré-requisito* ou *condição* exclusivos para o nascimento da criança.

Doutro passo, já nas circunstâncias em que, *apesar* da presença de anomalia em todos os embriões passíveis de ser seleccionados, a única possibilidade do casal vir a conceber um filho passa justamente por prosseguir com a escolha de um deles, temos que, na verdade, o resultado prático tenderá a ser, *a final*, igual ao anterior, já que nascerá uma criança portadora de deficiências, pelo que, salvaguardadas situações muito próprias, aplicáveis, também, à generalidade do DGPI, de *anomalias não graves*, e mediante análise casuística, não lhes reconhecemos, igualmente, qualquer procedência.

⁴²⁸ Cfr. JULIAN SAVULESCU, *Deaf Lesbians, “Designer Disability”, and the Future of Medicine*, *ob. cit.*, pág. 772, que refere, “But what if a couple has in vitro fertilisation and preimplantation genetic diagnosis and they select a deaf embryo? Have they harmed that child? Is that child worse off than it would otherwise have been (that is, if they had selected a different embryo)? No - another (different) child would have existed. The deaf child is harmed by being selected to exist only if his or her life is so bad it is not worth living. Deafness is not that bad. Because reproductive choices to have a disabled child do not harm the child, couples who select disabled rather than non-disabled offspring should be allowed to make those choices, even though they may be having a child with worse life prospects.”; nesta matéria, SØREN HOLM, *Wrongful Life, The Welfare Principle and The Non-Identity Problem: Some Further Complications*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, *ob. cit.*, pág. 419, “Accepting the argument that existence is almost always preferable to non-existence and that a complainant therefore cannot be said to have been harmed by being born in a disabled state (...) It leaves the door wide open for a whole range of harmful reproductive practices.”; K. W. ANSTEY, *Are Attempts to Have Impaired Children Justifiable?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, n.º5, 2002, págs. 286 a 288, que indica, numa posição radical, sob vários argumentos, de carácter ético-social, que não deverá ser permitido aos progenitores realizarem qualquer selecção (diagnóstica) para *identificar* ou mesmo *excluir* casos de *surdez*; V., também, MARTA NUNES VICENTE, *Wrongful Life Actions: The “Ethical Maze” Between Slippery Slopes and The Non-Identity Problem*, in *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º17, 2012, págs. 243 a 255.

Sucedem, porém, que, em qualquer uma das hipóteses, se, uma vez *admitidas* ou *admissíveis* num Ordenamento Jurídico, quer no âmbito da respectiva regulamentação legal, quer pela ausência dela, o facto é que, a menos que exista negligência médica ou laboratorial no processo informativo, os prospectivos pais são devidamente aconselhados a não o fazer, por forma a prevenir-se o nascimento de uma criança portadora de determinada anomalia. E se o fazem, e a criança vem a nascer com a deficiência, nada impede que ela venha a demandar civilmente os pais pelos danos sofridos, num espaço eventualmente aproximado ou compaginável com as chamadas acções de *wrongful life* (vida indevida).

Na concepção mais rigorosa, ou *stricto sensu*, as acções de *wrongful life* são intentadas pela criança, em regra, com representação legal dos pais, em virtude de uma falha do dever de informação, por parte dos médicos, clínicas ou laboratórios, acerca dos riscos de anomalia embrionária ou fetal, que privou a mãe, ou o casal, de tomar uma decisão esclarecida, nomeadamente de não autorizar a implantação do embrião no útero, em DGPI, ou de interromper a gravidez, nos termos legais, em DPN, dando-se, assim, origem a uma vida indevida de uma criança, que, doutro passo, “*não existiria*”⁴²⁹.

Em todo o caso, cumpre indicar que tem sucedido, com frequência, incorporarem-se no espaço das acções de *wrongful life* os casos, de DPN, em que a mãe, ou o casal, ainda que devidamente informados, por via de aconselhamento genético, dos riscos de anomalia fetal, decide, por motivos variados, prosseguir com a gravidez, sendo que a criança, uma vez lesada, passa, desta feita, a dirigir a acção *directamente* contra os seus pais⁴³⁰.

Destarte, também nas circunstâncias que ora tratamos, em DGPI, de *selecção de um embrião portador de anomalia*, existe um *esclarecimento prévio* aos progenitores, que, não obstante, decidem avançar na respectiva implantação, assumindo o risco do nascimento de uma criança com deficiência, pelo que o substrato da respectiva acção

⁴²⁹ Estas acções distinguem-se das de *wrongful birth*, que, mantendo o mesmo quadro conceptual, são, todavia, intentadas pelos progenitores contra os médicos e/ou clínicas e/ou laboratórios.

⁴³⁰ Cfr. FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não Existência, Direito a não Nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 2006, pág. 132; MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º11, 2009, pág. 119; FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 84 a 113; ALLEN BUCHANAN, DAN BROCK, NORMAN DANIELS e DANIEL WIKLER, *From Chance to Choice, Genetics & Justice*, ob. cit., pág. 237, defendem que as acções de “*wrongful life*”, reservadas, na sua óptica, aos casos de vida “not worth living”, podem, certamente, ser interpeladas contra os pais “if they knew before conception that their child would have such a disease, or knew after conception of the risk or certainty that their fetus did have such a disease, and yet allowed it to come into existence in that condition.”.

processual que venha a ter lugar, encontrará, certamente, arrimo nos fundamentos que, em geral, se elencam para os casos, genuínos, de acções de *wrongful life*, podendo, assim, merecer igual designação⁴³¹.

Em todo o caso, destaque-se que estas últimas têm sido fortemente rejeitadas no plano jurisprudencial e doutrinal, sendo no palco dos pressupostos de responsabilidade civil, entre nós, contemplados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, que surgem os principais obstáculos⁴³².

E, neste passo, aliás, vislumbram-se, desde logo, acrescidas dificuldades quando à procedência de acções deste tipo, se uma vez aplicadas aos casos, aqui, em análise, em que não ocorre violação do consentimento informado, e aconteça serem *permitidos* ou *permissíveis* no plano jurídico-legal, já que se manifesta impraticável decantar, em termos rigorosos, a existência de *ilicitude*.

Por outro lado, no que tange ao alegado “*direito a não existir*” ou à “*não existência*”, que surge, invariavelmente, no contexto da petição da criança, não sendo aceite pelo nosso Ordenamento Jurídico, poderia, de igual modo, e, a esse nível, comprometer a viabilidade indemnizatória em sede de responsabilidade civil.

Na eventualidade de existir *proibição legal expressa* da selecção de embriões portadores de anomalia (ou anomalia grave), o apuramento da *ilicitude* poderá estar, aparentemente, solucionado, embora, em casos que tais, a acção de responsabilidade civil poderá, outrossim, vir a ser intentada contra o médico que procedeu à implantação *in utero*⁴³³.

⁴³¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., pág. 63; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., pág. 69, que, a este propósito, classifica as acções em que há uma escolha esclarecida por parte dos pais como de “responsabilidad por procreación irresponsable”, considerando que a patologia ou deficiência da criança é causada *mediatamente* pelos progenitores. Defende, igualmente, que o seu enquadramento a aproxima das acções de *wrongful life*.

⁴³² Cfr. Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, Relator: Pinto Monteiro; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Relator: Rui Vouga; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Relator: Filipe Carço; Acórdão do STJ, de 17 de Janeiro de 2013, Relator: Ana Paula Boularot, in *www.dgsi.pt*; no plano de Direito Comparado, sobretudo, para o caso do Reino Unido, EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 713 a 719 e 755 a 761; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 352 a 369; para um traçado Europeu e EUA, PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 7 a 13; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., págs. 67 a 72; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 214 a 236.

⁴³³ Cfr. ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., pág.

De todo o modo, como se analisará em momento próprio, figuram vários entraves ao nível jurídico, em sede dos demais pressupostos de responsabilidade civil, e, mesmo no palco doutrinal, que condicionam a total procedência das acções de *wrongful life*.

Por conseguinte, e quanto ao tema ora em análise, entendemos que o *tonus* do problema se encontra, na verdade, um passo atrás, devendo os respectivos Ordenamentos Jurídicos promover um esforço progressivo de regulamentação jurídica, que, de forma tipificada, vede, na sua completude, que as técnicas de PMA e DGPI sirvam fenómenos de “*design for disability*”, os quais, *rectius*, ultrapassam os limites éticos e jurídicos atendíveis no que concerne à autonomia que cabe aos pais no âmbito da liberdade reprodutiva e planeamento familiar⁴³⁴.

6.5. Notas Finais sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação

Na verdade, a utilização clássica do DGPI e a sua potencial aplicabilidade em vários contextos implica a abordagem de uma completude de questões, que se prendem, desde logo, com as razões motivadoras dos progenitores, ao respectivo processo selectivo dos embriões, e, ainda, quanto às consequências sociais e ético-jurídicas, a curto e médio prazo, deste tipo de técnicas de PMA.

De facto, cremos que se afigura válido o argumento do casal, que tenha antecedentes familiares de risco de anomalia genética e/ou cromossomopática graves, e que recorre, assim, ao DGPI de forma a prevenir o nascimento de um filho portador de deficiências.

Com efeito, aqui, o DGPI parece comportar uma função, marcadamente, terapêutica, aliás, reforçada na presença de um receio ou temor do casal no que tange à eventualidade de vir a ter (mais) um filho com determinada anomalia congénita ou, até

69, nota de rodapé 96, que, referindo o autor Thomas Mannsdorfer, destaca, nesta sede, o caso previsto no art.º 159.º, do Código Penal Espanhol, relativo aos delitos de *manipulación genética*, quando os progenitores requeiram ao médico que manipule o genotipo de um “preembrión” por forma a que a futura criança venha a padecer de (determinadas) deficiências.

⁴³⁴ Cfr. JONATHAN GLOVER, *What Sort of People Should There Be?*, Penguin, 1984, pág. 48, indica que, “We already find it difficult to strike a satisfactory balance between protection of children and parental freedom to choose the kind of upbringing their children should have. But it is hard to accept that society should set no limits to the genetic choices parents can make for their children.”; VERA LÚCIA RAPOSO, “*Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião*” – *Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinae*, ob. cit., pág. 71, refere que, “(...) como os direitos que compõem o poder paternal são na verdade poderes/deveres, teleologicamente vinculados ao bem-estar dos filhos, também esta possibilidade de determinação genética deve estar pré-ordenada ao benefício e bem-estar dos filhos, e não aos caprichos pessoais dos pais.”

mesmo, no sentido de evitar o transtorno emocional que, certamente, poderia decorrer em virtude de um (adicional) quadro de interrupção de gravidez, em DPN⁴³⁵.

Em sentido próximo, defendemos que o carácter terapêutico do DGPI se verifica, igualmente, na selecção de sexo por razões médicas, e, num contexto mais amplo, também nas hipóteses de *saviour child* e *saviour sibling*⁴³⁶.

Ora, considerando o DGPI na sua dimensão geral, Vera Lúcia Raposo destaca que o conceito de processo terapêutico não se revela, efectivamente, adequado, porquanto, atento o elemento terminológico e o próprio significado da palavra, poder-se-á cair num terreno exterior às finalidades que, em regra, lhe estão associadas, como sendo o *tratamento* ou *cura*.

Por outro lado, acrescenta, ainda, que, nesse contexto dito terapêutico, o DGPI poderá determinar implicações de carácter social, sobretudo, no sentido de que a selecção do embrião não portador de anomalia genética em relação aos patológicos, autoriza a que estes possam ser classificados como “doença”, facto que, em rigor, não constitui qualquer “forma de cultura” ou “particularidade social” que deva ser adoptada por uma Sociedade⁴³⁷.

Na verdade, não descartamos que ao DGPI subjazem questões de enorme relevo, como sendo, no limite, eventuais circunstâncias de estigmatização e, mais remotamente, a perda de apoio social de quem possua anomalia congénita⁴³⁸.

Refira-se, aliás, que, não raras vezes, tal cenário é, também, remetido ao DPN, ainda que com menos premência, já que o confronto entre o saudável e o enfermo parece emergir de forma mais objectiva na selecção de embriões, onde se procede, efectivamente, a uma escolha dos embriões sem anomalia e em melhores condições de prosseguir a gestação.

⁴³⁵ V. JAVIER VALERO MARTÍN, *Medicina Perinatal y Diagnóstico Prenatal*, in *Cuadernos de Bioética*, n.º70, Vol. XX, 3ª, Setembro-Dezembro, 2009, pág. 449.

⁴³⁶ Cfr. CNECV, Parecer n.º 51/CNECV/07, “*Diagnóstico Genético Pré-Implantação*”, Abril de 2007, pág. 4, ponto 8, in www.cnecv.pt; Parecer n.º 107, de 15 de Outubro de 2009, do Comité Consultatif National d’Éthique Pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Opinion on Ethical Issues in Connection with Antenatal Diagnosis: Prenatal Diagnosis (PND) and Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD)*, in www.ccne-ethique.fr, págs. 20 e ss..

⁴³⁷ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, “*Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião*” – *Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 61.

⁴³⁸ Cfr. ELISABETH HILDT, *Autonomy and Freedom of Choice in Prenatal Genetic Diagnosis*, in *Medicine, Health Care and Philosophy, A European Journal*, ob. cit., pág. 70, “Going along with a strong emphasis on parental autonomy, there is a clear danger that in view of the availability of choice there might be a reduction in social support for people having certain genetic disorders, since these disorders may be considered to be avoidable in view of PGD.”.

Ora, conforme se avançou *supra*, defendemos que tais implicações que possam decorrer como corolário da utilização do DGPI e DPN devem ser precludidas ou atenuadas, concretamente, através do cumprimento de um regime jurídico que determine condições específicas para o respectivo acesso dos casais.

De todo em todo, e sobretudo em face do processo selectivo no terreno do DGPI, têm sido levantadas preocupações de carácter eugénico⁴³⁹.

Na verdade, o eugenismo, recuado no tempo, e com origens na Grécia Antiga, emergiu sob diferentes vestes, cumprindo destacar, desde logo, nos finais do século XIX, casos de esterilização de indivíduos que possuíam determinadas patologias, incluindo do foro psíquico, por forma a evitar a sua transmissão à descendência.

Doutro passo, também a ideologia propugnada pelo regime *nazi*, que, logo nas primeiras décadas do século XX, definiu um programa de esterilização compulsória, que acabaria por desaguar nas profundas atrocidades cometidas, nos campos de concentração Alemães, no âmbito da Segunda Guerra Mundial⁴⁴⁰.

Em acréscimo, a prática eugénica verificou-se, também, por via legislativa, designadamente, em sede matrimonial, sendo vedado ou limitado o casamento,

⁴³⁹ A este propósito, pode considerar-se, ainda, eugenia *negativa*, estando em apreço, v.g., a esterilização, a proibição de matrimónio de enfermos e incapazes, e eugenia *positiva*, uma vez promovendo o casamento e a reprodução entre indivíduos saudáveis especificamente seleccionados, e, hoje, através de técnicas de manipulação genética para melhoria das características do nascituro ou da selecção de embriões, em DGPI, com especifica condição genética; Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. II, *ob. cit.*, págs. 260 e 261, considerando eugenia negativa ou terapêutica, a “eliminação de descendência indesejada mediante a rejeição de material genético patológico (...)” e eugenia positiva, a “prévia selecção de material genético com qualidades altamente apreciadas.”; LUCIANA MENDES ROBERTO, *Dos Aspectos Éticos do Consentimento Informado em Reprodução Assistida: Diagnóstico Genético Pré-Implantacional – Legislação Brasileira e Portuguesa*, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 9, 2008, págs. 102 a 104.

⁴⁴⁰ De facto, a esterilização eugénica tem origens nos EUA, nomeadamente, no caso *Buck v. Bell*, e na respectiva Lei de Indiana, em 1907, e na Califórnia, em 1913. Na Alemanha, em 1933, é publicada, sob regime nazi, uma lei de esterilização (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*) para prevenir o risco de transmissão de doenças genéticas à descendência. Por sua vez, também na Dinamarca, na Suíça e Suécia foram publicadas leis de esterilização compulsiva, cumprindo salientar, ainda, o caso do Canadá, através da Alberta Eugenics Board, que regeu até 1972; Cfr. EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, *ob. cit.*, págs. 43 a 46, refere que, “By prolonging the survival of individuals suffering from genetic disease, modern medicine was also believed to be subverting the natural elimination of those who were “unfit to breed”.”. Neste passo, os principais objectivos de carácter eugénico eram, “first that the human race should be improved by selective mating, and second that social ills such as disease, crime and poverty could be eradicated by discouraging “defective” individuals from reproducing.”; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 304, “Neither legislatures nor courts can totally disregard the ghost of the eugenic movement (...) in the first half of the twentieth century and led to legislative measures in several jurisdictions that provided for the sterilisation of mentally handicapped persons, those suffering from certain forms of genetically transmissible diseases, and even criminal recidivists.”.

enquanto critério mediato para evitar a reprodução, sempre que estivessem em causa problemas de saúde graves e passíveis de ser transmitidos⁴⁴¹.

De todo o modo, a este nível, a Sociedade conhece, hoje, padrões morais e de conduta algo distintos daqueles que foram adoptados em grande parte do século XX, sendo, portanto, moralmente válido e não censurável a reprodução por casais que não tenham contraído matrimónio.

Como refere André Dias Pereira, o Direito Matrimonial deixou de ser um instrumento eficaz para garantir a “implementação de políticas eugénicas”, pelo que “a tutela da pessoa humana no seu contato com as modernas ciências biomédicas” passou a estar sob domínio do Direito Médico.

E é precisamente neste passo que tem sido afirmado que, não apenas os testes genéticos em sede da medicina pré-concepcional, mas também, em DPN, com a possibilidade de recurso à interrupção da gravidez não punível, em DGPI, pela selecção de embriões não portadores de anomalia, e, em PMA, por via de terapia génica, constituem meios cujo resultado prático acaba por comportar uma forte dimensão eugénica.

Por outro lado, este contexto pode revelar-se preocupante, na medida em que, apesar das limitações no acesso às respectivas técnicas e procedimentos médicos, emerge, agora, num quadro de autodeterminação do indivíduo e do direito à liberdade reprodutiva.

Destarte, no entendimento de André Dias Pereira, operou-se, assim, uma transferência do *eugenismo público*, sob tutela exclusiva do Estado, para o *eugenismo privado*, sob coordenação da Sociedade e dos casais. Por conseguinte, indica, “A sociedade aceita e *reclama* este direito ao controlo da saúde da descendência.”⁴⁴².

Pela nossa parte, temos que se o sentido do termo eugenia ou eugénico for tomado num contexto de prevenção do nascimento de indivíduos portadores de patologias graves, será inevitável reconhecer que o DPN, DGPI e a interrupção voluntária da gravidez por motivos fetopáticos podem ser, cautelosamente, incorporados nesse domínio conceptual.

⁴⁴¹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., págs. 266 a 278, referindo, também, no caso Português, a Lei da Família de 1910 e a Lei do Divórcio de 1910.

⁴⁴² Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 211 a 214.

Todavia, cremos que tanto o DPN, como o DGPI, pelo menos na sua formulação tradicional, autorizada no plano jurídico, seguem fundamentos tendencialmente afastados daqueles contemplados no traçado originário da doutrina eugénica, e que assentavam, *maxime*, num progressivo aperfeiçoamento da raça humana através de práticas médicas e não médicas, com consequências evidentes em termos de classes sociais, etnias e culturas⁴⁴³.

Na realidade, e, concretamente, em DGPI, no que concerne ao diagnóstico de anomalias congénitas, e sem prejuízo, também, de casos de terapia génica, a decisão, embora estritamente médica, parte dos progenitores, sendo, portanto, de motivação individual, e destina-se, em rigor, a diminuir o risco de nascimento de uma criança com patologia grave, que venha, assim, a padecer sofrimento físico e emocional.

De todo o modo, embora nestas circunstâncias em que o DGPI serve o seu escopo primacial não devam levantar-se receios de foro eugénico, a verdade é que deve ser reconhecida especial preocupação aos casos de selecção de sexo por motivos não médicos e às escolhas parentais a propósito de *design baby* ou *design for special features*, no âmbito, bem assim, da engenharia genética⁴⁴⁴.

Neste passo último, mostra-se, como tal, imperioso que a regulação jurídica da PMA vede, por completo, os respectivos procedimentos e técnicas que permitam alcançar essas finalidades⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Cfr. LUCIANA MENDES ROBERTO, *Dos Aspectos Éticos do Consentimento Informado em Reprodução Assistida: Diagnóstico Genético Pré-Implantacional – Legislação Brasileira e Portuguesa*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 110 e 111, considerando que, em DGPI, a selecção de embriões não portadores de anomalia genética pode considerar-se uma forma de eugenia negativa, que, ao invés da eugenia positiva, não tem motivado particular controvérsia; FERNANDO ABELLÁN, *Selección Genética de Embriones, Entre la Libertad Reproductiva y la Eugenesia*, ob. cit., pág. 152; TOM CAMPBELL e LAURA CABRERA, *The Weak Moral Basis for Strong PGD Regulation*, in *Regulating Pre-Implantation Genetic Diagnosis, A Comparative and Theoretical Analysis*, ob. cit., págs. 32 e 33.

⁴⁴⁴ Cfr. WALTER OSSWALD, *Diagnóstico Genético e Medicina Predizente. Diagnóstico Pré-natal*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, (Coordenação de Oliveira Ascensão), Almedina, 2005, pág. 23, fala que não se trata de uma “eugenia estatal”, mas da “moderna genética”, da “nova eugenia”, respeitante a indivíduos ou casais que projectam “para a realidade da procriação sonhos e mitos egocêntricos”, na medida em que, através das técnicas de PMA, procuram alcançar um *filho perfeito*, que seja, nomeadamente, “bonito e de porte atlético”; CHRISTIAN BYK, *Preimplantation Genetic Diagnosis: An Ambiguous Legal Status For an Ambiguous Medical and Social Practice*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 28, Janeiro-Junho, Bilbao, 2008, pág. 102, refere que, “Regarding non medical indications for PGD, the respect of the autonomy of parents may be seen as a slippery slope to soft eugenics (...)”.

⁴⁴⁵ Cfr. Art.º 7, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, “As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.”; Art.º 8, n.º 2, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, “É proibida qualquer intervenção médica que tenha por objectivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa.”; Art.º 13.º, da CDHBio.

Por outro lado, cumpre, ainda, referir que o dever de informação assume um papel de enorme importância em todo o contexto do DGPI, pelo que o seu incumprimento ou cumprimento defeituoso, designadamente quanto ao risco de anomalia genética do embrião, tem determinado forte litigância judicial, em sede de acções de *wrongful birth* e *wrongful life*⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 352 a 369; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 5 a 25; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 214 a 248.

PARTE III
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
NOS CUIDADOS DE SAÚDE REPRODUTIVA

CAPÍTULO I
A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
E O DEVER DE INFORMAÇÃO
EM DIAGNÓSTICO PRÉ-CONCEPCIONAL, DPN E DGPI

1. Contexto Geral

Na verdade, com a afirmação do consentimento informado na prestação de cuidados de saúde, o paciente tem o direito a ser devidamente esclarecido antes de autorizar determinada intervenção ou procedimento médico-cirúrgico.

Ora, no espaço da saúde reprodutiva da mulher e do planeamento familiar do casal, a falha do dever de informação em diagnóstico pré-concepcional, DPN e DGPI, tem permitido uma forte emergência de acções de responsabilidade civil, denominadas de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.

De facto, as acções de *wrongful conception* (*concepção indesejada*) ou *wrongful pregnancy* (*gravidez indesejada*) são demandadas pelos progenitores contra os médicos e/ou clínicas, na sequência de uma intervenção cirúrgica de esterilização definitiva (masculina ou feminina) mal sucedida ou por falha na informação de que os competentes procedimentos e técnicas apresentavam riscos de insucesso, e a prescrição ou aplicação inadequada de método contraceptivo, vindo, assim, a nascer um filho *saudável*, mas cuja concepção não fora desejada⁴⁴⁷. Por outro lado, podem, igualmente, verificar-se litígios contra os laboratórios farmacêuticos, v.g., por defeito de métodos contraceptivos e, também, em direcção ao técnico de farmácia de oficina, pela dispensa incorrecta do respectivo fármaco ou anticoncepcional.

Em regra, são, aqui, alegados *danos patrimoniais* relativos à perda de rendimentos da mãe, em virtude da gravidez e do parto, e ao dispêndio financeiro de sustentar uma criança não desejada, e *danos não patrimoniais* compatíveis com a violação ou lesão do direito à *liberdade de não reprodução* e o respectivo sofrimento ou transtorno emocional que tal facto pode comportar.

No que concerne já às acções de *wrongful birth* (*nascimento indevido* ou *indesejado*), são intentadas por um ou ambos os *progenitores* contra os médicos e/ou clínicas e/ou laboratórios, pelo não cumprimento ou cumprimento defeituoso na

⁴⁴⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 5 e 6, que se refere à “errada prescrição de um medicamento ou a sua indevida dispensa por um farmacêutico.”; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., pág. 66; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 215, destacando que o problema nesta sede prende-se, essencialmente, com a “revelação dos riscos em operações *d’agrément* (vasectomia, laqueação de trompas)”, em que existe um “alargado” dever de esclarecimento; V., também, MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Anticoncepciones Fallidas e Hijos no Previstos*, ob. cit., págs. 1 a 16, in www.indret.com.

prestação de informação, em DPN, quanto aos riscos de anomalia fetal (ou embrionária), que se, em momento adequado, fossem conhecidos por aqueles, teriam, certamente, motivado a interrupção da gravidez, nos moldes legais, prevenindo o *nascimento indesejado* de uma criança portadora de deficiências⁴⁴⁸.

Com efeito, os pais requerem, por norma, a indemnização de *danos patrimoniais* correspondentes às despesas médicas e de internamento hospitalar, e custos de sustentar uma criança portadora de deficiências, perda de rendimento familiar e a compensação de *danos não patrimoniais*, respeitantes ao sofrimento, dor ou angústia inerentes a todo esse contexto.

Na verdade, embora nas acções de *wrongful conception* e *wrongful birth*, os demandantes sejam, igualmente, os progenitores, o critério distintivo reside no facto de que nas primeiras se trata do nascimento de um filho *são* cuja concepção não fora desejada, enquanto nestas, a acção compreende o nascimento indesejado de um filho portador de deficiência, mas em que a concepção fora, em rigor, planeada pelos progenitores.

Doutro passo, as acções de *wrongful life (vida indevida ou indesejada)*⁴⁴⁹ são intentadas pela *criança*, em regra mediante representação legal da autoridade parental, contra os médicos e/ou clínicas e/ou laboratórios, invocando que, se não tivesse ocorrido falha do dever de informação no que tange aos seus riscos de anomalia congénita, *não existiria*, já que, se tal fosse do conhecimento atempado dos seus

⁴⁴⁸ Na verdade, consideram-se aqui os laboratórios tomados em sentido lato, já que os mesmos integram médicos patologistas, que executam e/ou analisam os exames de rastreio ou diagnóstico, e estão, nessa medida, sujeitos, igualmente, ao dever de informação.

⁴⁴⁹ A expressão “*wrongful life*” surge, em 1963, num litígio dos EUA, *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill.App.2d 240, 190 N.E.2d 849 (App.Ct.), no Tribunal de Apelação de Illinois, embora num contexto diferente daquele que ora se analisa, respeitante, por sua vez, a uma vida insatisfatória ou (*dissatisfied life*). Com efeito, trata-se de uma acção em que o filho saudável demanda o progenitor pelo facto de ter nascido de uma relação ilegítima, que o impediu de ter uma vida normal “to have a legal father, to inherit from his father, to inherit from his paternal ancestors and for being stigmatized as a bastard.”. De todo o modo, apesar de não ter descartado eventuais danos na esfera jurídica do autor, o Tribunal julgou a acção improcedente. De facto, uma vez que as circunstâncias de vida alegadas seriam, com certeza, frequentes no País, tal deveria, na verdade, ser objecto de regulação específica pelo legislador; no mesmo sentido, *Williams v. State of New York*, 223 N.E.2d 343 (N.Y. 1966), que contemplou também um caso de vida insatisfatória, em que o filho nasceu na sequência da violação da mãe por parte do progenitor, ambos internados num hospital psiquiátrico, tendo a acção sido interposta contra o Estado de Nova York; Cfr. WENDY HENSEL, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, págs. 152 e 153; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte I), in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º4, Janeiro-Junho, Bilbao, 1996, pág. 110, nota de rodapé 13, VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro de 2012, pág. 77.

progenitores, em DPN, a gravidez teria sido, provavelmente, interrompida, ao abrigo dos ditames legais, prevenindo-se, como tal, uma *vida indevida*⁴⁵⁰.

Neste cenário, a criança fundamenta-se num *direito à não existência* e remete a sua pretensão indemnizatória para os *danos patrimoniais*, sobretudo, quanto às despesas médicas e de tratamento e custos gerais e extraordinários necessários ao seu sustento, e *danos não patrimoniais*, relativos à experiência difícil, plena de sofrimento e angústia, que constitui a sua vida, sendo, como tal, desejável não viver, ou, *rectius*, nunca ter nascido⁴⁵¹.

Aqui chegados, cumpre, ainda, destacar que nas acções de *wrongful birth* e *wrongful life* a anomalia congénita em apreço não resulta de lesão directa ou causal do médico. Em rigor, no âmbito da prestação de cuidados de saúde reprodutiva figuram, como tal, lacunas ou falhas no processo de esclarecimento ou de veiculação da informação que acabam por permitir o nascimento de uma criança portadora de deficiências.

Destarte, a violação da obrigação de informar pode, desde logo, verificar-se, por negligência, quando exista um total incumprimento ou ausência de informação por parte dos médicos em relação à condição de saúde do nascituro; o esclarecimento é prestado de modo defeituoso, com violação do dever cuidado e zelo exigíveis em sede de apresentação ou transmissão dos resultados dos exames de rastreio ou diagnóstico pré-concepcional e de DPN. Em PMA e DGPI, por falta de diligência na execução das técnicas respectivas, é seleccionado e implantado um embrião portador de anomalia

⁴⁵⁰ Cfr., também, FERNANDO PINTO MONTEIRO, *Direito à não Existência, Direito a não Nascer*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, *ob. cit.*, pág. 132, que refere que as acções de “*wrongful life*” podem, igualmente, ser intentadas pela criança, mas, desta feita, contra os seu *pais*, que, embora devidamente esclarecidos pelo médico quanto aos riscos de anomalia genética, acabam por decidir pela continuação da gravidez; no mesmo sentido, MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, pág. 119; FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, *ob. cit.*, págs. 86 a 89, que incorpora num contexto próximo às acções de “*wrongful life*” os casos em que filhos interpõem a acção contra a mãe toxicodependente, que, ainda assim, decidiu prosseguir com a gestação, ou mesmo quando, em geral, não preste o seu consentimento para a execução de certos procedimentos ou tratamentos médicos fundamentais. Refira-se, no entanto, pela nossa parte, que estas hipóteses se afastam do quadro habitual das acções de *wrongful life*, já que pode dar-se o caso da anomalia ou malformação congénita ter sido resultante de conduta inadequada por parte da mãe ou do pai; a este propósito, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 64 a 70, defende que se trata, na verdade, de acções de “*responsabilidad por procreación irresponsable*”, incluindo, bem assim, aqui, os casos em que a mãe sofra uma agressão por parte do pai ou nas hipóteses em que tenha uma profissão de risco.

⁴⁵¹ Cfr. DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, Vol. 10, n.º 1, 2005, págs. 354 a 356.

congénita, e/ou ocorre falha do dever de informação quanto aos riscos de patologia do embrião transferido⁴⁵².

2. A Posição da Jurisprudência

Na verdade, o início do século XXI tem sido marcado por um aumento gradativo de litígios no campo da responsabilidade civil médica por violação da obrigação de informar em momento pré-natal.

E, neste passo, a jurisprudência dos vários Ordenamentos Jurídicos tem caminhado no sentido de acolher as acções de *wrongful conception*, pese embora algumas limitações indemnizatórias, v.g., dos custos de sustento de uma criança saudável⁴⁵³.

Em respeito às acções de *wrongful birth*, o entendimento jurisprudencial tem-se pronunciado, em regra, de modo favorável às pretensões dos progenitores, apesar de figurarem, bem assim, divergências relativamente ao *quantum* indemnizatório.

De facto, os Tribunais, considerando a função reparatória, sancionatória e mesmo retributiva do instituto da responsabilidade civil, têm julgado procedentes, sobretudo, o ressarcimento de *danos patrimoniais*, quando se reportem aos custos *especiais* resultantes do sustento da criança, e a compensação de *danos não patrimoniais* (morais), por força da violação do direito à autodeterminação na gestão de cuidados de saúde reprodutiva, e/ou decorrente, também, da privação de interrupção da gravidez não punível, e, ainda, pelo respectivo choque e transtorno emocional pelo nascimento de um filho portador de deficiências e em face das suas limitações.

No que tange às acções de *wrongful life*, e exceptuadas algumas escassas decisões, a jurisprudência tem-se pronunciado negativamente, defendendo que não merece tutela jurídica um “direito à não existência”, nem, tão-pouco, se poderá

⁴⁵² Cfr. ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 72 a 74; LUÍS DUARTE MANSO, *Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-Natal – O Caso das Acções de “Wrongful Birth”*, in *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º18, 2012, págs. 161 e ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., pág. 76, considera que, nos casos de violação de consentimento informado, “a maior ou menor aceitabilidade destas acções depende, em boa medida, do alcance da obrigação de informação que se faça recair sobre o médico”, acrescentando que tal obrigação “inclui igualmente riscos raros mas graves.”

⁴⁵³ Cfr. *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52 e [2004] AC 309.

reconduzir a vida a um dano *per se*⁴⁵⁴. Por outro lado, são apontados, igualmente, fortes obstáculos no campo do preenchimento dos requisitos de responsabilidade civil, sobretudo, pela falta de nexo de causalidade entre o facto e o dano, e, ainda, doutro passo, pelo reconhecimento de que o presente instituto não se revela adequado para julgar este tipo de acções, as quais deveriam, como tal, ser objecto de protecção pela Assistência Social⁴⁵⁵.

Por conseguinte, mostra-se, assim, de relevo premente efectuar uma análise sobre o traçado da jurisprudência em Direito Comparado, que permitirá coadjuvar na interpretação do fundamento e sentido destas acções e da respectiva projecção no plano dogmático e doutrinal.

2.1. Estados Unidos da América

No âmbito do Direito Comparado, indique-se que os EUA assumem uma importância crucial, porquanto constituem o país onde emergiram as primeiras acções de *wrongful conception* e, sobretudo, de *wrongful birth* e *wrongful life*.

De facto, no que concerne às acções de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*, nota de destaque segue, desde logo, para o litígio *Custodio v. Bauer*, em 1967, no Tribunal de Apelação da Califórnia, a propósito de uma circunstância de falha de esterilização definitiva por laqueação das trompas, que foi julgada procedente⁴⁵⁶.

Em rigor, a orientação jurisprudencial dos EUA, neste contexto, parece caminhar no sentido de conceder indemnização aos progenitores, e, sobretudo, à mãe, pelos danos patrimoniais respeitantes às despesas médicas e pela perda de rendimentos em virtude da gravidez e do nascimento e danos não patrimoniais compatíveis com o sofrimento e a angústia emocional consequentes.

⁴⁵⁴ Cfr. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 380 e 381, nota de rodapé 303, referindo o caso *Berman v. Allan*, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979), cuja sentença ditou que, “life, whether experienced with or without a major physical handicap, is more precious than non-life”; FERNANDO PINTO MONTEIRO, *Direito à não Existência, Direito a não Nascer*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, ob. cit., pág. 137, destaca que o direito à “não vida” ou à “não existência” não tem “consagração na nossa lei”.

⁴⁵⁵ Cfr. Art.º L114-5, do *Code de l’Action Sociale et des Familles*; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, ob. cit., pág. 384.

⁴⁵⁶ Cfr. *Custodio v. Bauer*, 251 Cal.App.2d 303, 59 Cal.Rptr. 463 (1967), tendo sido julgada procedente a indemnização pelos danos patrimoniais relativos aos custos de sustento e educação da criança até à sua maioridade. O Tribunal entendeu que a indemnização “is not for the so-called unwanted child or “emotional bastard” (...) but to replenish the family exchequer so that the new arrival will not deprive the other members of the family of what was planned as their just share of the family income.”.

Neste sentido, pode referir-se o litígio *Public Health Trust v. Brown*, em 1980, no Supremo Tribunal da Florida⁴⁵⁷.

Por outro lado, em concreto, no que tange ao palco indemnizatório patrimonial das *despesas médicas*, cumpre indicar *Maggard v. McKelvey*, em 1981, no Tribunal de Apelação de Kentucky, e *Weintraub v. Brown*, em 1983, no Supremo Tribunal de Nova York⁴⁵⁸, pelo que já, no espaço da *dor e sofrimento* derivados da gravidez e do parto, *Bushman v. Burns Clinical Medical Center*, em 1978, no Tribunal de Apelação de Michigan⁴⁵⁹.

Também em sede de indemnização pelos danos morais respeitantes à *angústia emocional* de ambos os progenitores pelo nascimento de uma criança não planeada, destaque-se *Green v. Sudakin*, em 1978, no Tribunal de Apelação de Michigan, e *Beardsley v. Wierdsma*, em 1982, no Supremo Tribunal de Wyoming⁴⁶⁰.

Na verdade, se está plenamente consagrado e aceite o ressarcimento pelos danos patrimoniais e não patrimoniais ditados, a verdade é que têm-se registado fortes dissidências quanto aos danos patrimoniais relativos aos *custos de sustento de uma criança saudável* não desejada, pelo que a maioria dos Estados tende a rejeitar a sua viabilidade.

A este respeito, podem, desde logo, enunciar-se os litígios *Boone v. Mullendore*, em 1982, no Supremo Tribunal de Alabama, *Cockrum v. Baumgartner*, em 1983, no Supremo Tribunal de Illinois, *Johnston v. Elkins*, em 1987, no Supremo Tribunal do Kansas, *Hitzemann v. Adam*, em 1994, no Supremo Tribunal do Nebraska, *Emerson v. Magendantz*, em 1997, Supremo Tribunal de Rhode Island, que vedam, aqui, por completo, essa indemnização, atendendo, sobretudo, a razões de *public policy* e ao valor da *vida humana*⁴⁶¹.

Em seu turno, apenas em escassos Arestos é julgada procedente a indemnização aos progenitores pelas competentes *despesas de sustento*, e, via de regra, até à maioridade da criança, como sejam, v.g., os litígios *Cox v. Stretton*, em 1974, no

⁴⁵⁷ Cfr. *Public Health Trust v. Brown*, 388 So.2d 1084 (Fla. App. 1980).

⁴⁵⁸ Cfr. *Maggard v. McKelvey*, Ky. App., 627 S.W. 2d 44 (1981); *Weintraub v. Brown*, 98 A.D.2d 339, 342, 470 N.Y.S.2d 634, 637 (1983).

⁴⁵⁹ Cfr. *Bushman v. Burns Medical Center*, 83 Mich. App. 453, 268 N.W.2d 683 (Mich. App. 1978).

⁴⁶⁰ Cfr. *Green v. Sudakin*, 81 Mich. App. 545, 265 N.W.2d 411 (1978); *Beardsley v. Wierdsma*, 650 P.2d 288 (Wyo. 1982).

⁴⁶¹ Cfr. *Boone v. Mullendore*, 416 So. 2d 718, 721 (Ala. 1982); *Cockrum v. Baumgartner*, 447 N.E.2d 385 (Ill. 1983); *Johnston v. Elkins*, 736 P.2d 935 (Kan. 1987); *Hitzemann v. Adam*, 246 Neb. 201, 518 N.W.2d 102 (1994); *Emerson v. Magendantz*, 689 A.2d 409, 412-414 (R.I. 1997); no mesmo sentido, *Morris v. Sanchez*, 746 P.2d 184, 188-189 (Okla. 1987); *Smith v. Gore*, 728 S.W.2d 738 (Tenn. 1987).

Supremo Tribunal de Nova York, *Bowman v. Davis*, em 1976, Supremo Tribunal de Ohio, *Sherlock v. Stillwater Clinic*, em 1977, no Supremo Tribunal de Minnesota, *Jones v. Malinowski*, em 1984, no Tribunal de Apelação de Maryland, e *Lovelace Medical Center v. Mendez*, no Supremo Tribunal de New Mexico, em 1991⁴⁶².

Por outro lado, no que tange às acções de *wrongful birth*, a primeira decisão judicial de referência corresponde a *Gleitman v. Cosgrove*, em 1967, no Supremo Tribunal de New Jersey, estando, aliás, em apreço uma acção de *wrongful birth* e *wrongful life*, mas cujo pedido indemnizatório foi, nas duas hipóteses, recusado.

Em rigor, trata-se de um litígio em que a mulher grávida, com dois meses de gestação, comunicou ao médico de que havia padecido de rubéola no mês anterior, por forma a apurar quanto a eventuais implicações no desenvolvimento e integridade física do feto. Destarte, apesar do médico lhe ter afiançado que o mesmo não apresentava riscos de anomalia congénita, o facto é que acabou por nascer uma criança portadora de graves deficiências.

Neste passo, o Tribunal pronunciou-se de modo desfavorável em relação à pretensão de *wrongful birth*, justamente pela impossibilidade de se calcularem ou determinarem os danos decorrentes do nascimento uma vez feito um comparativo com o papel vantajoso que constitui a paternidade e a maternidade. Com efeito, não poderá ser objecto de ressarcimento algo que, na verdade, se apresenta como um benefício em termos humanos. A este propósito, foram também avançados fundamentos contra o aborto e em defesa da vida humana, conforme se retira do Aresto, que dita, *inter alia*, que, “We are not faced here with the necessity of balancing the mother’s life against that of her child. The sanctity of the single human life is the decisive factor in this suit in tort.”.

Já no espaço respeitante à demanda por *wrongful life*, o Tribunal considerou impraticável decantar o *quantum* de danos indemnizáveis, na medida em que não pode ser feita uma comparação entre a vida com a deficiência e a “não existência”. Na

⁴⁶² Cfr. *Cox v. Stretton*, 77 Misc. 2d 155, 352. N.Y.S.2d 834 (Sup. Ct. 1974); *Bowman v. Davis*, 356 N.E.2d 496 (Ohio App., 1976); *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 N.W.2d 169 (Minn. 1977); *Jones v. Malinowski*, 473 A2d 429 (Md 1984); *Lovelace Medical Center v. Mendez*, 805 P.2d 603 (N.M. 1991); Cfr. WENDY HENSEL, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, *ob. cit.*, págs. 151 a 154, e nota de rodapé 53, destaca que alguns Tribunais da Califórnia, New Mexico, Oregon e Wisconsin têm admitido o ressarcimento pelos danos patrimoniais respeitantes aos custos de sustento e educação da criança, ou seja, “costs of rearing the child without offset”; NORMAN M. BLOCK, *Wrongful Birth: The Avoidance of Consequences Doctrine in Mitigation of Damages*, in *Fordham Law Review*, Vol. 53, n.º5, 1985, págs. 1107 a 1111; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 342 a 345.

realidade, “The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination. This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself.”. Acresce, ainda, que a vida é um bem precioso, estando em causa, assim, uma questão de ordem pública ou *public policy*⁴⁶³.

De todo em todo, com o litúgio *Roe v. Wade*, em 1973, no Supremo Tribunal dos EUA, e o reconhecimento do aborto no espaço da liberdade de autodeterminação reprodutiva da mulher, e, concretamente, enquanto direito constitucional, operou-se uma substancial abertura para a emergência de acções de *wrongful birth* e de *wrongful life*⁴⁶⁴.

Com efeito, no terreno das acções de *wrongful birth*, cumpre destacar que, via de regra, têm sido julgadas procedentes, embora se verifiquem algumas divergências em sede do entendimento propugnado pelos diferentes Estados, *maxime*, quanto à respectiva extensão indemnizatória.

Neste contexto, e em circunstâncias mais diminutas, alguns Tribunais autorizam o ressarcimento total de *danos patrimoniais (full economic damages)* e *danos não patrimoniais* aos progenitores, aqui contemplando, nomeadamente, as situações de *pain, suffering* e *emotional distress*. A este respeito, podem indicar-se os litígios *Speck v. Finegold*, 1981, no Supremo Tribunal Pennsylvania⁴⁶⁵, no que concerne a uma criança com anomalias físicas e psíquicas, e *Gallagher v. Duke University*, 1986, no Tribunal de

⁴⁶³ Cfr. *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967); ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 120 e 121; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad (Parte I)*, *ob. cit.*, págs. 111 a 113.

⁴⁶⁴ Cfr. *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973), que, em rigor, veio afirmar a protecção constitucional do direito à autodeterminação negativa de reprodução, sobretudo, tendo por base a interpretação da 14ª Emenda da Constituição Americana e o *direito à privacidade* do indivíduo. Destarte, admite-se a interrupção da gravidez por vontade da mulher, concretamente, até ao final do 1.º trimestre. Do 1.º trimestre até ao período de viabilidade fetal, a interrupção é igualmente permitida, mas poderá verificar-se uma intervenção do Estado, atentas razões concernentes à saúde da mãe. No período subsequente, e até ao termo da gestação, o Estado poderá actuar de forma regulatória, e, inclusivamente, proibir o aborto, em face da potencialidade da vida humana, exceptuados os casos em que esteja em risco a vida ou a saúde da grávida; Trata-se, em rigor, de uma decisão jurisprudencial que tem mantido o seu relevo e eficácia, apesar de alguns litígios subsequentes, que questionaram o aborto enquanto direito merecedor de tutela constitucional, *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989), *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); para desenvolvimentos, também, EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, págs. 703 a 705.

⁴⁶⁵ Cfr. *Speck v. Finegold*, 439 A.2d 110 (Pa. 1981), que contemplou uma acção de *wrongful life* que foi, no entanto, julgada improcedente.

Apelação da Carolina do Norte, também no nascimento de uma criança portadora de graves deficiências ⁴⁶⁶.

Por sua vez, podem referenciar-se, igualmente, decisões que permitem o ressarcimento de *despesas extraordinárias* relativas à educação, tratamentos e assistência da criança e de *danos morais* respeitantes ao sofrimento e angústia dos progenitores, como, por exemplo, em *Proffitt v. Bartolo*, em 1987⁴⁶⁷, no Tribunal de Apelação de Michigan, numa falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalia fetal em virtude infecção materna por rubéola, e *Viccaro v. Milunsky*, em 1990, no Supremo Tribunal de Massachusetts, em face de uma anomalia congénita grave denominada de *displasia ectodérmica*⁴⁶⁸.

Doutro passo, em respeito à orientação, aparentemente, mais dominante da jurisprudência Americana, indiquem-se, também, os casos em que o Tribunal *apenas* concede a indemnização pelos danos patrimoniais correspondentes aos *supra* expendidos *gastos adicionais ou extraordinários*.

Neste cenário, o primeiro litígio tratou-se de *Becker v. Schwartz*, no Tribunal de Apelação de Nova Iorque, em 1978, numa circunstância de falha do dever de informação dos riscos de anomalia congénita, em virtude da idade avançada da gestante, já com 37 anos, e da necessidade de realização do exame de amniocentese, vindo, assim, a determinar o nascimento de uma criança com *Síndrome de Down*⁴⁶⁹.

Por outro lado, também no caso *Jacobs v. Theimer*, 1975, no Supremo Tribunal do Texas, se autoriza o ressarcimento por danos patrimoniais relativos aos cuidados de saúde e tratamento da criança, em face da violação do dever de informação quanto aos riscos de anomalia fetal na sequência da infecção materna pelo vírus da rubéola⁴⁷⁰. Já

⁴⁶⁶ Cfr. *Gallagher v. Duke*, 638 F. Supp. 979 (M.D.N.C. 1986), 852 F.2d 773 (4th Cir. 1988), que dita que, “This court can only conclude, and therefore holds, that a cause of action for wrongful birth must exist in North Carolina when, as alleged herein, a health care provider negligently provides counseling and information which induces a couple to conceive a defective child.”; ainda, *Robak v. United States*, 658 F.2d 471 (7th Cir. 1981), num caso de infecção maternal por rubéola, em que só foi concedida indemnização pelos danos patrimoniais.

⁴⁶⁷ Cfr. *Proffitt v. Bartolo*, 162 Mich App 35, 412 NW2d 232 (1987), num quadro em foi desconsiderada a acção de *wrongful life*, na medida em que o Tribunal entendeu que, “(...) this issue is more appropriately addressed by the Legislature or the Supreme Court.”

⁴⁶⁸ Cfr. *Viccaro v. Milunsky* 551 N.E.2d 8 (Mass. 1990); no mesmo sentido, *Eisbrenner v. Stanley*, 106 Mich.App. 357, 366-67, 308 N.W.2d 209, 213 (1981) e *Keel v. Banach*, 624 So2d 1022 (Ala 1993); ainda, *Berman v. Allan*, 80 N.J. 421, 404 A. 2d 8 (1979), num caso de *Síndrome de Down*, em que somente os danos morais foram indemnizados.

⁴⁶⁹ Cfr. *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, 413 N.Y.S.2d 895, 386 N.E.2d 807 (1978), tendo sido vedada a compensação de danos morais.

⁴⁷⁰ In *Jacobs v. Theimer* 519 S.W. 2d 846 (Tex. 1975); no mesmo sentido, também numa infecção por rubéola, *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 233 NW 2d 372 (Wis. 1975), em que os progenitores foram

em *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*, 1978, no Tribunal do Distrito Este da Pennsylvania, o caso compreende uma falha na interpretação do exame de amniocentese, tendo nascido uma criança portadora de doença de *Tay-Sachs*. A decisão judicial concedeu provimento à indemnização por danos patrimoniais concernentes ao tratamento médico da criança deficiente⁴⁷¹.

Em acréscimo, importa referir o litígio *Siemieniec v. Lutheran General Hospital* em 1987, no Tribunal de Apelação de Illinois, num caso de falha de informação dos riscos de anomalia em que veio a nascer uma criança com Hemofilia B⁴⁷², e *Garrison v. Medical Center of Delaware*, em 1990, no Supremo Tribunal de Delaware, numa circunstância de um exame de amniocentese mal sucedido, tendo sido realizado segunda vez, pelo que a informação médica do risco de anomalia genética de *Síndrome de Down* foi concedida tardiamente, impedindo, assim, a mãe (casal) de interromper a gravidez⁴⁷³.

Noutro contexto, casos há em que a indemnização pelas *despesas extraordinárias* está limitada à *maioridade* da criança, tal-qualmente sucede em *Bani-Esraili v. Lerman*, 1987, no Supremo Tribunal de Nova Iorque, até aos 21 anos, e em *Arche v. United States*, em 1990⁴⁷⁴, ou mesmo condicionada à sua respectiva esperança média de vida, como em *Phillips v. United States*, 1983⁴⁷⁵.

De facto, apesar da falta de uniformidade em termos indemnizatórios, as acções de *wrongful birth* têm sido acolhidas na jurisprudência, pelo que são muito diminutos os casos onde a pretensão é vedada na sua totalidade. Não obstante, podem referir-se, v.g., a este título, os litígios *Azzolino v. Dingfelder*, em 1985, no Supremo Tribunal da Carolina do Norte, *Wilson v. Kuenzi*, em 1988, no Supremo Tribunal de Missouri, em *Atlanta Obstetrics and Gynaecology Group v. Abelson*, em 1990, no Supremo Tribunal da Geórgia, e *Grubbs v. Barbourville Family Health Center*, em 2003, no Supremo Tribunal de Kentucky⁴⁷⁶.

ressarcidos pelos danos patrimoniais respeitantes apenas aos *gastos especiais ou extraordinários*. Por outro lado, foi aqui rejeitada a acção de *wrongful life*.

⁴⁷¹ Cfr. *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*, 451 F. Supp. 692 (EDPa.), 1978, que dita que, “We find that the plaintiffs may recover damages for the medical treatment of Andrew Lane Gildiner. We do not decide, at the present time, whether other damages may be recovered by the plaintiffs.”

⁴⁷² Cfr. *Siemieniec v. Lutheran General Hospital*, 117 Ill. 2d 230, 512 N.E.2d 691 (1987), em que foi rejeitada a acção de *wrongful life*.

⁴⁷³ Cfr. *Garrison v. Medical Center of Delaware, Inc.*, 581 A.2d 288 (Del. 1990).

⁴⁷⁴ Cfr. *Bani-Esraili v. Lerman*, 505 N.E.2d 947 (N.Y. 1987); *Arche v. United States* 798 P.2d 477 (Kan. 1990).

⁴⁷⁵ Cfr. *Phillips v. United States* 575 F. Supp. 1309 D.S.C. (1983).

⁴⁷⁶ Cfr. *Azzolino v. Dingfelder*, 337 SE 2d 528 (NC, 1985); *Wilson v. Kuenzi*, 751 S.W.2d 741 (Mo. 1988); *Atlanta Obstetrics and Gynaecology Group v. Abelson*, 398 SE 2d 557 (Ga, 1990), e *Grubbs v. Barbourville Family Health Center*, 120 SW 3d 682 (Ky, 2003); em sentido inverso, sendo julgada

Aqui chegados, importa, destarte, analisar as acções de *wrongful life*, que têm sido rejeitadas pela maioria dos Estados, designadamente, em virtude de fundamentos assentes na *public policy*, na afirmação da vida humana como bem supremo e inalienável e na impossibilidade de quantificação do dano, sobretudo, num contexto de “*não existência*”.

Podem destacar-se, neste contexto, *Dumer v. St. Michael's Hospital*, em 1975, no Supremo Tribunal de Wisconsin⁴⁷⁷, e em *Bruggeman v. Schimke*, em 1986, no Supremo Tribunal de Kansas, cuja sentença ditou que, “We are convinced that an action for wrongful life should not be judicially recognized in Kansas. It has long been a fundamental principle of our law that human life is precious. (...) A legal right not to be born - to be dead, rather than to be alive with deformities - is a theory completely contradictory to our law.”⁴⁷⁸. Também em *Goldberg v. Ruskin*, em 1986, no Supremo Tribunal de Illinois, em que o respectivo Aresto enunciava que, “(...) The argument that the child was in some meaningful sense harmed by being born and would have been better off not being born suggests that there is a perspective, apart from our life and world, from which one can stand and say that he finds nonexistence preferable to existence. (...)”, acrescentando, mais à frente, que, “But the point to be made here is not that the calculation of damages for the asserted tort would be merely difficult, but rather that the task would be meaningless and impossible.”⁴⁷⁹. Por outro lado, refiram-se, ainda, *Proffitt v. Bartolo*, em 1987, no Tribunal de Apelação de Michigan, *Siemieniec v. Lutheran General Hospital* em 1987, no Tribunal de Apelação de Illinois, *Viccaro v. Milunsky*, em 1990, no Supremo Tribunal de Massachusetts, e *Taylor v. Kurapati*, em 1999, no Tribunal de Apelação de Michigan⁴⁸⁰.

Todavia, os Estados de Nova Iorque, Califórnia, Washington e New Jersey contemplam algumas decisões judiciais, onde têm sido julgadas procedentes as acções de *wrongful life*.

A este respeito, cumpre, desde logo, indicar o litígio *Park v. Chessin*, 1977, Nova York, numa circunstância de violação negligente do dever de informação por

procedente, na actualidade, *Sharad v. Sanghavi*, No. MID-L-10632-01 (Middlesex Co. Sup.Ct., N.J. May 19, 2006).

⁴⁷⁷ Cfr. *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 233 NW 2d 372 (Wis. 1975).

⁴⁷⁸ Cfr. *Bruggeman v. Schimke*, 239 Kan. 245, 719 P.2d 635 (Kan. 1986).

⁴⁷⁹ Cfr. *Goldberg v. Ruskin*, 499 N.E.2d 406 (Ill. 1986).

⁴⁸⁰ Cfr. *Proffitt v. Bartolo*, 162 Mich App 35, 412 NW2d 232 (1987); *Siemieniec v. Lutheran General Hospital*, 117 Ill. 2d 230, 512 N.E.2d 691 (1987); *Viccaro v. Milunsky* 551 N.E.2d 8 (Mass. 1990); *Taylor v. Kurapati*, 600 N.W.2d 670, 236 Mich. App. 315 (1999); mais recentemente, *Kassama v. Magat*, 792 A.2d 1102, 368 Md. 113 (2002).

parte do médico em sede de aconselhamento pré-concepcional. Na verdade, o casal *Park* teve um primeiro filho, que era portador de uma doença renal poliquística autossômica recessiva e veio a falecer após o nascimento. Por conseguinte, antes de decidir engravidar novamente, a progenitora (o casal) questionou o médico quanto aos riscos de transmissão genética dessa específica patologia, pelo que a resposta terá sido negativa. A criança veio, porém, a nascer com a correspondente anomalia, pelo que a autora alegou que os pais não foram informados de modo adequado no sentido de tomarem a respectiva decisão de planeamento familiar. O Tribunal decidiu de forma favorável, atendendo ao “right of a child to be born as a whole, functional human being.”⁴⁸¹.

Por outro lado, destaque-se, outrossim, o litígio *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, em 1980, no Tribunal de Apelação da Califórnia, instaurada por uma criança portadora síndrome de *Tay-Sachs* contra os laboratórios, por falha no dever de informação aos progenitores, no âmbito dos exames efectuados, do risco de transmissão à descendência da respectiva anomalia genética. A acção foi decidida de forma favorável, tendo o Tribunal indicado que, “The reality of the “wrongful-life” concept is that such a plaintiff both exists and suffers, due to the negligence of others. (...) We need not be concerned with the fact that had defendants not been negligent, the plaintiff might not have come into existence at all. (...) In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights.”. Por conseguinte, a criança foi ressarcida por danos não patrimoniais (morais), respeitantes à dor e sofrimento (*pain and suffering*), embora limitados à sua esperança média de vida, que foi ditada em 4 anos. Além disso, foi, ainda, indemnizada, neste passo, por danos patrimoniais compatíveis com as despesas especiais ou extraordinárias (*special pecuniary loss*) decorrentes do seu estado de saúde. Saliente-se, igualmente, que o Tribunal tomou, ainda, em consideração a figura dos *punitive damages*, ao referir que não figuram razões

⁴⁸¹ Cfr. *Park v. Chessin*, 60 A.D.2d 80,400 N.Y.S.2d 110 (1977); no entanto, esta decisão judicial foi seguida por outra que vedou completamente as acções de *wrongful life*, considerando, aqui, o Estado de Nova York, *Alquijay v. St. Luke's Roosevelt Hospital Center*, 63 N.Y.2d 978, (1984), “In this State the courts have consistently held that the life of one such as plaintiff infant, born in an impaired state, does not constitute an injury to the infant. Recognition of such a cause of action would require legislation”; a este propósito, RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte I), *ob. cit.*, págs. 114 a 117.

no âmbito da *public policy* ou num quadro legal “for exempting from liability for punitive damages a defendant who is sued for committing a “wrongful-life” tort.”⁴⁸².

No que concerne a *Turpin v. Sortini*, em 1982, no Supremo Tribunal da Califórnia, em que, no âmbito do aconselhamento pré-concepcional, ocorreu uma violação do dever de informação quanto aos riscos de transmissão à descendência de uma patologia de surdez, de que já padecia um anterior filho. O Tribunal adoptou uma conduta mais restrita que no litígio precedente, concedendo *apenas* o ressarcimento de danos patrimoniais *especiais* (*special damages*), respeitantes às despesas extraordinárias da sua condição de saúde, sendo vedados os *danos gerais* (*general damages*)⁴⁸³.

Também num sentido próximo, refira-se *Harbeson v. Parke-Davis*, em 1983, no Supremo Tribunal de Washington, onde foi só concedido provimento às despesas extraordinárias decorrentes dos cuidados de saúde da criança portadora de deficiências⁴⁸⁴.

Em seu turno, já em *Prokanik v. Cillo*, em 1984, no Supremo Tribunal de New Jersey, trata-se de um caso de falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalia em face da infecção materna pelo vírus da rubéola, tendo, destarte, nascido uma criança com graves anomalias. O Tribunal autorizou somente a indemnização pelos danos patrimoniais *especiais*, correspondentes às *despesas extraordinárias*, relativas aos cuidados médicos⁴⁸⁵.

Finalmente, cumpre ainda destacar que o Estado de Maine 24 § 2931 (3), tendo embora autorizado a procedência de acções de *wrongful birth* e de *wrongful life*, no âmbito exclusivo de *despesas extraordinárias*, não admite provimento às acções de *wrongful conception*⁴⁸⁶.

⁴⁸² Cfr. *Curlender v. Bio-Science Laboratories* 106 Cal. App 3d 811 (1980).

⁴⁸³ Cfr. *Turpin v. Sortini* 643 P.2d 954 (Cal. 1982), “we conclude that while a plaintiff-child in a wrongful life action may not recover general damages for being born impaired as opposed to not being born at all, the child -- like his or her parents -- may recover special damages for the extraordinary expenses necessary to treat the hereditary ailment.”.

⁴⁸⁴ Cfr. *Harbeson v. Parke-Davis*, 656 P.2d 483 (Wash. 1983).

⁴⁸⁵ Cfr. *Prokanik v. Cillo*, 97 N.J. 339 478 A.2d 755 (1984).

⁴⁸⁶ Cfr., neste passo, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 120 a 125, nota de rodapé 233, destacando que em alguns Estados foi sendo estabelecida regulamentação legal que passou a vedar as acções de *wrongful birth* e *wrongful life*. É o caso de Idaho (Idaho Code § 5-334; Supp. 1989), Indiana (Ind. Code Ann. § 34-1-1-11; Burns Supp. 1989), Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 145.424 (1) – (2); West 1989), Utah (Utah Code § 78-11-24; 1987); proibindo as acções de *wrongful life*, Dakota do Norte (N.D. Centn. Code § 32-03-43); para um estudo aprofundado, nos EUA, J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 353 e 339 a 360, referindo, igualmente, a existência de legislação que tem concedido limites quanto à procedência de acções de *wrongful birth*, designadamente, em Geórgia, Minnesota, Missouri e Pennsylvania; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, *ob. cit.*, págs. 106 e 107 e 191 a 204; ELLEN

2.2. Reino Unido

No Reino Unido, as principais demandas de responsabilidade civil por violação do dever de informação correspondem, aqui, sobretudo, a acções de *wrongful conception* e de *wrongful birth*, sendo que apenas se verifica um litígio de *wrongful life*.

Destarte, as acções de *wrongful conception* têm sido, em regra, acolhidas pela respectiva jurisprudência, cumprindo, assim, enunciar, desde logo, o caso *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority*, em 1983, que compreendeu uma cirurgia de esterilização definitiva mal sucedida, tendo nascido, neste passo, uma criança saudável. A decisão judicial autorizou o ressarcimento à progenitora de danos morais respeitantes ao sofrimento e dor (*pain and suffering*) e perda de rendimentos (*loss of earnings*) decorrentes da gravidez e do nascimento⁴⁸⁷.

Em sentido próximo, em *Thake v. Maurice*, em 1986, a propósito de uma vasectomia, em que ocorreu falha do dever de informação quanto aos riscos de recanalização espontânea dos ductos deferentes, o Tribunal de Apelação apenas considerou procedente a indemnização de danos morais em face do desconforto e sofrimento da gravidez (*pain and distress*)⁴⁸⁸.

Nestes domínios, contudo, o litígio de referência trata-se de *McFarlane v. Tayside Health Board*, em 2000, que contemplou uma vasectomia mal efectuada, coexistindo falha no dever de informação quanto à necessidade de utilização de métodos de contraceptivos, em face da contagem negativa de espermatozóides. Por conseguinte, uma vez decorridos dois anos da intervenção cirúrgica de esterilização definitiva, nasceu Catherine Mcfarlane.

A acção de *wrongful conception* aqui formulada assentou na pretensão clássica, da mãe, no que tange aos danos patrimoniais respeitantes à perda de rendimentos (*loss*

WRIGHT CLAYTON, *What the Law Says About Reproductive Genetic Testing and What It Doesn't, in Women and Prenatal Testing: Facing the Challenges of Genetic Technology*, (Edição de Karen H. Rothenberg e Elizabeth J. Thomson), Ohio State University Press, 1994, págs. 131 a 178; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte I), *ob. cit.*, págs. 105 a 117; WENDY HENSEL, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, *ob. cit.*, págs. 142 a 162.

⁴⁸⁷ Cfr. *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority* [1983] 2 All ER 522; Por outro lado, refira-se, ainda, *Emeh v Kensington AHA* [1984] 3 All ER 1044, CA, que, embora se trate de um caso em que foi realizada uma cirurgia de esterilização ineficaz, facto é que a progenitora não autorizou a interrupção da gravidez, tendo nascido uma criança, desta feita, portadora de deficiências. Foi concedida indemnização pelos danos patrimoniais de sustento da criança e danos morais relativos à dor e sofrimento do nascimento; no mesmo traçado, *Benarr v. Kettering Health Authority* [1988] N.L.J. 179; *Allen v. Bloomsbury Health Authority* [1993] 1 ALL ER 651, (1993), 13 BMLR 47.

⁴⁸⁸ Cfr. *Thake v. Maurice* [1986] QB 644 1 All ER 497 (CA); também, *Newell v. Goldenberg* (1995) 6 Med LR 371.

of earnings) e pelos danos morais compatíveis com a angústia e sofrimento (*pain and suffering*), em virtude da da gravidez e do nascimento, e de ambos os progenitores, quanto aos danos patrimoniais decorrentes dos custos de sustento e educação da criança (*child's upbringing*).

Neste seguimento, o pedido da progenitora foi julgado procedente, por maioria, com excepção a Lord Millet, pelo que, no que convoca ao segundo, foi negado por unanimidade.

De facto, Lord Millet considerou que a posição que deve ser adoptada em relação a este litígio não depende da consideração técnica entre *consequential loss* ou *pure economic loss*, mas sim que, “There is something distasteful, if not morally offensive, in treating the birth of a normal, healthy child as a matter for compensation. (...) the law must take the birth of a normal, healthy baby to be a blessing (...)”. De todo o modo, entende que poderão ser ressarcidos por *general damages*, tomando somente em apreço a respectiva violação do direito à autodeterminação reprodutiva.

Na verdade, importa destacar, a este propósito, que, no espaço dos danos patrimoniais por *consequential losses*, estaria contemplada, essencialmente, a perda de rendimentos (*loss of earnings*) resultantes da gravidez e do parto, sendo que, em sede de *pure economic losses*, caberiam os custos de sustento e educação da criança.

E, neste conspecto, a House of Lords entendeu, de forma consensual, que não poderia ser concedida aos progenitores a indemnização das despesas de sustento da criança, sendo relevante a posição de Lord Slynn, que remeteu para os critérios estabelecidos na decisão judicial *Caparo Industries Plc. v. Dickman* relativamente ao ressarcimento de *pure economic losses*⁴⁸⁹. Na sua óptica, “(...) it is not fair, just or reasonable to impose on the doctor or his employer liability for the consequential responsibilities, imposed on or accepted by the parents to bring up a child. The doctor does not assume responsibility for those economic losses.”. Também Lord Steyn se pronunciou contra, assentando o seu fundamento em princípios de justiça distributiva, ou seja, “on the just distribution of burdens and losses among members of a society.”. Por sua vez, Lord Hope considerou os benefícios do nascimento de uma criança saudável e, outrossim, que um eventual ressarcimento dos custos da sua educação e sustento seria “disproportionate to the duties which were undertaken and, consequently,

⁴⁸⁹ Cfr. *Caparo Industries Plc. v. Dickman* [1990] 2 A.C. 605.

to the extent of the negligence.”, facto este que foi igualmente levantado por Lord Clyde⁴⁹⁰.

De facto, o caso *McFarlane v. Tayside Health Board* foi um marco na jurisprudência do Reino Unido, tendo sido precursor de algumas decisões, que, seguindo o entendimento expendido, limitaram a indemnização aos progenitores, em sede de *wrongful conception*, e, concretamente, quanto aos custos de sustento de uma criança saudável⁴⁹¹.

A este respeito, toma relevo premente a análise, a título breve, do litígio *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, em 2003, que compreende um caso em que a progenitora, que padecia de uma deficiência, submeteu-se a uma esterilização definitiva, justamente por temer não ter condições de prestar a educação e cuidados necessários a uma criança. Não obstante, a cirurgia foi mal sucedida e, dois anos volvidos, nasceu uma criança saudável.

De facto, a House of Lords, por maioria escassa de 4-3, aplicou o princípio estabelecido no caso *McFarlane*, enquanto exceção às regras ditadas pelo *tort law* no que concerne ao ressarcimento de *pure economic losses*, tendo deliberado que apenas seria concedida uma indemnização “*conventional*”, atento, neste passo, um quadro de violação do direito à autodeterminação reprodutiva⁴⁹².

⁴⁹⁰ Cfr. *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59; Na verdade, este Acórdão da jurisprudência da Escócia afastou-se do paradigma usual nesse país e do Direito Inglês. Em *Allan v. Greater Glasgow Health Board* 1998 SLT 580. I, em que haviam sido ressarcidos os custos de sustento da criança.

⁴⁹¹ Cfr., também, *AD v. East Kent Community NHS Trust* [2003] 3 All ER 1167 (2003) 70 BMLR 230 CA; *Greenfield v. Irwin* [2001] 1 WLR 1279 [2001] 1 FLR 899, CA; num contexto distinto, *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2001] 3 All ER 97, que se tratou de um caso em que decorreu falha na execução de uma esterilização definitiva feminina. A mãe (o casal) não autorizou a interrupção da gravidez, e veio, assim, a nascer uma criança, embora portadora de deficiências. A regra estabelecida em *McFarlane* não foi, como tal, aplicada e o Tribunal autorizou a indemnização pelas despesas *especiais* de cuidado e assistência à criança.

⁴⁹² Cfr. *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52 e [2004] AC 309; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 345 a 350 e, concretamente, 351 e 352, defendem que, “(...) the ‘conventional award’ as recognition of a new head of damages – that is, a breach of autonomy or interference with the right to plan one’s life (...) There is, in fact, some evidence that their Lordships themselves are moving in such a direction. Nevertheless, it does not represent the law as it now is in respect of the ‘birth torts’ which is that the rule laid down in *McFarlane* – that there should be no compensation for the costs of upkeep of a healthy, uncovenanted child – stands, and it is to be emphasised that it is the state of health of the child that determines the issue.”; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, págs. 731 e ss., e 747 e 748, destaca que, “(...) the parents in these cases have undoubtedly been wronged: they have been deprived of their freedom to control the size of their family.” Por conseguinte, a maioria da House of Lords “advocated what they described as a modest ‘conventional award’, which would not be intended to compensate for the actual loss suffered by the claimants, but rather to offer some recognition of the wrong done to them.”; JO SAMANTHA & ASH SAMANTHA, *Medical Law*, *ob. cit.*, págs. 205 e 206, consideram que, “*McFarlane* represents a clear divergence and exception to tort-based principles. *Rees* is positioned somewhere between the spectrum of recoverable loss on tort principles and *McFarlane*.” Neste passo, a “conventional award” permite evitar uma plena abertura “to the huge costs that might be incurred towards the maintenance of such children.”;

Por sua vez, no que tange às acções de *wrongful birth*, a jurisprudência do Reino Unido tem julgado procedentes as respectivas demandas, e aceite, neste passo, o ressarcimento aos progenitores dos custos *especiais* ou *extraordinários* de educação e sustento da criança deficiente⁴⁹³.

A este respeito, importa enunciar os casos *Rand v. East Dorset Health Authority*, em 2000, numa criança com *Síndrome de Down*, e *Hardman v. Amin*, em 2000, em que ocorreu uma violação do dever de informação em relação aos riscos de anomalia congénita do nascituro na sequência de infecção materna pelo vírus da rubéola⁴⁹⁴. Neste seguimento, nota de destaque para *Lee v. Taunton and Somerset NHS Trust*, em 2001, numa circunstância de falha de diagnóstico ecográfico de espinha bífida, cuja decisão veio, justamente, reafirmar o entendimento dominante, ao ditar, que, no âmbito do nascimento “of a disabled child after alleged negligence in failing to detect foetal abnormalities which would have led to a termination of the pregnancy, the courts have recognised the claimant’s right to claim damages for the cost of meeting the child’s special needs (...)”⁴⁹⁵.

E. QUILL, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 893 e 894, que destaca o caso *Byrne v. Ryan*, [2007] IEHC 207, de 20 de Junho de 2007, no *High Court* da Irlanda, numa circunstância de esterilização definitiva feminina mal sucedida, tendo nascido uma criança saudável. Em momento posterior, a paciente engravida novamente, pelo que, na sequência do parto, realiza nova cirurgia de esterilização. Destarte, o *High Court* julgou procedente a acção, concedendo à progenitora uma compensação pelos danos morais decorrentes do sofrimento e desconforto do respectivo nascimento e parto dos seus filhos, e, bem assim, pela nova cirurgia de esterilização definitiva. Por outro lado, rejeitou a indemnização por danos patrimoniais, relativos aos custos de sustento e educação, avançando fundamentos assentes na *Public Policy* e nos ditames estabelecidos no litígio *Mcfarlane*; do mesmo autor, Ireland, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2007*, *ob. cit.*, págs. 365 a 368; CIARAN CRAVEN, *Byrne v Ryan, Pregnancy and Children and Limitations on Recoverability for Actionable Wrongs*, Parte 1, in *Quarterly Review of Tort Law*, Vol. 2, n.º3, 2007; MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, *ob. cit.*, pág. 323, nota de rodapé 72.

⁴⁹³ *Cfr.*, num período antes de *Mcfarlane*, o litígio *Nunnerley v. Warrington Health Authority* [2000] Lloyd’s Rep Med 170, que representa um caso em que os progenitores foram ressarcidos da *completude* dos custos de sustento da criança, mesmo para além da respectiva maioridade civil.

⁴⁹⁴ *Cfr.* *Rand v. East Dorset Health Authority* [2000] 56 BMLR 39 e *Hardman v. Amin* [2000] 59 BMLR 58.

⁴⁹⁵ *Cfr.* *Lee v. Taunton and Somerset NHS Trust* [2001] 1 FLR 419; na Escócia *McLelland v. Greater Glasgow Health Board*, 2001 SLT 446, que decorreu num período intermédio a *Mcfarlane*, num caso de falha de aconselhamento genético pré-natal para a realização do exame de amniocentese, tendo nascido uma criança portadora de *Síndrome de Down*, em que ambos os progenitores foram indemnizados, por *solatium*, relativamente à dor e sofrimento pelo nascimento de uma criança portadora de deficiências. Por outro lado, foram admitidos custos básicos de sustento da criança, a partir da sua maioridade; M. HOGG, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 921 a 924; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 352 a 358; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, *ob. cit.*, págs. 83 a 99; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, págs. 755 a 761.

Por outro lado, no terreno concernente às acções de *wrongful life*, só figura um caso na jurisprudência do Reino Unido, que corresponde a *McKay v. Essex Area Health Authority*, 1982, Tribunal de Apelação.

Em rigor, a situação fáctica contempla o caso de *Mary McKay*, cuja progenitora, no início da gestação, padeceu de infecção pelo vírus de rubéola, que não chegou a ser detectada, justamente porque as suas análises bioquímicas ao sangue foram extraviadas. Com efeito, ocorreu falha no dever de informação do laboratório competente e do médico quanto à identificação da patologia e comunicação dos respectivos resultados. Também, neste passo, o médico informou, incorrectamente, a grávida da ausência de riscos de anomalia fetal e, como tal, não procedeu ao devido aconselhamento para a interrupção da gravidez.

O Tribunal de Apelação decidiu de modo desfavorável, tendo rejeitado a pretensão da criança com base em argumentos de ordem pública (*public policy*) e santidade da vida humana (*sanctity of human life*).

Por outro lado, foi também evidenciada a impossibilidade de quantificação dos danos, na medida em que a função reparatória da responsabilidade civil, ao exigir a reconstituição da situação que a criança tinha antes do facto lesivo, e, portanto, do nascimento, implicaria efectuar uma comparação absolutamente inviável entre a sua existência com as deficiências e a não existência de todo⁴⁹⁶.

Na verdade, o caso em apreço foi, ainda, julgado sob ditames da *Common Law*, pelo que, no plano legal, foi, entretanto, publicado o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, de 22 de Julho de 1976, que contempla o regime jurídico de responsabilidade civil por lesões pré-natais em relação a crianças nascidas (vivas) com deficiências em virtude de actos (ou circunstâncias) ocorridos em período pré-concepcional, na gravidez ou durante o seu nascimento⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Cfr. *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] QB 1166; em que Lord Ackner referiu que, “(...) how can a court begin to evaluate non-existence, ‘the undiscovered country from whose bourn no traveller returns?’ No comparison is possible and therefore no damage can be established which a court could recognise.”; Já Lord Griffiths destacou que, “the most compelling reason to reject this cause of action is the intolerable and insoluble problem it would create in the assessment of damage. (...) The court has to compare the state of the plaintiff with non-existence, of which the court can do nothing; I regard as an impossible task”; para mais aprofundamentos, também, J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 360 e 361; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 713 a 719⁴⁹⁶.

⁴⁹⁷ Incluindo, v.g., medicamentos defeituosos que possam ter sido administrados; Em 1990, o *Human Fertilisation and Embryology Act* efectuou alterações ao *Congenital Disabilities Act*, tendo aduzido as Secções 1A e 4 (4A), alargando, destarte, a aplicabilidade do regime jurídico à Procriação Assistida e, bem assim, ao Diagnóstico Genético Pré-Implantação; V., ainda, a Secção 2, que confere um estatuto de imunidade à mãe quanto a eventuais acções intentadas pela criança, com excepção feita a circunstâncias

Ora, a interpretação que se faz do *Congenital Disabilities Act*, sobretudo, no que concerne à Secção 1, vai no sentido deste, aparentemente, rejeitar as acções de *wrongful life*, pese embora a ausência de uma referência expressa a esse propósito. Cumpre, aliás, referir que na base da sua publicação esteve o *Law Commission Report on Injuries to Unborn Children*, de 1974, que se manifestou desfavorável às acções de *wrongful life*⁴⁹⁸.

De todo em todo, trata-se, em rigor, de uma matéria que não tem merecido consenso no plano doutrinal, pelo que alguns autores, como Ian Kennedy, Andrew Grubb e Emily Jackson admitem alguma abertura no *telos* normativo do diploma para a respectiva viabilidade de acções de *wrongful life*, sobretudo, em virtude da introdução da Secção 1A pelo HFE Act de 1990⁴⁹⁹.

2.3. Austrália e Canadá

No que concerne às acções de *wrongful conception*, a jurisprudência Australiana conhece o seu litígio de destaque em *Cattanach v. Melchior*, em 2003, no respectivo *High Court*⁵⁰⁰.

De facto, trata-se de uma circunstância em que decorreu uma esterilização definitiva por laqueação de apenas uma das trompas de falópio, na medida em que a progenitora indicou ao médico que fora submetida a uma intervenção aos ovários aos 15 anos e que a outra respectiva trompa poderia ter sido extraída. Não obstante, no âmbito

em que, ao conduzir um veículo a motor, grávida e ciente de tal estado, tenha actuado de forma negligente, e ofensiva do dever segurança, que assim tenha permitido o nascimento com deficiências que, doutra forma, não teriam lugar.

⁴⁹⁸ Cfr., neste sentido, JO SAMANTHA & ASH SAMANTHA, *Medical Law*, ob.cit., pág. 210; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., pág. 72, refere, inclusive, que o *Congenital Disabilities Act* veio excluir as “pretensões de *wrongful life*”.

⁴⁹⁹ Cfr. IAN KENNEDY e ANDREW GRUBB, *Medical Law*, 3ª Edição, Butterworths, 2000, págs. 1551 e 1552, defendem que a Secção 1 (2) (a) poderá incluir as situações de falha do dever de informação em sede de aconselhamento genético (*genetic counselling*), v.g., numa fase pré-concepcional, e a Secção 1A compreender, em seu turno, o espaço concernente à negligência no processo de selecção de embriões antes da sua transferência, pressupostos estes enquadráveis no âmbito das acções de *wrongful life*; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 722 a 726, considera que, apesar de não ser líquida, neste passo, a motivação do legislador, parece existir algum acolhimento nas disposições previstas na Secção 1A quanto a eventuais acções de *wrongful life*; Já na óptica de ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 125 a 127, o escopo normativo que preside ao *Congenital Disabilities Act* coaduna-se com a “causación directa de daños” aos nascituros, não se contemplando, pelo menos em termos expressos, a questão da negligência médica em relação ao diagnóstico efectuado, e, portanto, as acções de *wrongful life*.

⁵⁰⁰ Cumpre indicar que, na Austrália, o conceito de *wrongful conception* vem incluído no espaço das acções de *wrongful birth*, que compreendem, assim, de um lado, o nascimento de uma criança saudável e, de outro, uma criança portadora de deficiências.

da intervenção de esterilização, o médico não detectou a presença da trompa direita, tendo efectuado o procedimento somente na trompa esquerda. Neste passo, o casal não utilizou qualquer método contraceptivo, vindo a nascer, 4 anos depois, uma criança saudável.

Na verdade, este caso toma particular relevo, na medida em que foi a primeira acção de *wrongful conception* a chegar ao *High Court* da Austrália.

Por outro lado, a decisão foi julgada procedente por maioria de 4-3, tendo o Tribunal descartado, por completo, a regra estabelecida no litígio *Mcfarlane v. Tayside Health Board* e autorizado o ressarcimento pelos danos patrimoniais correspondentes aos custos de sustento de uma criança saudável, em respeito aos princípios definidos pelo *tort of negligence*⁵⁰¹.

Já em respeito às acções de *wrongful birth*, cumpre, aqui, destacar o litígio *Veivers v. Connolly*, em 1995, em Townsville, a propósito de uma falha do dever de informação de infecção materna por rubéola e, bem assim, quanto aos riscos de anomalia fetal. Neste conspecto, o Tribunal determinou a indemnização pelos custos de sustento e educação da criança portadora de deficiências⁵⁰².

Aqui chegados, deixe-se a nota para o domínio das acções de *wrongful life*, e, concretamente, para os casos *Harriton v. Stephens* e *Waller v. James*, em 2006, que foram julgados de forma conjunta, tendo o *High Court* da Austrália vedado completamente a respectiva pretensão dos autores.

De facto, no que concerne ao caso *Harriton v. Stephens*, correspondia a uma falha de informação quanto ao diagnóstico de infecção materna pelo vírus da rubéola e, como tal, dos riscos de anomalia congénita fetal.

⁵⁰¹ Cfr. *Cattanach v. Melchior* [2003] HCA 38, em que Kirby J indica, certamente, contra o caso *Mcfarlane*, que, “Neither the invocation of Scripture nor the invention of a fictitious oracle on the Underground (...) authorises a court of law to depart from the ordinary principles governing the recovery of damages for the tort of negligence.”; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 351, consideram que, apesar do critério *Caparo* elencado em sede do caso *Mcfarlane* não integrar a jurisprudência Australiana, facto é que, com *Cattanach v. Melchior*, “most commentators would have seen two of the highest courts in the Commonwealth as being on a collision course and would wonder if, given the opportunity the House of Lords might reconsider its position.”; DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, *ob. cit.*, págs. 325 a 328, destacando, igualmente, casos anteriores, como *CES v. Superclinics* (1995) 38 NSWLR 47 (NSW Supreme Court), em que foi autorizado o ressarcimento pelos danos patrimoniais correspondentes apenas aos custos decorrentes da gravidez. Em *Dahl v. Purnell* (1992) 15 Qld Lawer reps 33, em que foi concedida indemnização total dos custos decorrentes da gravidez e sustento de uma criança saudável.

⁵⁰² Cfr. *Veivers v. Connolly* [1995] 2 Qd R 326; Não obstante, importa referir o caso *Waller v. James* [2013] NSWSC, 497, no Supremo Tribunal de New South Wales, em que foi rejeitada a pretensão dos progenitores, em virtude de falta de preenchimento do nexos de causalidade entre o facto ilícito do médico e o dano.

Neste contexto, a progenitora não procedeu à interrupção da gravidez, vindo a nascer *Alexia Harriton* com graves deficiências. A acção de *wrongful life* foi instaurada pela criança, através de representação legal do progenitor, e, designadamente, contra o médico responsável.

Em respeito já a *Waller v. James*, tratou-se de uma situação de violação do dever de informação quanto aos riscos de transmissão de uma anomalia genética com alterações ao nível da coagulação do sangue⁵⁰³. Ora, também neste caso, se a mãe (o casal) houvesse tido conhecimento, em tempo, do competente diagnóstico, não teria autorizado a interrupção da gravidez, prevenindo, assim, o nascimento de *Keeden Waller*. Cumpre referir que a acção de *wrongful life* foi remetida pela criança, com representação da progenitora, contra o médico e clínica onde foi realizada a FIV e, outrossim, o médico que efectuou o acompanhamento pré-natal e realizou os exames de DPN.

Com efeito, as acções foram intentadas no Supremo Tribunal de *New South Wales*, tendo *Studdert J* decidido de forma desfavorável, na medida em que, desde logo, ao abrigo do *Common Law*, não existe qualquer fundamento legal que permita sequer autorizar uma causa jurídica e processual de *wrongful life*. Por outro lado, revela-se também impossível o apuramento e quantificação dos danos⁵⁰⁴.

No Tribunal de Apelação, a pretensão dos autores foi vedada por maioria 2-1, com excepção feita à posição do *Mason J*.

De facto, o Juíz Spigelman defendeu que o conceito de “*não existência*” propugnado na acção de *wrongful life* assenta em pressupostos fortemente censuráveis num plano ético em sede dos valores da moral pública, pelo que não pode reconhecer-se que o médico tenha, neste passo, qualquer *duty of care* em relação à criança. O Juiz IPP JA referiu, também, que, no plano indemnizatório, a “*não existência*” não pode ser utilizada como critério comparativo, justamente pela impossibilidade de reconstituição da situação que criança teria se não tivesse ocorrido o facto lesivo. Por outro lado, reforçou, igualmente, a importância da vida humana, tecendo, destarte, considerações de *sanctity of life*.

⁵⁰³ Trata-se de uma patologia monogénica autossómica denominada de AT3, com implicações ao nível da coagulação do sangue.

⁵⁰⁴ *Cfr. Harriton v. Stephens* [2002] NSWSC 461 e *Waller v. James* e *Waller v. Hoolahan*, [2002] NSWSC 462. De facto, na 1ª instância, no Supremo Tribunal de New South Wales, estavam contemplados três casos de *wrongful life*. Em rigor, além dos indicados, cumpre, assim, referir *Edwards v. Blomeley* [2002] NSWSC 460, a propósito de uma vasectomia mal sucedida, com nascimento de uma criança portadora de deficiências, em que a acção foi julgada improcedente, mas não foi objecto de Apelação. O Juiz *Studdert* avançou, sobretudo, argumentos de *public policy* e de *sanctity of life*.

O Juiz Mason, em seu turno, considerou que o sentido que subjaz às acções de *wrongful birth* e *wrongful life* é exactamente o mesmo, já que, em ambas, se determina a existência de danos decorrentes do nascimento, ou melhor, “from the creation of life”. Por conseguinte, afigura-se incoerente admitir a primeira e vedar a procedência da segunda. No que tange às consequências jurídicas da violação do dever de informação, e, em concreto, ao ressarcimento dos danos, defende que não se mostra necessário o recurso comparativo à “não existência”, bastando, na verdade, tomar-se em apreço a própria realidade das condições de saúde da criança deficiente, que exigem tratamento e cuidados permanentes⁵⁰⁵.

No *High Court* da Austrália, a decisão foi julgada improcedente por maioria de 6-1, com posição favorável aos autores apenas de Kirby J.

Na verdade, os principais argumentos avançados pelos Juízes assentaram, desde logo, no entendimento de que os danos invocados no âmbito das acções de *wrongful life* não resultam, em termos legais, de uma violação do *duty of care*. Por outras palavras, “the nature of the damage alleged is not such as to be legally cognisable in the sense required to found a duty of care. (...) It was not Dr P R Stephens’s fault that Alexia Harriton was injured by the rubella infection of her mother.”.

Em acréscimo, admitir uma acção de *wrongful life*, neste contexto, poderá convidar a que, no futuro, os filhos possam exigir, igualmente, da mãe (do casal) um *duty of care*, por não ter autorizado a interrupção da gravidez, apesar de estar devidamente informada dos riscos de anomalia genética do feto.

Doutro passo, no que concerne ao plano indemnizatório, não pode ser, em rigor, determinada, a existência de danos, já que é, para estes efeitos, impossível a realização de um juízo comparativo entre uma vida com deficiência e a “não existência”. Na verdade, “It cannot be determined in what sense Alexia Harriton’s life with disabilities represents a loss, deprivation or detriment compared with non-existence.”, até porque supor a que corresponde a “não-existência”, sem um critério de experiência, “a proved sub-stratum of fact, cannot assist a court or jury in the forensic tasks necessary to determine a claim such as that of the appellant.”.

Por último, foram também referenciados fundamentos de *public policy*, designadamente consagrando o valor da vida, mesmo tratando-se de uma criança

⁵⁰⁵ Cfr. *Harriton v. Stephens* e *Waller v. James* e *Waller v. Hoolahan*, [2004] NSWCA 93.

portadora de deficiências. De facto, consideram, inclusive, que, “A seriously disabled person can find life rewarding”.

Legue-se, ainda, uma breve nota de referência no que tange à posição de Kirby J, que defende que, apesar do médico não ter causado ou aumentado o risco de anomalia congénita da criança, foi, na verdade, responsável pelo seu nascimento. Destarte, se não tivesse ocorrido falha negligente do dever de informação, a criança não teria experienciado sofrimento e dor decorrentes da sua condição de saúde. Neste contexto, existe, assim, um *duty of care* do médico em relação à criança, tal-qualmente sucede, aliás, nos casos de responsabilidade civil médica por lesões pré-natais. Em seu turno, defende não ter qualquer fundamento o argumento que convoca a impossibilidade de apuramento de danos em face da comparação entre existência e “não existência, já que esse critério tem sido utilizado noutros contextos legais. Com efeito, “(...) courts have declared lawful the withdrawal of life-sustaining medical treatment from severely disabled newborns and adults and from the terminally ill.”⁵⁰⁶.

Em respeito ao Canadá, cumpre deixar a referência de que têm merecido acolhimento jurisprudencial as acções de *wrongful conception*, podendo destacar-se o caso *Suite v. Cooke*, no Quebec, em 1995, em que o Tribunal autorizou a indemnização por danos patrimoniais no que concerne às despesas resultantes do nascimento e custos de sustento da criança saudável⁵⁰⁷.

Por outro lado, em *Kealey v. Berezowski*, no Ontário, em 1996, admitiu-se o ressarcimento pelos danos patrimoniais respeitantes aos custos de sustento, na medida em que a decisão de planeamento familiar dos pais em não ter mais filhos resultou de questões de ordem económica, justificando-se, destarte, a competente indemnização⁵⁰⁸.

Já em *Bevilacqua v. Altenkirk*, no Supremo Tribunal de British Columbia, 2004, a decisão judicial determinou apenas a compensação por danos não patrimoniais

⁵⁰⁶ Consideramos, em sede de *High Court*, apenas os fundamentos jurídicos da decisão do litígio *Harriton v. Stephens* [2006] HCA 15; também, no mesmo sentido, *Waller v. James e Waller v. Hoolahan*, [2006] HCA 16; para mais desenvolvimentos, DEAN STRETTON, *Harriton v. Stephens, Waller v. James, Wrongful Life and The Logic of Non-Existence*, in *Melbourne University Law Review*, Vol. 30, n.º 3, 2006, págs. 973 a 979; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., págs. 361 a 363; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, ob. cit., págs. 213 a 224; MARY WESTCOTT, ‘Wrongful Life’: *The High Court Decisions in Harriton v Stephens and Waller v James; Waller v Hoolahan*, Brisbane, Queensland Parliamentary Library, Fevereiro de 2007, págs. 1 a 24.

⁵⁰⁷ Cfr. *Suite v. Cooke* [1995] 58 ACWS (3d) 961, 107.

⁵⁰⁸ Cfr. *Kealey v. Berezowski* [1996] 136 DLR (4th) 708.

(morais) aos progenitores em face da gravidez e do nascimento de uma criança não planeada⁵⁰⁹.

No plano das acções de *wrongful birth*, nota de relevo para *Cherry v. Borsman*, em 1992, no Tribunal de Apelação de British Columbia, numa interrupção de gravidez mal sucedida, tendo nascido, em sequência, uma criança portadora de deficiências. Destarte, o Aresto concedeu indemnização pelos danos patrimoniais relativos aos custos *especiais* decorrentes da sua educação, cuidados e assistência⁵¹⁰.

Em sede de *wrongful life*, a jurisprudência Canadiana tem rejeitado as respectivas acções, podendo destacar-se, desde logo, o litígio *Jones (Guardian ad litem of) v. Rostvig*, em 1999, no Supremo Tribunal de British Columbia, num caso de falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalia congénita e da necessidade de realização do exame de amniocentese, vindo a nascer uma criança com *Síndrome de Down*⁵¹¹.

Por sua vez, tal entendimento foi acompanhado no litígio *Lacroix v. Dominique*, em 2001, no Tribunal de Apelação de Manitoba, em respeito ao nascimento de uma criança com graves anomalias resultante de terapêutica prescrita durante a gravidez. Neste contexto, foi tomado, igualmente, em apreço a posição do Reino Unido, nomeadamente no caso *Mckay v. Essex Area Health Authority*⁵¹².

2.4. França e Bélgica

No Ordenamento Francês, considerando as acções de *wrongful conception*, toma destaque o *Arrêt* da *Cour de Cassation*, de 25 de Junho de 1991, que julgou improcedente a respectiva demanda, numa circunstância de interrupção da gravidez mal sucedida, em que nasceu uma criança saudável⁵¹³.

⁵⁰⁹ Cfr. *Bevilacqua v. Altenkirk* [2004] BCSC 945.

⁵¹⁰ Cfr. *Cherry v. Borsman*, (1990) 75 DLR (4th) 668 (SC), (1992) 94 DLR (4th) 487 (CA); V., também, *Arndt v Smith* [1997] 2 SCR 539; *Krangle v. Brisco* [2002] 1 SCR 205; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 361 a 363; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, *ob. cit.*, pág. 225, nota de rodapé 141, considera, no entanto, que, em *Cherry v. Borsman*, se tratou, na verdade, de um caso de *wrongful life*, apesar do Tribunal de Apelação ter referido expressamente na sua decisão que não seria.

⁵¹¹ Cfr. *Jones (Guardian ad litem of) v. Rostvig* (1999), 44 C.C.L.T. (2d) 313 (B.C.S.C.).

⁵¹² Cfr. *Lacroix v. Dominique*, (2001) 202 DLR (4th) 121 (Man CA); para mais desenvolvimentos nesta matéria, DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, *ob. cit.*, págs. 324 e 325; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, *ob. cit.*, págs. 82 e 83 e 224 a 232.

⁵¹³ No mesmo sentido, decisão do *Conseil d'État*, de 2 de Julho de 1982, e de 27 de Setembro de 1989; V., também, JS. BORGHETTI, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 880 e 881.

Por outro lado, em sede de *wrongful birth*, a jurisprudência Francesa, designadamente, na década de 90, pronunciou-se de modo favorável, concedendo, em regra, a indemnização por danos patrimoniais e morais. A este respeito, pode destacar-se o *Arrêt* do Tribunal de *Grande Instance de Metz*, de 22 de Dezembro de 1994, e o *Arrêt* da *Cour de Cassation*, de 26 de Março de 1996, merecendo igual acolhimento, neste passo, a decisão do *Conseil d'État*, de 14 de Fevereiro de 1997.

No que tange à pretensão por *wrongful life*, apesar da orientação definida pelo *Conseil d'État*, de 14 de Fevereiro de 1997, em vedar a indemnização à criança, o *Arrêt* da *Assemblée Plénière* da *Cour de Cassation*, de 17 de Novembro de 2000, no litígio *Perruche*, veio julgar procedente uma acção desse tipo, à qual se seguiram, no mesmo sentido, três decisões, a 13 de Julho de 2001, e duas decisões, a 28 de Novembro de 2001⁵¹⁴.

Em rigor, tal circunstância motivou forte agitação no plano social, médico e ético-jurídico, fazendo prenunciar, como tal, uma alteração no panorama legal.

Ora, precisamente, neste cenário, o legislador publica a Lei n.º 2002-303, de 4 de Março de 2002, *Relative aux Droits des Malades et à la Qualité du Système de Santé*, também denominada de *Loi Anti-Perruche* ou *Loi Kouchner*.

A este respeito, toma relevo premente o seu art.º 1.º, que foi, entretanto, revogado pela Lei n.º 2005-102, de 11 de Fevereiro de 2005, embora o seu conteúdo tenha passado a incorporar, em linhas gerais, o art.º L114-5, do *Code de l'Action Sociale et des Familles*.

⁵¹⁴ O caso em apreço constitui um marco na jurisprudência Francesa. Na verdade, a mãe de Nicolas *Perruche* realizou análises bioquímicas ao sangue para detecção da infecção do vírus de rubéola, já que, nessa hipótese, iria autorizar a interrupção da gravidez. Uma vez que o resultado do exame realizado pelo laboratório se apresentou negativo, o médico comunicou à grávida da ausência de riscos de anomalia fetal. Facto é que *Nicolas Perruche* nasceu com *Síndrome de Gregg*. O *Affaire Perruche* arranca no Tribunal de *Grande Instance d'Evry*, onde foi intentada a acção de *wrongful life* contra o médico e o laboratório responsável, tendo sido julgada procedente. Não obstante, o Tribunal de Apelação, a *Cour d'Appel de Paris* recua na decisão da 1ª instância e decide de modo desfavorável a *Nicolas Perruche*, considerando não existir nexo de causalidade entre o facto e o dano alegado, que resulta apenas da infecção do vírus da rubéola. Por seu turno, a *Cour de Cassation*, no *Arrêt* de 26 de Março de 1996, defende, ao invés, que o facto culposo cometido pelo laboratório na pesquisa de anticorpos do vírus da rubéola e a falha de informação e de aconselhamento do médico estão em relação causal com o dano padecido pela criança. De todo em todo, sendo o processo reconduzido, em recurso, para a *Cour d'Appel de Orleans*, o *Arrêt* de 5 de Fevereiro de 1999 acaba por rejeitar essa decisão, vedando, assim, a pretensão da criança. Por conseguinte, só com o *Arrêt* da *Assemblée Plénière* da *Cour de Cassation*, de 17 de Novembro de 2000, se consagra, finalmente, a procedência da acção de *wrongful life*, tendo a respectiva decisão determinado que "(...) enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.". Cumpre, ainda, referir que a acção de *wrongful birth* foi julgada procedente logo na 1ª instância e, bem assim, na *Cour d'Appel de Paris*; www.courdecassation.fr.

Por conseguinte, as acções de *wrongful life* são absolutamente vedadas, já que não é permitido a ninguém fazer-se valer do seu nascimento e, portanto, da sua vida como um prejuízo. Assim sendo, a criança só poderá ter direito a ser ressarcida se a culpa do médico foi *causa directa* da deficiência, agravou-a ou impediu que fossem tomadas as medidas adequadas para a atenuar.

Em seu turno, se figurar culpa do profissional ou do estabelecimento de saúde que tenha impedido o diagnóstico da deficiência da criança, apenas caberá aos *pais* o *ressarcimento* pelo “*seu prejuízo*” (“*leur seul préjudice*”), o qual tenderá a cair no dano moral, porquanto os danos patrimoniais advenientes das despesas adicionais ou *encargos particulares* (“*charges particulières*”) da criança deficiente no decurso da sua vida são reconduzidos à Solidariedade Nacional⁵¹⁵.

No que concerne ao Ordenamento Jurídico Belga, no plano das acções de *wrongful conception*, refira-se a decisão no Tribunal de Apelação (*Hof van Beroep*) de Antuérpia, de 8 de Setembro de 2003, tendo acolhido a pretensão dos autores, numa circunstância de esterilização por laparoscopia mal executada e falha do dever de informação do risco de repermobilização espontânea das trompas, e, portanto, da possibilidade de gravidez.

Destarte, o Tribunal determinou a indemnização de danos patrimoniais relativamente às despesas com a realização de nova cirurgia de esterilização definitiva e

⁵¹⁵ Cfr. Art.º L114-5, do *Code de l'Action Sociale et des Familles*, “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.”; VANESSA CARDOSO CORREIA, *Wrongful Birth e Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar, in sub judice*, Justiça e Sociedade, n.º 38, *Direito da Saúde e Biodireito*, Janeiro-Março de 2007, págs. 102 e 103; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, ob. cit., pág. 70*; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, ob. cit., págs. 230 a 233*; *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ob. cit., pág. 379*, nota de rodapé 854; ANNE-MARIE DUGUET, *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions, in European Journal of Health Law, n.º 9, 2002, págs. 139 a 149*; CYRIL CLÉMENT, *La Jurisprudence Perruche Exhumée, et Après?, in Revue Générale de Droit Médical, n.º 20, Setembro de 2006, págs. 261 a 266*; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life), ob. cit., págs. 128 a 132*.

aos custos de sustento e educação da criança e, em virtude da perda de salário, por força de redução do tempo de trabalho⁵¹⁶.

Em respeito às acções de *wrongful birth* e *wrongful life*, indique-se que o art.º 350, n.º1, al. a), do Código Penal Belga, permite a interrupção voluntária da gravidez por opção da mulher até às 12 semanas, pelo que, o respectivo n.º 4, admite a possibilidade de interrupção da gravidez até ao termo, designadamente, nos casos em que exista risco para a saúde da mãe ou por motivos fetopáticos, atenta a gravidade da patologia e conquanto que seja considerada incurável no momento em que é realizado o diagnóstico⁵¹⁷.

A este propósito, cumpre, assim, destacar o *Arrêt* do *Tribunal de Première Instance* de Bruxelas, de 21 de Abril de 2004, num caso de *wrongful birth* e *wrongful life*, que respeitou a uma situação de violação do dever de informação em sede dos resultados do exame de amniocentese, tendo sido comunicado à grávida que não existiam riscos de anomalia fetal.

De facto, a criança nasceu com *Síndrome de Down*, pelo que o Tribunal pronunciou-se de modo favorável em relação ao ressarcimento aos progenitores e, também, à própria criança de danos patrimoniais respeitantes aos custos *especiais* de sustento e educação e danos morais correspondentes.

Na verdade, a posição da jurisprudência Belga, sobretudo, em acções de *wrongful life*, subsume-se, em rigor, ao Acórdão em apreço, que, na verdade, foi julgado num Tribunal de 1ª instância, acompanhando, em certo passo, os ensinamentos da jurisprudência *Perruche* e de parte da doutrina Francesa⁵¹⁸.

De todo em todo, importa, ainda, referir o Acórdão da *Cour d'Appel de Bruxelles*, de 21 de Setembro de 2010, que compreende uma acção de *wrongful life*, em que foi julgada procedente a pretensão da criança⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Cfr. B. DUBUISSON, I.C. DURANT e NICOLAS SCHMITZ, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 882 e 883.

⁵¹⁷ Cfr. www.ejustice.just.fgov.be.

⁵¹⁸ Cfr., neste sentido, B. DUBUISSON, I.C. DURANT e NICOLAS SCHMITZ, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 911 a 913 e 942 a 945, onde se destaca um outro litígio anterior, de *wrongful birth* e de *wrongful life*, que foi, igualmente, julgado procedente. Trata-se, em rigor, do *Arrêt* de 7 de Junho de 2002, do *Tribunal de Première Instance* de Bruxelas, num contexto de falha do dever de informação no exame imagiológico quanto aos riscos de malformação fetal.

⁵¹⁹ Cfr. *Arrêt* de 21 de Setembro de 2010, da *Cour d'Appel de Bruxelles*, 2009/AR/1392.

2.5. Alemanha e Áustria

No Ordenamento Jurídico Alemão, a posição da jurisprudência tem vindo no sentido de acolher as acções de *wrongful conception*, autorizando, via de regra, a indemnização pelos danos patrimoniais decorrentes do nascimento indesejado de uma criança saudável⁵²⁰.

A este propósito, indiquem-se, nomeadamente, as decisões do BGH de 18 de Março de 1980 e 19 de Junho de 1984, num caso de esterilização definitiva ineficaz, e a sentença do BGH de 9 de Julho de 1985, respeitante a uma interrupção da gravidez mal sucedida⁵²¹.

Quanto às acções de *wrongful birth*, cumpre referir, desde logo, a decisão do BGH de 18 de Janeiro de 1983, que foi julgada procedente, e o Aresto do BGH de 16 de Novembro de 1993, onde foi admitido o ressarcimento total aos progenitores dos custos de sustento da criança portadora de deficiências⁵²².

No que tange às acções de *wrongful life*, pode enunciar-se a decisão do BGH de 18 de Janeiro de 1983, que compreende uma circunstância de violação do dever de informação em relação ao diagnóstico da infecção materna pelo vírus da rubéola, em que foi negada a pretensão da criança.

Destarte, a orientação da jurisprudência Alemã em vedar a demanda por *wrongful life* assentou aqui, sobretudo, no facto de que a própria existência ou vida da criança não podem ser consideradas como um dano. Acresce, ainda, que o médico não causou as deficiências da criança, nem lhe pode ser exigido qualquer dever de cuidado ou de diligência no sentido de prevenir o nascimento de uma criança com anomalia congénita⁵²³.

⁵²⁰ Na prática, consubstanciados aos custos de sustento, sobretudo, em face das obrigações alimentares em relação à criança não planeada; neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., pág. 379, nota de rodapé 852.

⁵²¹ Cfr. BGH de 18 de Março, NJW, 1980, 1450-1456, foi, também, considerado o dano respeitante à lesão corporal por ter suportado uma gravidez que poderia ter sido evitada; BGH de 19 de Junho de 1984, NJW, 1984, 2625; BGH de 9 de Julho de 1985, BGHZ, 95, 199 a 212; também, num contexto de vasectomia, BGH de 27 de Junho de 1995, NJW, 1995, 2407.

⁵²² Cfr. BGH de 18 de Janeiro de 1983, BGHZ, 86, 240 a 255; BGH de 16 de Novembro de 1993, BGHZ, 124, 128 a 146.

⁵²³ Cfr. BGH de 18 de Janeiro de 1983, BGHZ, 86, 240 a 255; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., págs. 9 e 10, que refere que na decisão de 28 de Maio de 1993 sobre interrupção voluntária da gravidez, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) defendeu, em *obiter dictum*, que a existência da criança não pode ser vista como um dano. Não obstante, o BGH, em sede de *wrongful birth*, manteve o ressarcimento aos progenitores dos custos de sustento da criança deficiente, considerando que o contexto apresentado pelo *BVerfGe* se reportava apenas à

Em respeito ao Direito Austríaco, a jurisprudência do Supremo Tribunal *Oberster Gerichtshof* (OGH), pronunciou-se de modo desfavorável em relação às acções de *wrongful conception*, tendo negado provimento à pretensão dos autores na decisão de 14 de Setembro de 2006, num contexto de falha de cirurgia de esterilização definitiva masculina.

Na verdade, OGH considerou que o nascimento de uma criança saudável, mesmo que fora do espaço de planeamento familiar traçado pelos progenitores, não poderá, certamente, tomar-se como um dano, sobretudo, atento o princípio da dignidade humana⁵²⁴.

Por outro lado, no que concerne às acções de *wrongful birth*, importa considerar, desde logo, a célebre decisão do OGH de 25 de Maio de 1999, num caso de violação do dever de informação quanto aos riscos de anomalia fetal em sede de DPN, tendo julgado procedente a demanda dos progenitores, concedendo a indemnização pelos custos *especiais* de sustento da criança deficiente⁵²⁵.

A este propósito, destaque-se, igualmente, a decisão do OGH de 11 de Dezembro de 2007, numa circunstância de falha do dever de informação em sede do diagnóstico ecográfico de anomalia fetal, tendo nascido uma criança portadora de deficiências. Neste contexto, os progenitores foram ressarcidos pelos danos patrimoniais relativos à completude dos custos de sustento da criança⁵²⁶.

No espaço das acções de *wrongful life*, a jurisprudência Austríaca veda, em absoluto, a sua procedência, tendo rejeitado a pretensão da criança na decisão referida do OGH, de 25 de Maio de 1999, com o fundamento de que não existe um direito à

constitucionalidade do mecanismo de aconselhamento legal para a interrupção da gravidez e que tal não obstava à referida indemnização. No mesmo sentido, entretanto, avançou a 1ª Secção (I Senat) do *BVerfGe*, na decisão de 12 de Novembro de 1997, que autorizou, igualmente, a indemnização, desta feita, num caso de *wrongful conception*; também, VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, *ob. cit.*, págs. 69 e 70; S. MARTENS e R. ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 875 a 877 e 905 e 906, que referem que, apesar da posição do Tribunal Constitucional, “the case law is settled now and the courts award damages in all cases of ‘wrongful birth’ (...) The claimants can recover the complete amount that is necessary to support their child. They are not limited to the additional amount necessary to maintain a handicapped child because the contractual obligation (...) was meant to prevent the birth of the child and thus all expenses associated with it.”.

⁵²⁴ *Cfr.* Decisão do OGH de 14 de Setembro de 2006, 6 Ob 101/06f, SZ 2006/133; no mesmo sentido, OGH de 30 de Novembro de 2006, 2 Ob 172/06t, *ecolex* 2007, 169, em respeito a uma cirurgia de oclusão tubar mal sucedida; OGH de 7 de Agosto de 2008, 6 Ob 148/08w, JBI 2009, 108, numa transferência de embriões em PMA em número superior ao estabelecido pelos progenitores.

⁵²⁵ *Cfr.* Decisão do OGH de 25 de Maio de 1999, 1 Ob 91/99k, SZ 72/91.

⁵²⁶ *Cfr.* Decisão do OGH de 11 de Dezembro de 2007, 5 Ob 148/07m, RdM 2008, 47.

“não existência”, nem o médico tem o dever de prevenir o nascimento de uma criança, mesmo que com graves deficiências⁵²⁷.

2.6. Itália

No Ordenamento Italiano, a jurisprudência dominante tem admitido a procedência das acções de *wrongful conception*, podendo, aqui, referir-se, desde logo, a sentença do Tribunal de Cagliari, de 23 de Fevereiro de 1995, numa interrupção de gravidez mal sucedida, em que foi autorizada a indemnização pelos danos patrimoniais relativos aos custos de sustento da criança até aos 23 anos⁵²⁸.

Em sentido próximo, na decisão do Tribunal de Brescia, de 13 de Maio de 2003, num caso de falha de uma esterilização definitiva feminina por laqueação tubar, tendo nascido uma criança saudável, o Tribunal permitiu o ressarcimento pelos danos patrimoniais decorrentes dos respectivos custos de sustento⁵²⁹.

No que tange às acções de *wrongful birth* e *wrongful life*, a jurisprudência Italiana tem perfilhado, via de regra, o entendimento tradicional, acolhendo a demanda dos progenitores e julgado improcedente a respectiva pretensão da criança portadora de deficiências⁵³⁰.

⁵²⁷ Cfr. BERNHARD A. KOCH, *Medical Liability in Austria, in Tort and Insurance Law*, Vol. 29, *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, (Coordenação de Bernhard A. Koch), De Gruyter, 2011, págs. 43 a 45, que refere, na sequência da Decisão do OGH de 11 de Dezembro de 2007, que, “(...) the continuing denial of any compensation for wrongful conception is inexplicable (...) In particular, this aggravates the ethical problem the Court tried to resolve: On the one hand, the Court denies compensation for an unwanted, but healthy child, on the other, it grants full (...) maintenance costs as damages for an unwanted, but handicapped child.”; E. KARNER, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 877 e 878 e 907 e 908.

⁵²⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal de Cagliari, de 23 de Fevereiro 1995, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Vol. LX, n.º 3-4, Maio-Agosto, 1995, 599, Comentário de M. Gorgoni.

⁵²⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Brescia, de 13 de Maio de 2003, in *Danno e Responsabilità*, Ano VIII, Dezembro de 2003, 1222; N. COGGIOLA, B. GARDELLA TEDESCHI e M. GRAZIADEI, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 885 e 886.

⁵³⁰ Cfr. Cassazione Civile, Sezione III, de 10 de Maio de 2002, n.º6735; Cassazione Civile, Sezione III, de 29 de Julho de 2004, n.º14488; Cassazione Civile, Sezione III, de 20 de Outubro de 2005, n.º 20320; Cassazione Civile, Sezione III, 14 de Julho de 2006, n.º16123; Tribunal de Monza, Sezione IV, 3 de Março de 2008, n.º625; *Danno e Responsabilità*, Ano XIV, Dezembro de 2009, págs. 1182 a 1188; Por outro lado, refira-se que, em Itália, o regime de interrupção da gravidez é regulado pela Lei n.º 194, de 22 de Maio de 1978, não figurando uma norma idêntica ao art.º 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, que autorize o aborto por motivos exclusivamente fetopáticos. Destarte, o art.º 4 permite a interrupção da gravidez até aos 90 dias, quando a mesma constitua um sério perigo para a saúde física ou psíquica da mulher, em face da sua condição económica, social ou familiar, em respeito às circunstâncias em que decorreu a concepção ou à previsão de anomalia fetal. O art.º 6, em seu turno, permite a interrupção depois dos 90 dias, quando a gravidez ou o parto comportem um perigo grave para a vida da mulher, ou quando a existência de patologia ou malformação fetal possa constituir um perigo para a saúde física ou psíquica da mulher; De todo em todo, em DPN, o respectivo diagnóstico de anomalia fetal pode implicar *per se* um risco para a saúde psíquica da mulher, pelo que estaria, destarte, justificada a interrupção da

Desta feita, cumpre referir o Aresto da *Corte di Cassazioni* de 10 de Maio de 2002, que compreende uma acção de *wrongful birth* em que houve falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalia fetal, tendo nascido uma criança com *Síndrome de Apert*. O Tribunal autorizou a respectiva indemnização à progenitora de danos patrimoniais e a compensação por danos morais, aqui consubstanciados na privação da possibilidade de interromper a gravidez, evitando assim o choque emocional e sofrimento pelo nascimento de um filho com deficiência. Por sua vez, o progenitor foi também ressarcido, tendo por base o dano *reflexo* em virtude da condição padecida pela respectiva esposa⁵³¹.

Por outro lado, pode, igualmente, enunciar-se a decisão do Tribunal de Roma, de 9 de Março de 2004, em respeito a uma acção de *wrongful birth* e *wrongful life*, por falha na obrigação de informação dos riscos genéticos do feto, que, uma vez comunicados adequadamente aos progenitores, teriam conduzido à interrupção da gravidez, no pressuposto de que o nascimento de uma criança com graves deficiências poderia constituir um sério perigo para a saúde psíquica da mãe⁵³².

De facto, a pretensão do filho foi rejeitada, na medida em que, “Il fatto stesso di venire ad esistenza con malformazioni congenite, infatti, non può essere considerato un danno ingiusto per il neonato (...)”. Já no que tange aos progenitores, o Tribunal concedeu provimento à respectiva acção, permitindo o ressarcimento de danos não patrimoniais, decorrentes da violação do direito à autodeterminação de planeamento familiar, e danos patrimoniais, pelas despesas de cura e sustento da criança. Em acréscimo, coube, ainda, à progenitora o ressarcimento do *dano da saúde* e danos morais, por força de patologia de ordem psíquica, neste contexto, adquirida, e danos patrimoniais, em face das despesas médicas decorrentes dos cuidados de saúde da sua própria doença e do filho⁵³³.

gravidez. Neste sentido, aliás, se pronuncia a Decisão do Tribunal de Roma, Sezione XIII, de 9 de Março de 2004, in *Danno e Responsabilità*, Ano X, Fevereiro de 2005, pág. 197, referindo que a fundamentação para o “(...) pericolo per la salute della donna può essere desunta a posteriori dalla circostanza che, dopo la nascita del bimbo malformato, la madre sia ricorsa all’ausilio di uno psicologo.”.

⁵³¹ Cfr. N. COGGIOLA, B. GARDELLA TEDESCHI e M. GRAZIADEI, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 914 e 915.

⁵³² Na verdade, o Acórdão em apreço contempla um cenário de “*nascita indesiderata*”, embora se analisem os danos invocados pelo filho e pelos progenitores.

⁵³³ In Decisão do Tribunal de Roma, Sezione XIII, 9 de Março de 2004, in *Danno e Responsabilità*, Ano X, Fevereiro de 2005, págs. 199 a 205, e *Il Commento*, por Simona Cacace, págs. 207 a 209; Na mesma orientação jurisprudencial, em respeito a acções de *wrongful birth*, refira-se a Cassazione Civile, Sezione III, de 1 de Dezembro de 1998, n.º12195, de 20 de Outubro de 2005, n.º 20320, e, com algumas limitações indemnizatórias, concedendo provimento apenas à pretensão da progenitora, a Cassazione Civile, Sezione III, de 8 de Julho de 1994, n.º6464.

Neste apartado, cumpre indicar o Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 29 de Julho de 2004, e o Aresto da *Corte di Cassazione*, de 14 de Julho de 2006, em sede de acções de *wrongful life*, em que foi rejeitada a pretensão da criança, com o fundamento de que não existe, no Ordenamento Jurídico Italiano, um direito “a non nascere, se non sano”⁵³⁴.

De todo em todo, legue-se, ainda, a decisão do Tribunal de Milão, de 8 de Abril de 2009, sob epígrafe “*nascita indesiderata*”⁵³⁵, a propósito de um caso de falha negligente de prestação de informação médica do risco de malformações fetais no âmbito da infecção materna pelo vírus da rubéola.

Neste Acórdão, o respectivo Tribunal afasta-se da orientação vincada pela jurisprudência dominante, tendo autorizado o ressarcimento à criança por danos não patrimoniais, e, em concreto, o dano biológico e, bem assim, a indemnização por danos patrimoniais relativos às despesas com a sua própria invalidade e impossibilidade de trabalhar. Os progenitores foram, igualmente, ressarcidos por danos patrimoniais resultantes das despesas médicas com a saúde do filho, e, em sede de danos não patrimoniais, foi tomado em consideração o sofrimento e a dor de cuidar de uma criança portadora de deficiências. Por outro lado, a mãe foi, ainda, indemnizada, por danos patrimoniais, em respeito aos lucros cessantes, pelo facto de ter deixado de trabalhar até aos três anos do filho⁵³⁶.

Finalmente, nota de destaque para o Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 2 de Outubro de 2012, num caso de *wrongful birth* e *wrongful life*, em que decorreu falta de

⁵³⁴ Cfr. Cassazione Civile, Sezione III, de 29 de Julho de 2004, n.º14488; Cassazione Civile, Sezione III, 14 de Julho de 2006, n.º16123; para mais desenvolvimentos, ANDREA FERRARIO, *Il Danno da Nascita Indesiderata*, Giuffrè Editore, 2011, págs. 19 e ss..

⁵³⁵ Neste litígio judicial, pese embora a expressão destacada, figura, na prática, um contexto de *wrongful birth* e *wrongful life*.

⁵³⁶ Cfr. Tribunal de Milão, Sezione V, 8 de Abril de 2009, n.º4850, in *Danno e Responsabilità*, Ano XIV, Dezembro de 2009, págs. 1173 a 1182; também, Tribunal de Reggio Calabria, Sezione II, 31 de Março de 2004, in *Danno e Responsabilità*, Ano X, Fevereiro de 2005, págs. 179 a 190, com o título “ “*Wrongful birth*”: diritti dei genitori e assistenza tempestiva ad figlio disabile”. V., ainda, A decisão do Tribunal de Cassação, de 11 de Maio de 2009, n.º 10741, numa circunstância, *rectius*, de “*wrongful injury*” que foi julgada procedente. Trata-se, na verdade, de um caso de falha do dever de informação quanto aos riscos de malformação fetal, em virtude de determinada terapêutica de indução ovulatória que havia sido administrada à progenitora. A *Corte di Cassazione* veio confirmar a decisão favorável do Tribunal de 1ª instância e do Tribunal de Apelação de Nápoles, entendendo, desta feita, que o nascituro só nasceu com deficiências por força dos fármacos prescritos à mãe, que não foi, igualmente, informada, a este respeito, dos riscos do tratamento médico. Por conseguinte, fazendo apelo ao contrato com eficácia de protecção para terceiros, em sede de violação do dever de informação à progenitora, e atendendo à lesão *causada* na integridade física do nascituro, o Tribunal autorizou o ressarcimento indemnizatório à criança. Em seu turno, a decisão concedeu também provimento à pretensão dos progenitores, autorizando a indemnização correspondente; neste passo, N. COGIOLA, B. GARDELLA TEDESCHI e M. GRAZIADEI, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 946 a 948, referindo que esta decisão compreende, de facto, uma situação de “*wrongful treatment*”.

diligência e zelo do médico ginecologista, que apenas efectuou o teste triplo de rastreio pré-natal, não tendo sido, como tal, prescrita a realização da técnica de amniocentese ou outro exame de DPN, vindo a nascer uma criança portadora de deficiências. Destarte, o Tribunal autorizou o ressarcimento à mãe e, bem assim, ao progenitor, à criança portadora de deficiências e à sua irmã, enquanto terceiros no que tange ao âmbito de protecção do contrato de prestação de serviços estabelecido entre a gestante e o médico⁵³⁷.

2.7. Espanha

No Ordenamento Espanhol, sobretudo, numa fase inicial, a maioria das acções de *wrongful conception*, designadamente, em sede de vasectomias mal sucedidas, eram julgadas improcedentes. De facto, os principais argumentos de recusa assentavam no facto do médico ter cumprido adequadamente a obrigação de informar o paciente dos riscos de recanalização espontânea dos ductos deferentes ou porque a gravidez imediata resultava de conduta imputável ao paciente que não havia respeitado os aconselhamentos clínicos preconceptivos no pós-operatório⁵³⁸.

Em sentido próximo, também nas circunstâncias em que decorresse um nascimento de criança saudável na sequência de uma esterilização tubar, a jurisprudência tendia a rejeitar as competentes acções, na medida em que não se provava a negligência médica na execução do procedimento cirúrgico, ou porque teriam sido comunicados devidamente os riscos de repermeabilização e, portanto, de insucesso do mesmo⁵³⁹.

Neste passo, o primeiro litígio de destaque, que mereceu acolhimento no âmbito do Supremo Tribunal Espanhol, corresponde à decisão de 25 de Abril de 1994, a propósito de falha do dever de informação quanto aos riscos de recanalização espontânea, em que o médico foi condenado no ressarcimento aos autores da correspondente indemnização⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Cfr. Cassazione Civile, Sezione III, de 2 de Outubro de 2012, n.º 16754; Cassazione Civile, Sezione III, de 22 de Março de 2013, n.º 7269, a propósito de uma acção de *wrongful birth* e *wrongful life*, em que foi julgada procedente a demanda dos progenitores, tendo sido negada a da criança.

⁵³⁸ Cfr. STS de 31 de Janeiro de 1996, RJ 1996/546; STS de 11 de Fevereiro de 1997, RJ 1997/940; 2 de Novembro de 2000, RJ 2000/9206.

⁵³⁹ Cfr. STS de 27 de Junho de 1997, RJ 1997/5758; STSJ de Catalunha, de 9 de Novembro de 1993, AS 1993/4887; STSJ Cantabria, de 11 de Julho de 1997, AS 1997/2424.

⁵⁴⁰ Cfr. STS de 25 de Abril de 1994, RJ 1997/3073, considerou, em *obiter dictum*, que a indemnização se destinava a garantir os custos de “ayuda a la alimentación y crianza”. Trata-se, contudo, de uma posição

Cumpra referir, também, a STS de 5 de Junho de 1998, em que decorreu uma esterilização definitiva de laqueação tubar apenas à trompa direita, já que o médico, por negligência, considerou que havia sido extraído o ovário esquerdo, em procedimento anterior, tendo o Supremo Tribunal autorizado a indemnização por danos patrimoniais, relativos às despesas e perda de rendimentos decorrentes da gravidez e do parto⁵⁴¹.

Por outro lado, na STS de 27 de Julho de 2006, trata-se de um caso em que a paciente recorreu à cirurgia de esterilização definitiva por laqueação tubar, de forma a evitar uma nova gravidez e os riscos de eventual parto por cesariana. O Tribunal Supremo considerou que houve falha de informação quanto aos riscos de insucesso do respectivo procedimento, e determinou indemnização pelos danos patrimoniais e morais resultantes da gravidez e do parto⁵⁴².

De facto, em sede de *wrongful conception*, a orientação dominante da jurisprudência Espanhola tem admitido a indemnização de danos patrimoniais por gastos e perda de rendimentos conquanto que respeitantes à gravidez e ao parto. No mesmo passo, também se autoriza a compensação de danos morais, sobretudo, resultantes da violação do direito à autodeterminação reprodutiva de planeamento familiar e o transtorno emocional concernente.

Por outro lado, quanto aos custos de sustento de uma criança não planeada, com excepção feita a circunstâncias pontuais, como seja, v.g., a STS de 25 de Abril de 1994 e STSJ Castilla-León de 13 de Junho de 2006, a jurisprudência em análise têm vedado o seu ressarcimento⁵⁴³.

que, entretanto, não foi adoptada pela jurisprudência Espanhola; V., ainda, STS de 7 de Abril de 2004, RJ 2004/2608, num caso de violação do dever de informação numa esterilização por vasectomia.

⁵⁴¹ Cfr. STS de 5 de Junho de 1998, RJ 1998/4275; SAP Barcelona, de 30 de Julho de 1990, RJC 1990/4; nesta matéria, ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, ob. cit., págs. 387 a 393.*

⁵⁴² Cfr. STS de 27 de Julho de 2006, RJ 2006/6548.

⁵⁴³ Cfr. STS de 25 de Abril de 1994, RJ 1997/3073, e STSJ Castilla-León, de 13 de Junho de 2006 JUR/248717; para mais desenvolvimentos, MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Anticoncepciones Fallidas e Hijos no Previstos, ob. cit., págs. 2 a 15*; dos mesmos autores, *Comentario a la Sentencia de 29 de Mayo de 2003, in Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 64, Janeiro-Abril 2004, págs. 212 e ss.*; MIQUEL MARTÍN CASALS e JORDI RIBOT, *Digest of European Tort Law, Volume 2, ob. cit., págs. 887 a 889*; CARMEN GONZÁLEZ LEÓN, *La Protección del Paciente y el Consentimiento Informado, in Lex Medicinæ, Ano 6, n.º12, 2009, pág. 29*, que refere que, no âmbito das acções de *wrongful conception*, o “fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión de la libertad de procrear, como manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad del art. 10-1 CE.”; Por sua vez, refere, ainda, que “no se indemniza por los alimentos debidos al hijo, tanto por el carácter irrenunciable e intrasferible de los propios alimentos impuestos a los padres como porque (...) la existencia misma del hijo no se considera un daño”.

Em respeito às acções de *wrongful birth*, cumpre indicar a STS de 6 de Junho de 1997, que compreende um caso de amniocentese mal sucedida e que, portanto, não determinou qualquer resultado. De facto, a progenitora não foi informada durante o prazo legalmente permitido para a interrupção da gravidez não punível, vindo, assim, a nascer uma criança com *Síndrome de Down*. Neste passo, o Tribunal condenou o médico responsável e o Servicio Valenciano de Salud na respectiva indemnização por danos patrimoniais, relativamente às despesas especiais decorrentes do nascimento da criança e, bem assim, danos não patrimoniais (morais) por força do transtorno e sofrimento psíquico em educar e acompanhar um filho portador de deficiências⁵⁴⁴.

Por outro lado, a STS de 4 de Fevereiro de 1999, em relação a uma gravidez que não fora referenciada como sendo de risco, não tendo, como tal, seguido para DPN. Na verdade, apesar dos exames ecográficos realizados em sede de vigilância normal da gravidez não terem detectado qualquer anomalia fetal, a criança acabou por nascer com graves malformações.

De todo o modo, o Tribunal Supremo negou provimento à pretensão dos progenitores, na medida em que considerou, *inter alia*, que “a actuación médica se adaptó completamente a la *lex artis ad hoc*, esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del centro donde prestó sus servicios” e “no se ha demostrado la relación de causa a efecto” entre a actuação médica e o nascimento da criança portadora de deficiências⁵⁴⁵.

Em seu turno, na STS de 21 de Dezembro de 2005, numa circunstância de falha do dever de informação quanto ao resultado do exame de biopsia das vilosidades coriônicas realizado em DPN, tendo nascido uma criança com *Síndrome de Down*, o

⁵⁴⁴ Cfr. STS de 6 de Junho de 1997, RJ 1997/4610, a extensão e determinação do dano indemnizável resulta, essencialmente, do disposto na sentença, *maxime*, “como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrán valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada.”

⁵⁴⁵ Cfr. STS de 4 de Fevereiro de 1999, RJ 1999/748; Cumpre destacar, ainda, a STS de 7 de Junho de 2002, RJ 2002/5216, relativamente a um caso de uma grávida de idade avançada, já com 40 anos, tendo nascido uma criança com *Síndrome de Down*. O Tribunal rejeitou a pretensão dos progenitores, na medida em que não ficou provado que, se a grávida tivesse sido informada correctamente sobre os riscos de anomalia congénita, teria autorizado a interrupção da gravidez, pelo que, desta feita, estaria quebrado o nexo causal entre o facto e o dano. Neste passo, a sentença dita que, “No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquella manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo.”; MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS de 7 de Junio de 2002, in Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 60, Outubro-Dezembro 2002, págs. 1097 a 1121.

Tribunal julgou procedente a acção, concedendo a respectiva indemnização aos progenitores.

Por conseguinte, em respeito aos danos morais, a decisão considera o facto de se “haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar” e, em geral, “los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado”. Já no que concerne aos danos patrimoniais, refere as despesas resultantes da gravidez e do parto e “la adaptación de los padres a una nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial (...)” em face do nascimento de um filho portador de deficiências⁵⁴⁶.

Neste contexto jurisprudencial, toma relevo premente a STS de 18 de Maio de 2006, que contempla uma acção de *wrongful birth* e de *wrongful life*, e reporta-se a uma circunstância em que decorreu falha na realização do exame de amniocentese, já que a punção do líquido amniótico se mostrou insuficiente para análise. Por sua vez, o médico não informou a grávida (casal) da necessidade de repetição do respectivo procedimento de DPN, vindo, destarte, a nascer um filho com *Síndrome de Down*.

O Tribunal Supremo pronunciou-se de modo favorável, tendo sido, como tal, autorizada a competente indemnização aos progenitores. Doutro passo, foi também ressarcida a própria criança, em sede de *wrongful life*, pese embora a escassa (ou ausente) fundamentação jurídica, e, ainda, a sua irmã de 3 anos, no entanto sem qualquer menção específica quanto ao respectivo direito violado⁵⁴⁷.

Em sentido próximo, cumpre referir a STS de 16 de Junho de 2010, num caso de informação defeituosa em sede de realização de amniocentese, uma vez que a amostra

⁵⁴⁶ Cfr. STS de 21 de Dezembro de 2005, RJ 2005/10149, cumprindo referir que se trata, assim, de um caso em que foi estabelecida com rigor a extensão da indemnização; V., também, RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La Quinta Sentencia del Tribunal Supremo en un Caso de Wrongful Birth: Se Puede Decir Ya Que Existe Una “Jurisprudencia” en la Materia*, in *Práctica de Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ano IV, n.º38, 2006, págs. 5 a 23.

⁵⁴⁷ Cfr. STS de 18 de Maio de 2006, RJ 2006/4724, que, em concreto, determinou uma pensão mensal vitalícia para a criança portadora de deficiências; CARMEN GONZÁLEZ LEÓN, *La Protección del Paciente y el Consentimiento Informado*, in *Lex Medicinæ, ob. cit.*, pág. 31, que destaca que a decisão do TS reconheceu um “*daño por rebote*” do progenitor, quer de carácter patrimonial, como moral, mas, desta feita, “relacionado con el daño sufrido por la madre al haberse lesionado su derecho al libre desarrollo de la personalidad”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, ob. cit.*, pág. 234, nota de rodapé 637, em respeito à indemnização por *dano por rebote* concedida à irmã da criança portadora de deficiências, defende que se trata de uma tese que compreende “uma hiper-utilização da responsabilidade civil e (...) um desvalor do sentido da vida humana.”. Com efeito, no nosso Ordenamento, entende que, “tal pretensão seria de rejeitar, visto que os “danos reflexos” que os irmãos possam sofrer não merecem a tutela do Direito”; ainda, nesta decisão, MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS 18 de Mayo de 2006*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 73, Janeiro-Abril 2007, págs. 534 e ss..

de líquido amniótico objecto de análise, que apresentou resultado negativo, não correspondia à amostra antes puncionada da gestante, pelo que essa troca, negligente, feita por parte do laboratório de análises competente, acabou, assim, por determinar um feto sem anomalia quando, em rigor, veio a nascer uma criança com *Síndrome de Down*⁵⁴⁸.

Com efeito, o Tribunal Supremo condenou a *Generalidad Valenciana* no pagamento aos progenitores de uma indemnização por danos morais, e, solidariamente, a *Administración Autonómica Valenciana* e a *Universidad Miguel Hernández de Elche*⁵⁴⁹, numa pensão mensal vitalícia ao filho, deixando, aqui, entrever uma abertura da jurisprudência Espanhola para a eventual procedência de acções de *wrongful life*.

Em todo o caso, a orientação prefigurada nas decisões do Supremo Tribunal de 18 de Maio de 2006 e 16 de Junho de 2010, não foi acolhida pela STS de 4 de Novembro de 2010, num caso de *wrongful birth* e *wrongful life*, em que decorreu falha no dever de informação quanto ao diagnóstico ecográfico de anomalia fetal, vindo a nascer uma criança com graves malformações.

A acção foi intentada pelos progenitores e pela criança, com a respectiva representação legal, designadamente, contra o médico ginecologista-obstetra e contra a companhia de seguros, em sede da qual, havia sido contratado um seguro de saúde.

Neste passo, o Tribunal Supremo concedeu provimento à pretensão dos progenitores, por *wrongful birth*, autorizando a indemnização de danos patrimoniais consubstanciados nas despesas especiais decorrentes do nascimento de uma criança portadora de deficiências, e danos morais por força da violação do direito à autodeterminação reprodutiva⁵⁵⁰.

Em respeito à acção instaurada pela criança, de *wrongful life*, o Tribunal Supremo pronunciou-se de modo desfavorável, considerando que não merece tutela legal uma pretensão cujo fundamento assenta numa vida injusta, e, como tal, acrescenta-se, num direito à não existência⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Cfr. STS de 16 de Junho de 2010, 4403/2008, Sala de Contencioso Administrativo, que indica que a falha do dever de informação “se produjo en las extensiones de la muestra, al haberse hecho de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de [la actora]”.

⁵⁴⁹ De facto, as análises foram realizadas no laboratório de genética do departamento de pediatria da Faculdade de Medicina.

⁵⁵⁰ Cfr. STS de 4 de Novembro de 2010, RJ 2010/669, que refere que, a “falta de información (...) en las ecografías morfológicas tuvo como consecuencia para los progenitores la privación de la posibilidad de optar o decidir sobre la práctica de un aborto eugenésico dentro del plazo legal (...)”.

⁵⁵¹ Cfr. STS de 4 de Novembro de 2010, RJ 2010/669; no mesmo traçado, STS de 6 de Julho de 2007, num caso em que não foi realizado o teste triplo de rastreio pré-natal, vindo a nascer uma criança com *Síndrome de Down*. Os progenitores foram indemnizados pelo dano moral resultante da violação do

2.8. Holanda

No Direito Holandês, cumpre destacar, no plano das acções de *wrongful conception*, a decisão do Supremo Tribunal (*Hoge Raad*) de 21 de Fevereiro de 1997, que respeita a uma circunstância, nos termos da qual, o médico, no decurso de uma intervenção cirúrgica ginecológica, remove o dispositivo intra-uterino, e, por negligência, não procede à sua substituição e respectiva aplicação.

Destarte, o Supremo Tribunal Holandês julgou procedente a acção, tendo determinado o ressarcimento à progenitora de danos patrimoniais respeitantes aos custos de sustento da criança saudável não planeada. Por sua vez, foi rejeitada a compensação de danos morais, já que, apesar do transtorno emocional sofrido pela progenitora, não ficou provada, em rigor, a existência de patologia de ordem psíquica⁵⁵².

Por outro lado, nota de destaque neste Ordenamento Jurídico segue para a decisão do Supremo Tribunal Holandês (*Hoge Raad*), de 18 de Março de 2005, num caso de *wrongful birth e wronful life*, que foi, destarte, julgado procedente.

direito à autodeterminação reprodutiva, tendo sido rejeitada a acção de *wrongful life*; na STS de 23 de Novembro de 2007, numa falha do dever de informação a uma grávida com idade avançada, que não foi referenciada como de risco, e, portanto, não realizou os competentes exames de DPN, tendo nascido uma criança com *Síndrome de Down*. O Supremo Tribunal determinou o ressarcimento aos progenitores, já que a “falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral”, vedando a pretensão da criança, porquanto “(...) no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”; também, JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, *ob. cit.*, págs. 465 a 478; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 140 a 144; MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Medical Liability in Spain*, in *Tort and Insurance Law*, Vol. 29, *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, *ob. cit.*, págs. 468 a 470; nesta matéria, *Anteproyecto da Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*, aprovado pelo Governo Espanhol, em Conselho de Ministros, em 2013, e que supõe alterações ao regime legal do aborto, já que apenas se autoriza a interrupção da gravidez quando figure um grave perigo para a vida ou saúde da mulher e nas hipóteses de crime contra a autodeterminação sexual.

⁵⁵² Na verdade, o *Hoge Raad* defende que a indemnização dos danos patrimoniais se revela fundamental no âmbito da respectiva educação e sustento, e não constitui uma violação ao princípio da dignidade humana, já que a criança *per se* não é, aqui, considerada como dano; S. LINDENBERGH e H. TH VOS *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 883 a 885, referindo, também, que, “the parents should not be withheld the possibility of claiming compensation of these costs on behalf of the entire family, including the new child.”; IVO GIESEN e ESTHER ENGELHARD, *Medical Liability in the Netherlands*, in *Tort and Insurance Law*, Vol. 29, *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, *ob. cit.*, págs. 402 a 404, referem que, “The court rejected fundamental objections against the compensation of these maintenance costs, namely that making these costs recoverable would suggest that the child is seen as damage or as unwanted”, acrescentando, que, em regra, nas acções de *wrongful conception*, a pretensão do pai da criança tem sido rejeitada, já que não é parte no contrato estabelecido entre a mãe e o médico, no âmbito da gravidez. Neste sentido, Rb Arnhem de 11 de Junho de 2003, LJN AGO130; Rb Alkmaar de 11 de Fevereiro de 2004, LJN AO 3453; Já na decisão do Hoge Raad de 18 de Março de 2005 (*Baby Kelly*), NJ 2006, 606, embora num caso de *wrongful life*, foi julgada procedente a demanda do progenitor.

Com efeito, no Tribunal de 1ª instância foi requerido o apuramento de responsabilidade civil, em virtude da falta de diligência e cuidado da médica obstetra, que, pese embora a história familiar da gestante, que sofrera dois abortos espontâneos anteriores, não determinou a realização de amniocentese ou outro exame de DPN. De facto, *Kelly Molenaar* nasceu com uma grave anomalia cromossômica, padecendo de sérias limitações ao nível físico e permanente sofrimento emocional⁵⁵³.

Na verdade, o Tribunal de 1ª instância apenas concedeu provimento à demanda dos progenitores, por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Por sua vez, em sede de recurso, o Tribunal de Apelação de Haia considerou que, no contexto em apreço, se a progenitora tivesse sido informada dos riscos de anomalia fetal, autorizaria, certamente, a interrupção da gravidez, pelo que manteve o ressarcimento indemnizatório aos pais, e concedeu, outrossim, a *Kelly*, uma indemnização por danos não patrimoniais.

Ora, tal entendimento assentou no pressuposto de que a relação contratual que a médica obstetra tinha para com a mãe se estendia à criança, porquanto esta era considerada como parte do contrato. Doutro passo, admitiu-se que, também, o hospital, enquanto instituição privada, tinha um particular dever de cuidado para com os interesses do feto, enquanto nascituro⁵⁵⁴.

Neste seguimento, o Supremo Tribunal Holandês acompanhou o traçado prefigurado pelo Tribunal de Apelação, tendo determinado o ressarcimento aos progenitores de danos patrimoniais, em respeito aos custos de sustento da criança deficiente, até aos 21 anos, e danos não patrimoniais, resultantes da violação do direito à autodeterminação reprodutiva da mãe (do casal), consubstanciada na privação da possibilidade de interromper a gravidez. A progenitora recebeu, ainda, a título individual, uma indemnização pelas despesas decorrentes do tratamento psiquiátrico.

⁵⁵³ Cfr. J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, *ob. cit.*, pág. 234, destacando que, “she was in very considerable pain due to extensive physical and mental disabilities.”; TONY SHELDON, *Court Awards Damages to Disabled Child for Having Been Born*, in *The British Medical Journal*, Vol. 326, n.º 7393, 2003, pág. 784, refere que, “She (...) is believed to be in constant pain; and has had several heart operations. (...) she had been admitted to hospital (...) due to “inconsolable crying.”

⁵⁵⁴ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 366, que entendem que, “Here, the court relied to an extent on the *nasciturus* principle – that is, that a child in utero can be regarded as being alive if it is in his or her interests to do so. The element of causation necessary for a successful action in negligence was supplied by the fact that the birth of the child could have been prevented”.

Quanto à criança, coube-lhe uma indemnização de danos não patrimoniais, pelo facto de ter nascido⁵⁵⁵.

2.9. Polónia e Dinamarca

Na Polónia, figuram escassas decisões jurisprudenciais no que concerne a acções de responsabilidade civil médica por violação do dever de informação ou por *mala praxis* em momento pré-natal.

Com efeito, importa referir a decisão do Supremo Tribunal Polaco de 21 de Novembro de 2003, em respeito a uma acção de *wrongful conception*, que foi julgada procedente⁵⁵⁶.

De facto, o litígio em apreço contempla uma situação de uma mulher que fora violada e, nesse passo, engravidou, embora lhe tenha sido vedada a respectiva interrupção da gravidez no hospital público, porquanto se encontrava com mais de 12 semanas de gestação. Neste seguimento, acabou por nascer uma criança saudável não planeada.

O Supremo Tribunal Polaco considerou que havia decorrido uma violação do direito de autodeterminação reprodutiva da progenitora, já que, ao abrigo da Lei de 7 de Janeiro de 1993 sobre Family Planning, Embryo Protection e Legal Abortion, e uma vez figurando crime de violação, deveria ter sido autorizada, nesse contexto, a respectiva interrupção da gravidez⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, ob. cit., pág. 366, que referem, neste passo, “emotional damage being attributable to the fact that she was born”; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, ob. cit., págs. 234 a 236, considera que o Supremo Tribunal Holandês, “in attributing emotional damage to the neonate (...) appears to have taken an incremental step forward in placing the ‘choice’ of termination in the hands of the fetus (...)”; VANESSA CARDOSO CORREIA, *Wrongful Birth e Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, ob. cit., pág. 105; H.F.L. NYS e J.C.J. DUTE, *A Wrongful Existence in The Netherlands*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, n.º4, 2004, págs. 393 e 394; TONY SHELDON, *Dutch Supreme Court Backs Damages for Child for Having Been Born*, in *The British Medical Journal*, Vol. 330, n.º 7494, 2005, pág. 747; ainda, EWOUUD HONDIUS, *The Kelly Case, Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment*, in *Health Law, Human Rights and The Biomedicine Convention*, (Coordenação de J.K.M. Gevers, E.H. Hondius, J.H. Hubben), Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pág. 115, defende que Kelly sofreu de um *dano injusto*, no âmbito do art.º 24.º, da CDHBio.

⁵⁵⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Polaco de 21 de Novembro de 2003, VCK 16/03, OSP 10/2004.

⁵⁵⁷ Neste sentido, verifica-se, outrossim, um total desrespeito pelos ditames prefigurados pelos art.ºs 23.º e 448.º, do Código Civil Polaco. EWA BAGIŃSKA, *The Liability for Wrongful Conception and Wrongful Birth in Polish Law*, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º10, 2008, pág. 43, refere que “under the law on family planning if an abortion was wrongfully denied and the raped woman was compelled to give birth to a child, her right to plan a family was violated”.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Polaco condenou o hospital no pagamento de indemnização à autora por danos patrimoniais em virtude da perda de rendimentos e despesas resultantes da *gravidez* e do *parto*. Neste conspecto, cumpre referir que não foram ressarcidos os danos não patrimoniais, na medida em que o art.º 448.º, do Código Civil Polaco, exigia o preenchimento do requisito de *dolo* na prática do facto ilícito.

Doutro passo, uma questão premente neste caso reside, também, no facto de que, no âmbito da acção de *wrongful conception*, foi rejeitada a pretensão do filho, em relação aos custos do seu próprio sustento até à maioridade, porquanto o nascimento da criança *per se* não pode ser considerado como um dano⁵⁵⁸.

Contudo, numa segunda fase do litígio, aquando do apuramento do *quantum* indemnizatório, e mediante pretensão agora formulada pela mãe, o Supremo Tribunal Polaco, no Acórdão de 22 de Fevereiro de 2006, autorizou o ressarcimento dos custos de educação da criança, designadamente, em sede do exercício da autoridade parental, mas circunscritos à parte que a progenitora não possa assegurar, e que seriam devidos, como tal, ao progenitor, que não fora identificado.

Na verdade, o Tribunal defendeu que a indemnização concedida se destina a afiançar o cumprimento do dever parental de sustento da criança, pelo que, neste passo, reforça o entendimento de que o nascimento *per se*, mesmo que não planeado, não constitui um dano⁵⁵⁹.

Por outro lado, no que tange às acções de *wrongful birth*, indique-se a decisão do Supremo Tribunal Polaco de 13 de Outubro de 2005, que compreende uma circunstância em que não fora autorizada a interrupção da gravidez numa paciente de risco elevado e com um filho anterior portador de deficiências.

De facto, apesar de terem sido efectuados os procedimentos ecográficos de vigilância normal da gravidez, que indicaram suspeita de anomalia genética fetal, a paciente não foi referenciada para outro hospital de modo a realizar exames de DPN. Neste passo, acabou por nascer uma criança com graves deficiências, e, designadamente, com a mesma patologia que o irmão.

⁵⁵⁸ Na verdade, trata-se, aqui, de uma situação específica, que parece remeter para um terreno aproximado às acções de *wrongful life*, embora num contexto de nascimento não planeado de criança saudável.

⁵⁵⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Polaco, de 22 de Fevereiro de 2006, III CZP 8/06, OSNC 7-8/2006; EWA BAGIŃSKA, *The Liability for Wrongful Conception and Wrongful Birth in Polish Law*, in *Lex Medicinæ, ob. cit.*, pág. 43; da mesma autora, *Poland, in Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2004*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2005, págs. 466 a 468; EWA BAGIŃSKA e M. NESTEROWICZ, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 927 a 929.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Polaco julgou a acção procedente, considerando que tinha ocorrido uma violação do direito de autodeterminação reprodutiva da mãe (casal) em sede de planeamento familiar, consubstanciada, aqui, na privação de interrupção da gravidez, que, neste contexto fetopático, era permitida nos termos prefigurados pelo art.º 4a, Secção 1 (2), da Lei de 7 de Janeiro de 1993 sobre Family Planning, Embryo Protection e Legal Abortion.

Neste passo, o Supremo Tribunal Polaco autorizou o ressarcimento aos progenitores de danos patrimoniais, relativos aos custos *extraordinários* ou *especiais* de sustento de uma criança portadora de deficiências⁵⁶⁰.

Aqui chegados, cumpre, ainda, deixar uma nota de relevo para a decisão do Tribunal de Apelação de Bialystok, de 4 de Julho de 2008, num caso de *wrongful birth*, em que foi autorizada a indemnização aos progenitores por danos patrimoniais relativos aos custos *especiais* de sustento da criança deficiente, e danos não patrimoniais, decorrentes da violação do direito à autodeterminação reprodutiva. Em seu turno, a progenitora foi, igualmente, ressarcida por danos patrimoniais, relativos à perda de rendimentos e despesas médicas resultantes de tratamento de patologia de ordem psíquica, em virtude do nascimento da criança deficiente⁵⁶¹.

No que concerne à Dinamarca, indique-se, no âmbito das acções de *wrongful conception*, a decisão do Tribunal de Apelação (*Vestre Landsret*) de 19 de Novembro de 1960, que compreende um caso de esterilização definitiva feminina mal sucedida, em que veio a nascer uma criança saudável. Não obstante, em momento posterior, a paciente engravida novamente e autoriza a interrupção da gravidez. Por sua vez, no decurso deste procedimento, verifica-se que na cirurgia anterior não havia sido efectuada a esterilização de uma das trompas e a necessária remoção do respectivo ovário.

Com efeito, o Tribunal de Apelação julgou procedente a acção, tendo, neste passo, autorizado o ressarcimento à progenitora por danos morais, em virtude da ofensa à integridade física resultante da segunda gravidez, do aborto, e da realização de nova cirurgia de esterilização definitiva.

⁵⁶⁰ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Polaco, de 13 de Outubro de 2005, IV CK 161/05, OSP 6/2006; EWA BAGIŃSKA, *The Liability for Wrongful Conception and Wrongful Birth in Polish law*, in *Lex Medicinæ, ob. cit.*, págs. 45 a 49; da mesma autora, *Poland*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 384 a 386; EWA BAGIŃSKA e M. NESTEROWICZ, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 926 e 927.

⁵⁶¹ Acórdão do Tribunal de Apelação de Bialystok, de 4 de Julho de 2008, I ACa 278/08, PiM 2/2009; EWA BAGIŃSKA e M. NESTEROWICZ, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, pág. 927.

Na verdade, o Direito Dinamarquês considera a vida humana como um benefício, pela que a orientação da respectiva jurisprudência caminha no sentido de vedar, por completo, a indemnização pelos danos patrimoniais relativos aos custos de sustento de uma criança saudável⁵⁶².

Em respeito às acções de *wrongful birth*, a jurisprudência Dinamarquesa não contempla qualquer litúgio, pelo que, nesta sede, figuram apenas escassas pretensões requeridas no âmbito do Seguro Público de Saúde, tendo sido, no entanto, julgadas de modo desfavorável.

A este propósito, cumpre enunciar a decisão do Patient Insurance Board (*Patientforsikringen*) de 3 de Janeiro de 2003, correspondente a um caso em que não fora realizado exame de amniocentese ou biopsia das vilosidades coriônicas, pelo facto da paciente ser jovem, vindo, destarte, a nascer uma criança portadora de *Síndrome de Down*.

Com efeito, a pretensão dos progenitores foi rejeitada, na medida em que a respectiva anomalia congénita não foi, efectivamente, causada pelo médico responsável. Na verdade, o Patient Insurance Board considera que somente nos casos de *wrongful injury*, em que a patologia da criança tenha sido resultado de lesão cometida por *mala praxis*, designadamente por terapêutica incorrecta, ou mesmo por falta de tratamento, poderá haver lugar ao apuramento de danos⁵⁶³.

Neste contexto, toma relevo premente o Acórdão de 19 de Setembro de 2008, do Supremo Tribunal Dinamarquês, que respeita a uma acção de *wrongful injury* intentada pela criança, com representação legal dos progenitores.

De facto, na sequência de um parto por cesariana, nasceu uma criança com graves lesões cerebrais, eventualmente decorrentes da falta de oxigénio durante o respectivo procedimento cirúrgico.

Neste passo, o Patient Insurance Board julgou procedente a demanda, tendo, desde logo, autorizado a respectiva compensação.

Contudo, uma vez no plano judicial, o Supremo Tribunal Dinamarquês confirmou a decisão do Tribunal de Apelação e negou provimento à acção de *wrongful injury*, por falta de nexo de causalidade entre o facto ilícito e a condição de saúde da criança, absolvendo, neste passo, o respectivo hospital.

⁵⁶² Cfr. V. ULFBECK e K. SIIG, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 895 e 896.

⁵⁶³ Cfr. V. ULFBECK e K. SIIG, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 924 e 925.

Na verdade, no litígio em apreço a acção foi rejeitada pela falta de preenchimento dos requisitos de responsabilidade civil, designadamente o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Em todo o caso, o Direito Dinamarquês, embora vedando as acções de *wrongful life*, justamente por não merecer tutela jurídica um *direito a não nascer*, tem, em regra, acolhido as acções de *wrongful injury*, com excepção feita às circunstâncias de nado-morto, já que a acção terá que ser intentada pela criança⁵⁶⁴.

2.10. Israel e África do Sul

No que concerne a Israel, a jurisprudência pronunciou-se de modo favorável em relação às acções de *wrongful birth* e *wrongful life*, a partir do litígio *Zeitsov v. Katz*, em 1986, no Supremo Tribunal, a propósito de uma circunstância de falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalia congénita, pelo que a acção foi julgada procedente por maioria 4-1, tendo a respectiva posição sido perfilhada pelo Sistema Judicial até 2012⁵⁶⁵.

De facto, no caso *Hammer v. Amit*, a 8 de Fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal vem rejeitar, em absoluto, no Direito de Israel, a viabilidade de acções de *wrongful life*, apenas acolhendo, neste passo, a pretensão dos progenitores, em sede de *wrongful birth*, por *danos patrimoniais*, decorrentes dos custos *especiais*, até à maioria da criança portadora de deficiências, e, posteriormente, das competentes despesas de sustento, e *danos não patrimoniais* resultantes da violação do direito de autodeterminação reprodutiva⁵⁶⁶.

Na África do Sul, cumpre referir, desde logo, *Friedman v. Glickson*, em 1996, no *High Court* de Witwatersrand Local Division, em respeito a uma acção de *wrongful*

⁵⁶⁴ Cumpre aqui destacar que, em rigor, o critério adoptado para a viabilidade das acções de *wrongful injury* faz entrever uma brecha para eventuais acções de em sede de *wrongful life*. De facto, além das circunstâncias em que decorra uma lesão directa no feto, por *mala praxis*, são também considerados os casos de falha de diagnóstico que, destarte, tenha impedido a realização de tratamento que poderia curar ou prevenir certa patologia; V. ULFBECK e K. SIIG, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 953 e 954, destacam que, “under Danish law a distinction has to be made according to whether the child’s condition is treatable or not. If the congenital defect could be cured or its effects reduced had the correct diagnosis been given, this may form the basis for a claim against the hospital.”.

⁵⁶⁵ Cfr. *Zeitsov v. Katz*, Civ App 512/81, 40 (2) PD 85 (1986).

⁵⁶⁶ Cfr. *Hammer v. Amit*, Civ App 1326/07 (2012); RONEN PERRY, *Israel, in European Tort Law 2012*, (Coordenação de Ken Oliphant e Barbara C. Steininger), De Gruyter, 2013, págs. 752 a 758; SAGIT MOR, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique, in Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 63, (Coordenação de Austin Sarat), Emerald Books, 2014, págs. 113 a 146.

birth e *wrongful life*, tendo sido concedido provimento à demanda da progenitora e negada a da criança⁵⁶⁷.

Por outro lado, no litígio *Stewart v. Botha*, em 2008, o Supremo Tribunal de Apelação da África do Sul autorizou, bem assim, a pretensão por *wrongful birth* e, como tal, o ressarcimento dos *danos patrimoniais* relativos aos custos *especiais* da criança deficiente, pelo que a acção de *wrongful life* foi rejeitada com base em argumentos de *public policy*⁵⁶⁸.

2.11. O Ordenamento Jurídico Português

Em Portugal, o primeiro litígio nestes domínios consistiu numa acção de *wrongful life*, correspondente à decisão do STJ, de 19 de Junho de 2001, que foi julgada improcedente.

A acção foi interposta pela criança, representada legalmente pelos pais, requerendo a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais em face da conduta do médico e do gabinete de radiologia, concretamente por violação do dever de informação por parte destes, que, atenta a situação de risco, deveriam ter procedido com diligência no âmbito do acompanhamento da gravidez, que exigia, assim, a realização de exames mais completos, designadamente, em DPN⁵⁶⁹.

O STJ rejeitou a acção, considerando que existia falta de “conformidade entre o pedido e a causa de pedir”, porquanto a criança invoca a privação de interrupção da gravidez como fundamento da sua pretensão indemnizatória quando, em rigor, essa é uma “faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais)”. Neste passo, “o direito à indemnização, que se poderá discutir, situar-se-á sempre na titularidade dos pais, que não do autor.”.

⁵⁶⁷ Cfr. *Friedman v. Glickson* 1996 1 SA 1134 (W).

⁵⁶⁸ Cfr. *Stewart v. Botha* (340/2007) [2008] ZASCA 84; IVO GIESEN, *Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and The Politics of Tort Law Systems*, in *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law (THRHR)*, Vol. 72, 2009, págs. 257 a 273; SANDRA SITHOLE, *Liability of Medical Practitioners to Children Born with Congenital Defects – a Discussion of Stewart v. Botha*, in *South African Journal of Bioethics and Law*, Vol. 2, n.º2, Dezembro de 2009, págs. 41 e 42.

⁵⁶⁹ De facto, a progenitora fora referenciada pelo médico assistente como grávida de risco, em virtude de uma cesariana anterior e na medida em que da realização da 1ª ecografia, feita em gabinete de radiologia, se havia detectado, além de uma malformação uterina, um volume uterino aparentemente anormal ou não correspondente à respectiva idade gestacional. Neste passo, o médico solicitou novos exames ecográficos, designadamente, no mesmo gabinete de radiologia, com quem tinha particular relação de *confiança*, não tendo sido detectadas, até ao *terminus da gestação*, nem pelo médico, nem pelo gabinete de radiologia, quaisquer anomalias fetais. A criança veio a nascer com malformações nas duas pernas e na mão direita.

Por outro lado, não se aceita um “direito à não existência”, sendo, destarte, impossível quantificar o dano enquanto “prejuízo de viver com a deficiência, comparado com a vantagem de não viver de todo”. Finalmente, ainda que se admitisse esse direito, o mesmo não poderia “ser exercido pelos pais em nome do filho. Só este, quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização”, acrescentando, ainda, que, “tais acções, 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.”⁵⁷⁰.

Na verdade, o Acórdão do STJ parece ter deixado ficar em aberto a possibilidade futura de uma acção de *wrongful birth*, consubstanciada na violação do direito de autodeterminação reprodutiva da mãe (do casal) assente na privação de interrupção da gravidez, e, mais remotamente, uma pretensão por *wrongful life*, uma vez atingida a maioridade da criança⁵⁷¹.

Com efeito, volvida pouco mais que uma década, o Direito Português conhece uma nova acção judicial, de *wrongful birth* e *wrongful life*, em que, por decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, foi julgada procedente, pelo menos a título parcial, a pretensão dos progenitores, sendo negada a da criança⁵⁷².

De facto, trata-se de uma acção que foi intentada pelos progenitores e pela criança, com representação legal dos primeiros, contra o médico ginecologista-obstetra

⁵⁷⁰ Cfr. Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, Coimbra Editora, 2002, págs. 371 a 377, e Anotação de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, págs. 377 a 384.

⁵⁷¹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., pág. 388, nota de rodapé 873, que entende ser questionável a argumentação do STJ, já que não aceita aqui a indemnização pelo instituto da representação legal, mas poderá vir a admiti-la aquando da maioridade da criança. Doutro passo, supondo que esta, por força da deficiência, não tenha condições de exprimir um “juízo de valor sobre a sua existência”, esse direito nunca poderá, como tal, ser alcançado; do mesmo autor, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 235 e 236, defende que cabe, no âmbito dos poderes da representação legal, “pedir uma compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo seu representado”; neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 24, refere que, “não seria de recusar aos pais o poder de intentar a acção em nome do seu filho”; MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 139.

⁵⁷² Não obstante, cumpre referir o Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, de 9 de Maio de 2011, Relator: Joaquim Cruzeiro, num caso de *wrongful birth* e *wrongful life*, em que decorreu falha no dever de informação no que tange à execução e resultado do exame de biopsia das vilosidades coriónicas, em DPN, na medida em que o respectivo laboratório apenas submeteu a análise tecido materno e não tecido fetal, vindo a nascer uma criança portadora de Fibrose Quística. Destarte, o Tribunal autorizou a indemnização aos progenitores, por *wrongful birth*, de danos patrimoniais e não patrimoniais, e, *wrongful life*, quanto aos danos não patrimoniais sofridos pela criança até ao seu falecimento.

e a clínica onde este realizava os exames de ecografia materno-fetal, por falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalias congénitas do feto, que, se tivessem sido adequadamente comunicados, em DPN, poder-se-ia ter afiançado uma específica preparação aos progenitores para o “nascimento de sua filha com deficiências” ou ser dada a possibilidade, inclusive, para autorizar a interrupção da gravidez não punível, nos termos legais.

Em rigor, da matéria de facto em 1ª instância resultou provado que as várias patologias da criança, e, designadamente, a ausência do membro inferior esquerdo, só foram do conhecimento dos pais aquando do seu nascimento, pelo que em nenhuma das ecografias realizadas pelo médico ginecologista-obstetra terá sido detectada e relatada qualquer uma delas.

Por conseguinte, o Tribunal de 1ª instância pronunciou-se no sentido de absolver a clínica e condenar o médico no pagamento, apenas aos progenitores, e a cada um deles, de indemnização, no valor de € 7500, a título de *danos morais*, “traduzidos na frustração de uma expectativa” de vir a ter uma criança saudável e na “impossibilidade de preparação psicológica” para essa situação. Tal circunstância assentou, também, no pressuposto de que, no caso em apreço, não seria permitida a interrupção da gravidez nos termos apregoados pelo art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal.

Neste passo, o médico recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, entendendo que, no decurso do processo, não terá sido efectuada a devida prova pericial de carácter *técnico-científico* às 4 ecografias realizadas, que, assim, determinasse, especificamente, que, nas *datas* em que foram realizadas, já *existia* e podia ter sido *visualizada* e *detectada* a ausência do membro inferior, pelo que, neste passo, não decorreu qualquer violação do dever de cuidado que a si era exigido.

O médico defendeu, ainda, que não se encontra preenchido o requisito de nexos de causalidade entre o suposto facto omissivo e o dano, já que, mesmo que os progenitores tivessem sido informados dos riscos de anomalia fetal, não resulta provado no processo de que um eventual acompanhamento psicológico lhes seria eficaz ou benéfico. Em acréscimo, o dano moral, relativo à “dor, choque e sofrimento” dos progenitores acabaria sempre por ter lugar, já que decorre do facto “de terem sido confrontados com uma filha” que nasceu sem o membro inferior esquerdo e “não de apenas terem tomado conhecimento de tal malformação após o nascimento da criança.”.

O Tribunal da Relação destacou que, apesar de no relatório pericial respeitante às 4 ecografias preditas não ter sido verificada qualquer lesão, por razões, *inter alia*, que

se prendem com a dificuldade de visualização das imagens, atenta a sua progressiva degradação, a verdade é que do mesmo resultava claro que, em circunstâncias técnicas normais, teria sido possível, nas ecografias realizadas às “15 semanas + 6 dias, às 21 semanas + 2 dias e às 31 semanas + 6 dias”, detectar a ausência do membro inferior esquerdo⁵⁷³.

Destarte, o médico, ao ter falhado quanto ao diagnóstico e informação aos pais dos riscos de anomalia fetal, concretamente em sede de ausência do membro inferior, omitiu, de forma negligente, o dever de cuidado a que estava obrigado, “em violação das *leges artis* por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.”

No que concerne à sustentação defendida pelo apelante/médico quanto à inexistência de nexo de causalidade entre o facto e o dano moral, o Tribunal da Relação considerou tal entendimento incorrecto. De facto, atendendo à tese da causalidade adequada, na sua formulação negativa, a falha da detecção, nas 4 ecografias realizadas, da existência da anomalia malformativa, consubstanciada na ausência do membro inferior, e a omissão da comunicação dessa circunstância aos pais, não se mostrou “indiferente para a produção do dano não patrimonial sofrido pelos Autores/Apelados ao verem-se, inesperadamente, confrontados, no momento do parto, com uma filha nascida sem o membro inferior esquerdo”, pelo que tal é suficiente para “afirmar a existência de nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e culposo praticado pelo Réu/Apelante e o dano moral sofrido pelos Autores/Apelados.”

Por outro lado, o Tribunal da Relação faz ainda menção ao facto de que o Tribunal de 1ª instância apenas se referiu ao indicado dano moral, na medida em que partiu do erróneo pressuposto, tendo por base, nomeadamente, o testemunho de médicos que já haviam integrado Comissões de Ética, de que, mesmo que os pais tivessem sido informados da respectiva anomalia congénita de ausência do membro inferior, a interrupção da gravidez não seria permitida nos termos legais, já que a deficiência, pesem embora as objectivas limitações de locomoção, não interferiria significativamente com a respectiva qualidade de vida⁵⁷⁴.

⁵⁷³ O Tribunal da Relação tomou, ainda, em apreço o depoimento de profissionais “especialmente” qualificados, que, embora não tivessem observado as 4 ecografias do processo, “revelaram a inequívoca susceptibilidade” de que, com maior ou menos dificuldade, as patologias da criança deficiente seriam passíveis de identificação em ecografias fetais.

⁵⁷⁴ A questão aqui em apreço prende-se, em rigor, com o conceito de doença grave e de malformação congénita previsto no art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal; neste contexto, VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 80 e 81, considera que “não é líquido” se o conceito de gravidade inscrito no art.º 142.º, n.º1, al. c), respeita à patologia ou também à respectiva malformação. Neste passo,

Ora, o Tribunal da Relação entendeu que, nos termos do Código Penal, a interrupção da gravidez por motivos fetopáticos era legalmente admissível, sendo que qualquer dúvida quanto ao “êxito ou inêxito” da pretensão dos progenitores em relação a essa opção de planeamento familiar cairia no escopo previsto no art.º 516.º, do Código de Processo Civil (art.º 414.º, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), e, portanto, contra o apelante/médico.

Com efeito, a falha do dever de informação quanto aos riscos de anomalia congénita impediu a mãe (o casal) de tomar uma decisão esclarecida no sentido de autorizar a interrupção da gravidez, assim evitando o nascimento de uma criança com deficiências e, com isso, os *danos patrimoniais* decorrentes das despesas médicas e adicionais afectas ao tratamento e assistência permanentes e *danos não patrimoniais*, relativos ao sofrimento e dor em face das limitações várias da criança no decurso da sua vida.

De todo em todo, importa salientar que o Tribunal da Relação estava circunscrito a analisar o pedido objecto de recurso, pelo que, não fora o disposto no art.º 684.º, n.º4, do Código de Processo Civil (art.º 635.º, n.º5, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), que agravaria a posição do médico/apelante, a presente instância tê-lo-ia condenado no ressarcimento dos respectivos danos patrimoniais e não patrimoniais. Na impossibilidade processual de o fazer, confirmou, desta feita, a sentença do Tribunal de 1ª instância em respeito ao dano moral *supra* elencado⁵⁷⁵.

Em rigor, da leitura do Acórdão em apreço verifica-se uma substancial abertura para a procedência das acções de *wrongful birth*, pelo que o entendimento destacado em *obiter dicta*, quantos aos respectivos danos patrimoniais e não patrimoniais, parece acompanhar, em geral, a orientação de alguma jurisprudência e doutrina em Direito Comparado⁵⁷⁶.

entende que, apesar do requerimento para a interrupção da gravidez por motivos fetopáticos ser analisado pela Comissão de Ética competente, deve respeitar-se, invariavelmente, o prefigurado em termos legais. Por conseguinte, se a lei autoriza a interrupção, “e independentemente do juízo de aprovação ou censura que se possa fazer a tal opção legal – tal escolha cabe aos pais, não às comissões de ética, e muito menos ao tribunal em sede de apreciação de conduta médica”.

⁵⁷⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Relator: Rui Vouga, *in* www.dgsi.pt.

⁵⁷⁶ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, págs. 218 e ss., considera que, fazendo uma interpretação da posição em *obiter dicta* do Acórdão, designadamente em sede do dano não patrimonial, e no que concerne ao sofrimento perante as limitações da criança deficiente, pode decantar-se um “juízo de valor negativo sobre a vida ou sobre a qualidade de vida” da mesma, em clara ofensa ao princípio da dignidade humana. Defende o autor que pode ser concedida indemnização pelo desconforto e dor decorrentes da gravidez e do parto, e, bem assim, pelo choque emocional do nascimento de uma criança “com características diferentes das esperadas”. Contudo, não pode admitir-se

Por outro lado, cumpre, ainda, destacar o Acórdão do STJ, de 17 de Janeiro de 2013, que convoca uma acção de *wrongful birth* e *wrongful life*, tendo sido, neste passo, concedido provimento à demanda da progenitora e vedada a da criança.

De facto, a acção foi interposta no Tribunal de 1ª instância, pela mãe, e em representação legal da criança, contra o médico radiologista que efectuou as ecografias de vigilância obstétrica, a clínica onde as mesmas foram executadas, e, ainda, a médica obstetra que acompanhou a gravidez, em virtude de Infecção de Trato Urinário (ITU) de repetição, tendo, igualmente, analisado os referidos exames imagiológicos pré-natais, coexistindo, destarte, “sucessiva negligência grosseira” no dever de informação no âmbito do diagnóstico de síndrome polimalformativo, privando a primeira autora de se autodeterminar, de forma esclarecida, quanto à prossecução ou não da gravidez.

O Tribunal de 1ª instância viria, desde logo, a julgar procedente, por despacho saneador, a excepção de ilegitimidade passiva da médica obstetra, enquanto funcionária de instituição de saúde já demandada pelos autores em sede de Tribunal Administrativo. Doutro passo, na respectiva decisão, condenou o médico radiologista e a clínica no ressarcimento à mãe de danos patrimoniais e não patrimoniais, tendo por base, *inter alia*, e conforme o pedido, a impossibilidade de compatibilizar um trabalho com a dedicação exclusiva a uma criança portadora de deficiências, atentos, também, o desgosto e a afectação emocional evidentes neste contexto.

Em seu turno, o Tribunal da Relação considerou que pretensão da progenitora se enquadra nos casos de *wrongful birth*, posicionando-se a favor da sua procedência em

a indemnização pelo dano moral por “*ter um filho* saudável (ou deficiente)”, já que, ao abrigo do art.º 496.º, n.º1, do Código Civil, não merece tutela jurídica. Neste passo, o Direito deve manter a sua autonomia em relação à Psicologia e Sociologia, já que o sofrimento emocional “é um *requisito necessário* (...), mas não é um *requisito suficiente*.”; Pela nossa parte, concordamos com o entendimento de que a a vida humana e a criança não podem ser considerados um dano. De todo o modo, as mais das vezes, do que se trata, em sede indemnizatória, é do ressarcimento do sacrifício e dor que resultam de assistência permanente à criança e, outrossim, pelas suas dificuldades ao longo da sua vida. E, na verdade, se o choque emocional merece compensação, entendemos que, por maioria de razão, o sofrimento e angústia que possam prolongar-se em sede do acompanhamento da criança, deverão merecer igual tratamento jurídico. É certo que, no primeiro caso, a indemnização parece subsumir-se, *maxime*, à violação do dever de informação e no segundo surge com mais peso o dano *par ricochet* em face da condição da saúde da criança. Cremos, no entanto, que tal não parece contender com o princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, não deverá obstar, via de regra, à respectiva compensação; neste passo, PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. 3, Coimbra Editora, 2007, págs. 927 e 928, que entende que deve ser concedida indemnização aos progenitores por danos não patrimoniais, com excepção feita às circunstâncias em que esteja em causa, nesse passo, o nascimento *per se* de uma criança saudável.

termos gerais e, concretamente, na situação em questão, em face da violação do respectivo direito à autodeterminação reprodutiva.

No que tange à demanda da criança, representada legalmente pela mãe, destacou que a mesma contempla o espaço próprio das acções de *wrongful life*, as quais, no seu parecer, não merecem provimento, na medida em que não poderá reconhecer-se “um direito a indemnização por violação de um direito a inexistir ou a não nascer, sem consagração legal.”.

Destarte, fundando-se no art.º 1885.º, do Código Civil, no sentido de que cabe aos pais o dever de “promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”, sendo, ao abrigo do art.º 1882.º, do Código Civil, tais responsabilidades parentais de carácter irrenunciável, pronunciou-se de modo favorável apenas quanto à pretensão da progenitora. Neste conspecto, modificou a sentença da 1ª instância, fazendo acrescer à indemnização aí determinada os custos ou despesas *futuras* que haverá que despender ao longo da vida da criança, quanto ao tratamento médico, assistência e acompanhamento clínico *permanentes*, educação e formação *especiais* correspondentes⁵⁷⁷.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu, desde logo, que o médico e a clínica assumem uma obrigação de meios para com a paciente, no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, previsto no art.º 1154.º, do Código Civil, que se destinava, *inter alia*, ao diagnóstico de anomalias fetais e vigilância da gravidez.

Por conseguinte, a falha do dever informação quanto ao diagnóstico das respectivas malformações fetais constitui uma “conduta ilícita e culposa” em clara violação do dever de cuidado e dos ditames prefigurados pelas *leges artis*, tendo, assim, impedido a mãe de autorizar a interrupção da gravidez.

Neste passo, “a conduta dos Réus foi decisiva para o resultado produzido, qual foi o de possibilitarem” o nascimento da criança com as deficiências “o que não teria acontecido se aqueles mesmos Réus tivessem agido de forma diligente”. Em rigor, a interrupção da gravidez por motivos fetopáticos permitida nos termos do art.º 142.º, n.º1, al. c), não quebra o nexo causal, “fazendo antes parte do mesmo”. De facto, a violação da obrigação de informação “no que tange à elaboração do diagnóstico” privou a progenitora “de utilizar o meio legal que lhe era oferecido, atento o tempo de gestação

⁵⁷⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Relator: Filipe Carço, *in* www.dgsi.pt.

em curso (...) de não levar a termo a sua gravidez caso o entendesse, o que esta teria feito atentas as circunstâncias, daqui decorrendo o dever de indemnizar a Autora (...).”

Ante o exposto, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se de modo favorável em relação à pretensão da progenitora em sede de *wrongful birth*, acompanhando o entendimento da jurisprudência e doutrina no Direito Comparado Europeu e EUA.

Por outro lado, no que concerne à demanda da criança, por *wrongful life*, veda, por completo a sua procedência, desde logo, porquanto não pode figurar “o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido”, nem merece tutela jurídica um “direito à não vida”, o qual colide com “princípios constitucionais estruturantes plasmados nos artigos 1º, 24º e 25º da CRPortuguesa, no que tange à protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do «ser», quer na vertente do «não ser».”.

Em acréscimo, defende, ainda, que a violação do dever de informação respeita apenas à progenitora, justamente porque o nascituro não é parte no contrato de prestação de serviços médicos.

Destarte, rejeita, neste passo, o apelo ao contrato com eficácia de protecção para terceiros, que permitiria “abarcas as situações de violação de deveres específicos de protecção e cuidado”, designadamente, em relação ao nascituro, já que, ao abrigo do art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, este não dispõe de personalidade jurídica, “sem prejuízo da Lei lhe atribuir alguns direitos”.

Na verdade, só nas circunstâncias em que decorresse lesão directa no feto, em virtude de conduta médica, e que, neste sentido, fosse *causa* das respectivas malformações poderia decantar-se, a este propósito, e atento o art.º 66.º, do Código Civil, o apuramento de responsabilidade civil, facto que, em rigor, não sucede no caso em apreço⁵⁷⁸.

Por conseguinte, o Aresto perfilha da orientação avançada pelo Acórdão de 19 de Junho de 2001, julgando improcedente a acção de *wrongful life*, desde logo, porque no respectivo Ordenamento Jurídico a criança não tem um direito à não existência, e, como tal, a ser indemnizada pelo facto de ter nascido.

Em acréscimo, a falha do dever de informação apenas respeita à esfera jurídica da mãe (do casal), em sede da violação do direito de autodeterminação reprodutiva de

⁵⁷⁸ Cfr. Acórdão do STJ, de 17 de Janeiro de 2013, Relator: Ana Paula Boularot, in www.dgsi.pt.

planeamento familiar, consubstanciada na privação de interrupção da gravidez, estando, destarte, justificada a competente indemnização no terreno da acção de *wrongful birth*

579

Finalmente, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2014, trata-se de uma acção de *wrongful birth*, em que houve falha quanto ao diagnóstico atempado de anomalia congénita para efeitos de interrupção da gravidez, nos termos estabelecidos no art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal, tendo sido rejeitada a pretensão dos autores, já que não se considerou provado o preenchimento do requisito de *dano* no palco da responsabilidade civil⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Cumpre, no entanto, destacar a posição de Pires da Rosa, voto vencido no respectivo Acórdão do STJ, que se pronuncia a favor da indemnização por danos morais à criança, e, como tal, à procedência da acção de *wrongful life*. Defende que a violação do contrato, em sede de falha do dever de informação, privou a mulher grávida e “o seu feto – porque o feto é ainda mãe, enquanto não nascer com vida”, de poder decidir de forma esclarecida quanto à interrupção da gravidez. Neste passo, caberia à mãe, em representação do filho, o direito a poder “optar pelo não nascimento”, no âmbito do prazo estabelecido pelo art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal. Por conseguinte, “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.*”. Em todo o caso, com o nascimento, a violação desse direito projecta-se, de modo autónomo, na esfera jurídica da criança “permitindo e exigindo que seja ele mesmo, e só ele, seu titular único, a solicitar a indemnização”. Neste sentido, teria autorizado o ressarcimento pelos danos morais à criança, fazendo cair na progenitora os respectivos danos patrimoniais de sustento da criança, justamente em virtude da sua condição de saúde. Em nosso parecer, temos que a posição em apreço, apesar de poder merecer acolhimento no plano ético e social, requer, desde logo, alguma elasticidade na interpretação do art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, quanto ao reconhecimento de eventuais direitos ao nascituro, e, designadamente, não previstos pelo legislador. Não obstante, a questão aqui coloca-se, também, em respeito à natureza do direito invocado pela criança, já que não pode aceitar-se um direito à não existência ou à não vida, e, sobretudo, depois de ter nascido; a este propósito, VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 106 e ss., que considera, desde logo, que não figura um “direito a não nascer”, já que, uma vez que a criança não nasceu, “não pode ser titular de direito algum”. De todo o modo, considera que o apuramento do dano poderá realizar-se tendo em apreço a condição de saúde da criança portadora de deficiências relativamente à de uma criança saudável, sendo dispensável, como tal, um juízo comparativo entre a existência e não existência; da mesma autora, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., pág. 82; V., ainda, sobre o contrato com eficácia de protecção para terceiros, JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Informações Face a Terceiros*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIII, Coimbra, 1997, págs. 45 e ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, ob. cit., págs. 382 e 383, e, do mesmo autor, *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 - Arrêts 278, 279 and 280, Portuguese case note*, in *European Review of Private Law*, Vol. 11, n.º2, 2003, Kluwer Law International, págs. 220 e ss.

⁵⁸⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2014, Relator: Roque Nogueira; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de Junho de 2012, Relator: Rosa Tching, numa acção de *wrongful birth* e *wrongful life*, a propósito da violação do dever de informação quanto aos riscos morfológicos do feto, em que o Tribunal, ao abrigo do art.º 712.º, n.º4, do Código de Processo Civil (art.º 662.º, n.º2, al. c), da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), anulou, parcialmente, a Sentença da 1ª instância, que tinha concedido provimento à demanda dos progenitores, e determinou, como tal, a realização de novo julgamento no respectivo Tribunal, por forma a apurar, em sede de base instrutória, da privação da possibilidade de interromper a gravidez. in *www.dgsi.pt*.

2.12. Referências Conclusivas

Na verdade, da análise efectuada, que mereceu, desde logo, em cada Ordenamento, o estudo dos fundamentos jurídicos avançados pelos respectivos Tribunais no sentido de autorizar ou recusar as acções de responsabilidade civil por violação do dever de informação em medicina pré-natal, importa, contudo, proceder a um traçado que estabeleça, num plano genérico, a orientação jurisprudencial no Direito Interno e Direito Comparado.

Em sede de *wrongful conception*, refira-se que o entendimento da jurisprudência, na *Common Law*, pronuncia-se em favor das competentes acções.

De facto, nos EUA, a indemnização jaz nos danos patrimoniais e danos não patrimoniais resultantes da gravidez e do parto, e, no Reino Unido, após o litígio *Mcfarlane* (2000), sobretudo, numa “*conventional award*” a propósito dos danos não patrimoniais assentes na violação do direito de autodeterminação reprodutiva da progenitora (casal). No que tange à Austrália e Canadá, a jurisprudência tem, via de regra, acolhido o ressarcimento pelos danos patrimoniais decorrentes dos custos de sustento de uma criança saudável.

Por outro lado, no palco da *Civil Law*, em Direito Europeu, a posição da jurisprudência, com excepção feita à França e Áustria, tem caminhado no pressuposto de autorizar as acções de *wrongful conception*, pese embora algumas dissidências ao nível indemnizatório.

Neste passo, temos que, na Bélgica, Alemanha (obrigação de alimentos), Itália e Holanda, são ressarcidos os danos patrimoniais correspondentes às despesas de sustento da criança. Por sua vez, em Espanha, são indemnizados os danos patrimoniais respeitantes aos gastos e perda de rendimentos derivados da gravidez e do parto e danos não patrimoniais consubstanciados na ofensa do direito de autodeterminação reprodutiva de planeamento familiar. Finalmente, na Polónia, a jurisprudência propugna pelo ressarcimento de danos patrimoniais decorrentes de despesas e perda de rendimentos em sede de gravidez e do parto, pelo que, na Dinamarca, a indemnização obedece, sobretudo, aos danos morais constantes na ofensa à integridade física resultante de uma gravidez indesejada, eventual aborto, e, posterior, realização de nova cirurgia de esterilização definitiva.

Em respeito já ao *wrongful birth*, a orientação da jurisprudência, no Direito da *Common Law*, salvaguardando, a título mais recente, a Austrália, no caso *Waller v.*

James (2013), tem julgado procedentes as respectivas demandas, pelo que, nos EUA, a posição maioritária concede indemnização *apenas* pelos danos patrimoniais decorrentes dos custos *adicionais* ou *extraordinários* de sustento e educação de uma criança deficiente, sem prejuízo, no entanto, de alguns Arestos, em que é autorizada, bem assim, a compensação por danos morais concernentes ao sofrimento e angústia dos progenitores no âmbito do nascimento de um filho portador de anomalia congénita. Doutro passo, no Reino Unido e Canadá, a indemnização contempla os danos patrimoniais respeitantes aos custos *especiais* de sustento, educação e/ou assistência da criança portadora de deficiências.

No terreno da *Civil Law*, em Direito Europeu, e exceptuando a Dinamarca (*Patient Insurance Board*), a jurisprudência tem julgado, de modo favorável, as acções em epígrafe, pelo que, o entendimento maioritário, perfilhado pela Bélgica, Itália, Espanha, Polónia e Portugal, defende a indemnização de danos patrimoniais traduzidos nas despesas *especiais* de sustento, educação e/ou tratamento da criança portadora de deficiências e danos não patrimoniais respeitantes à violação do direito de autodeterminação reprodutiva, e, em determinadas circunstâncias, ao sofrimento e angústia dos progenitores neste contexto. Em seu turno, a Alemanha e Áustria concedem o ressarcimento pelos danos patrimoniais afectos aos custos, *latu sensu*, de sustento e assistência da criança, pelo que, na Holanda, acresce, outrossim, a indemnização pelos danos não patrimoniais referentes à violação do direito de autodeterminação reprodutiva da mãe (casal).

A este propósito, deixe-se, ainda a nota de referência para os Sistemas Jurídicos mistos ou híbridos, fundados, sobretudo, no *Common Law* e *Civil Law*, como África do Sul, que autoriza a indemnização pelos danos patrimoniais decorrentes dos custos *especiais* da criança deficiente, e Israel, que, além disso, concede indemnização pelos custos de sustento após a maioridade e pelos danos não patrimoniais resultantes da violação do direito de autodeterminação reprodutiva.

No âmbito de *wrongful life*, a posição dominante no Direito Interno e Direito Comparado vai no sentido de rejeitar a pretensão do filho, *maxime*, por não merecer tutela jurídica um “direito à não existência” e/ou porque o nascimento da criança não pode ser considerado um dano, cumprindo, aqui, referir, no *Common Law*, a maioria dos Estados dos EUA, a Austrália, Canadá, Reino Unido, e, no *Civil Law*, a França (Lei n.º 2002-303, de 4 de Março de 2002), Alemanha, Áustria, Polónia, Dinamarca e

Portugal. No plano de Sistemas Jurídicos mistos, Israel, desde *Hammer v. Amit* (2012), e África do Sul vedam, em absoluto, as acções de *wrongful life*.

Por outro lado, em algumas decisões dos Estados de Nova Iorque, Califórnia, Washington e New Jersey, na Bélgica e Holanda, e, a título mais recente, Itália e Espanha, a jurisprudência tem concedido provimento às acções de *wrongful life* por danos patrimoniais e não patrimoniais.

3. Análise Doutrinal

3.1. As Acções de *Wrongful Conception* ou *Wrongful Pregnancy*

Na verdade, as acções de *wrongful conception* (*concepção indesejada*) ou *wrongful pregnancy* (*gravidez indesejada*) são intentadas pelos progenitores contra os médicos e/ou clínicas, por força de uma intervenção cirúrgica de esterilização definitiva (masculina ou feminina) mal sucedida ou por violação do dever de informação quanto aos riscos de insucesso dos competentes procedimentos e técnicas, e prescrição ou aplicação inadequada de método contraceptivo, vindo, como tal, a nascer um filho *saudável*, mas em que a respectiva concepção não fora desejada.

De facto, a doutrina maioritária dos vários Ordenamentos Jurídicos tem-se pronunciado no sentido de acolher as acções de *wrongful conception*⁵⁸¹.

Não obstante, cumpre referir que, no âmbito de algumas decisões judiciais, foram convocados argumentos de *public policy*, tendo sido julgada improcedente a demanda ou estabelecidos limites à respectiva pretensão indemnizatória.

A este respeito, o principal fundamento de recusa das acções de *wrongful conception* reside no facto de que o nascimento de uma criança é, em rigor, um

⁵⁸¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 927 e 928; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., págs. 88 e 89; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 214 a 224; no Direito Comparado, PHILIP BRAVERMAN, *Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?*, in *Fordham Law Review*, Vol. 47, n.º3, 1978, págs. 430 a 436; JENNIFER MEE, *Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule*, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 70, n.º3, 1992, pág. 914; DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, ob. cit., págs. 347 e 348; MICHAEL T. MURTAUGH, *Wrongful Birth: The Courts’ Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event*, in *Pace Law Review*, Vol. 27, n.º2, 2007, págs. 300 e ss..

benefício ou uma *bênção* para os progenitores, sendo que não constitui um dano passível de indemnização, no terreno da responsabilidade civil⁵⁸².

Por outro lado, autorizar o ressarcimento, sobretudo, por danos patrimoniais correspondentes ao sustento da criança, pode, no entanto, ter implicações no seu foro emocional, na hipótese de vir a saber que não fora desejada e, portanto, se trata, aqui, de um “*emotional bastard*”.

Neste passo, consubstancia uma ofensa à dignidade da vida humana, além de *perigar* a própria *estabilidade* e *unidade* da Família.

Em seu turno, é, também, invocado o argumento de “*surrogate parent*”, nos termos do qual, se afigura censurável que os progenitores possam colher os benefícios que representa a autoridade parental, mas que os respectivos custos de educação da criança sejam, na verdade, transferidos para o prestador de cuidados de saúde⁵⁸³.

Ora, a este propósito, emerge, outrossim, a tese de que o ressarcimento pelos danos patrimoniais constantes nas despesas de sustento da criança saudável extravasa a conduta do médico, sendo, como tal, desproporcionado em relação à sua respectiva *culpa*⁵⁸⁴.

Pela nossa parte, cremos que os argumentos enunciados não merecem acolhimento, desde logo, porquanto nas acções de *wrongful conception* não se trata, em rigor, de prover uma indemnização pelo nascimento, *qua tale*, no pressuposto de que a *existência* ou a *vida* da criança seja um dano.

Além disso, importa referir que o ressarcimento pelos danos patrimoniais resultantes dos custos de sustento afiança aos progenitores a possibilidade de educar uma criança saudável, sobretudo, em circunstâncias em que a mesma não fora planeada por motivações de ordem económica, pelo que, neste passo, se apresenta conforme aos princípios de unidade familiar.

Finalmente, tendo por base que o facto ilícito do médico determinou o nascimento da criança, e, por conseguinte, os prejuízos respeitantes às despesas de educação, que, portanto, não teriam lugar, deverá ser, em regra, autorizado o seu ressarcimento.

⁵⁸² Cfr. DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, *ob. cit.*, págs. 336 e 337.

⁵⁸³ Cfr. JENNIFER MEE, *Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule*, in *Washington University Law Quarterly*, *ob. cit.*, págs. 900 e 901, nota de rodapé 91.

⁵⁸⁴ Cfr. MICHAEL T. MURTAUGH, *Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event*, in *Pace Law Review*, *ob. cit.*, págs. 285 e 286.

De todo em todo, a questão da viabilidade das acções de *wrongful conception* jaz no apuramento dos pressupostos de responsabilidade civil, previstos no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Ora, a este propósito, não resistem dúvidas de que a conduta do médico traduz um *facto ilícito*, desde logo, no plano *delitual*, quanto à violação do dever de informação, no art.º 157.º, do Código Penal, do direito à integridade física e moral da pessoa humana, no art.º 25.º, n.º1, da CRP, ou do direito à autodeterminação de planeamento familiar, epigrafado no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e, em sede *contratual*, no que concerne às obrigações estabelecidas no contrato de prestação de serviços médicos.

Por outro lado, em respeito à censurabilidade ético-jurídica do agente, trata-se, na verdade, de um acto praticado com *negligência*, isto é, com falha ou omissão de diligência e zelo exigíveis ao médico, nos termos do art.º 487.º, n.º2, do Código Civil.

Aqui chegados, deixe-se a nota de referência de que é, sobretudo, no palco do *dano* que têm sido convocados alguns obstáculos, designadamente, em respeito à própria existência de um prejuízo no âmbito do nascimento de uma criança saudável.

Neste apartado, cumpre destacar que a jurisprudência e doutrina Alemãs estabeleceram a Teoria da Separação ou *Trennungshlehre*, nos termos da qual, se afigura possível, em rigor, *separar* o nascimento e a própria vida da criança dos respectivos custos de sustento e educação, que, portanto, merecem ser objecto de ressarcimento.

De facto, trata-se de uma posição que permite afastar a *existência* ou *vida* da criança como sendo um prejuízo e remeter, desta feita, a indemnização para os danos patrimoniais subsequentes, projectados na esfera jurídica dos progenitores, em sede do dever de prestação de alimentos.

Ora, no palco jurisprudencial, a Teoria da Separação emerge, desde logo, no Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH), de 18 de Março de 1980, sendo consagrada na decisão do Tribunal Constitucional (BVerfGe), de 12 de Novembro de 1997, que estende, igualmente, a sua aplicação para os casos de *wrongful birth*.

Por outro lado, em sede doutrinal, trata-se de uma questão que tem motivado fortes querelas, não figurando, em rigor, um entendimento consensual. Na verdade, Giesen, Harrer, Junker e Mertens têm-se pronunciado de modo favorável em relação à tese expendida, pelo que Lankers e Picker rejeitam a sua intervenção, na medida em que supor a produção de danos em resultado do nascimento implica que a própria vida da

criança seja um prejuízo, pelo que tal configura uma ofensa do princípio da dignidade humana⁵⁸⁵.

Ora, em respeito aos *danos patrimoniais*, a jurisprudência dominante nos EUA aplica a “limited damages rule”, no sentido, de que, nas hipóteses de *wrongful conception*, apenas concedem o ressarcimento aos progenitores pelas despesas médicas e perda de rendimentos em face gravidez e do nascimento de uma criança saudável.

Em seu turno, alguns Arestos propugnam pelo critério de “benefits rule”, autorizando a indemnização pelos custos de sustento, mas, desta feita, reduzida, pela *compensação* (off-set) dos benefícios resultantes do nascimento de uma criança saudável e da correspondente paternidade ou maternidade⁵⁸⁶.

Neste passo, trata-se da aplicação do princípio da *compensatio lucri cum damno*, ao abrigo da Secção 920 do Restatement (Second) of Torts, ainda que o legislador tenha definido, de modo expresso, que o benefício tem que respeitar ao interesse protegido do lesado⁵⁸⁷.

Com efeito, importa referir que os benefícios decorrentes do nascimento da criança reportam-se, sobretudo, a uma *compensação* não avaliável no plano pecuniário, sendo que as despesas respeitantes aos custos de sustento e educação constituem, em rigor, danos patrimoniais.

Na verdade, o instituto da *compensatio lucri cum damno* apenas poderia, ser, aqui, convocado no âmbito de *vantagens patrimoniais*, como, por exemplo, na hipótese de *abono de família*⁵⁸⁸.

Por outro lado, cumpre, ainda, destacar que, nas acções de *wrongful conception*, merece tutela jurídica, e, portanto, ressarcimento, o *dano moral* resultante da ofensa do *direito de autodeterminação reprodutiva* dos progenitores nos cuidados de saúde.

⁵⁸⁵ Apud ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 336 a 344, que indica que, embora a Teoria da Separação tenha sido gizada em relação aos danos patrimoniais, a verdade é que, noutros Ordenamentos, tem sido convocada a propósito de danos morais, designadamente, no que concerne ao direito de autodeterminação reprodutiva nos cuidados de saúde; Cfr., ainda, *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º12, Julho de 2009, págs. 185 e ss.; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., págs. 436 e 437.

⁵⁸⁶ Cfr. PHILIP BRAVERMAN, *Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?*, in *Fordham Law Review*, ob. cit., págs. 430 a 435.

⁵⁸⁷ Cfr. JENNIFER MEE, *Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule*, in *Washington University Law Quarterly*, ob. cit., págs. 899 a 907.

⁵⁸⁸ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 942 e 943, nota de rodapé 84, que defende que, a este propósito, o *quantum* indemnizatório deverá ser apurado, bem assim, nos termos do art.º 494.º, do Código Civil.

De facto, como afirma Martín Casals, “(...) the free development of personality attributes to every person the possibility to decide freely about his procreation. Once this freedom has been exercised in one sense or another, any negligent conduct that undermines the decision taken by a person without his or her consent amounts to an infringement” ao direito de autodeterminação de planeamento familiar dos progenitores⁵⁸⁹.

No que tange ao *nexo de causalidade entre o facto e o dano*, temos que a conduta negligente do médico é causa adequada dos danos patrimoniais e morais resultantes da gravidez e do nascimento da criança, nos termos apregoados pelo art.º 563.º, do Código Civil.

Pela nossa parte, defendemos a viabilidade das acções de *wrongful conception* no Sistema Jurídico Português, pelo que deve ser autorizada a indemnização pelos danos patrimoniais correspondentes às despesas médicas e perda de rendimento da progenitora por força da gravidez e do parto, e custos de sustento e educação da criança, e, outrossim, danos não patrimoniais resultantes da violação do direito de autodeterminação reprodutiva dos progenitores e quanto ao sofrimento ou transtorno emocional que tal facto pode acarretar⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ In MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, 2000, págs. 190 a 195; no mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 221, considera que o direito ao desenvolvimento da personalidade supõe, como tal, o direito do paciente a ser devidamente esclarecido de que, “o método anticoncepcional não é absolutamente eficaz (seja uma vasectomia, uma ligadura de trompas, contracepção oral ou outro método), ou da impossibilidade de exercer a faculdade de interromper a gravidez, nos casos previstos na lei.”.

⁵⁹⁰ Na verdade, os danos morais são aqui reconduzidos ao direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, ou, inclusive, à gravidez e ao parto, e não já à *existência* ou *vida* da criança; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 216 a 222, que defende que, nas acções de *wrongful conception* e *wrongful birth*, os danos morais “têm que estar intimamente ligados com a *personalidade dos progenitores* e não com a existência do filho (...)”, pelo que deverá ser julgado procedente o competente ressarcimento pela violação do direito de autodeterminação de planeamento familiar. Por outro lado, no que concerne aos danos patrimoniais, defende a indemnização pelos custos de educação de uma criança saudável; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 940 a 943, que considera que devem ser objecto de ressarcimento, no plano dos danos patrimoniais, as despesas de sustento da criança, pelo que, em sede de danos morais, v.g., o sofrimento resultante da gravidez e do parto, e não já *apenas* pelo nascimento de uma criança saudável; também, VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., págs. 88 e 89, que propugna pela indemnização de danos patrimoniais, e, quanto aos danos não patrimoniais, o “sofrimento da gravidez, ou outros danos morais especiais, que vão para além do mero nascimento de uma criança”.

3.2. As Acções de *Wrongful Birth*

As acções de *wrongful birth* são intentadas pelos pais, contra os médicos e/ou clínicas e/ou laboratórios, por falta de informação ou informação defeituosa no que concerne aos riscos de anomalia fetal (ou embrionária), que, assim, privou a mãe (o casal) de, respectivamente, interromper a gravidez, nos termos e prazo legalmente permitidos, ou de não autorizar a transferência do embrião *in utero*, determinando, como tal, um *nascimento indesejado* ou *indevido* de uma criança portadora de deficiências.

Na verdade, a posição doutrinal maioritária nos diferentes Ordenamentos Jurídicos tem-se pronunciado de modo favorável em relação às acções de *wrongful birth*, apesar de figurarem algumas divergências quanto à respectiva extensão indemnizatória⁵⁹¹.

De todo em todo, no palco judicial, em alguns Arestos, foram invocados argumentos de *public policy*, no sentido de vedar a acção ou de traçar limites ao respectivo montante indemnizatório.

Neste conspecto, cumpre referir que o principal fundamento jaz no pressuposto de que o nascimento da criança portadora de deficiências não pode ser considerado

⁵⁹¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 927 a 946; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ob. cit., págs. 88 e ss.; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 214 a 224 e 237 a 248; no Direito Comparado, MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, ob. cit., págs. 202 a 208; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 27, 2007, págs. 22 a 24; *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, ob. cit., págs. 184 e ss.; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., págs. 424 a 482; ANTHONY JACKSON, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol., 17, 1995, págs. 606 e ss.; em sentido contrário, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cívicas e Constitucionais de uma Questão-Limite -*, in *Pessoa Humana e Direito*, (Coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato), Almedina, 2009, págs. 274 e 275, que, aparentemente, veda as acções de *wrongful birth*, considerando que a pretensão indemnizatória dos progenitores assenta no pressuposto de que o nascimento ou a vida da criança são um dano, pelo que a questão das “necessidades económicas” dos progenitores no sustento e educação da criança deve ser reconduzida ao instituto de segurança social.

como um *dano*, já que tal constitui, em rigor, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹².

Por outro lado, em respeito ao ressarcimento de danos patrimoniais resultantes dos custos especiais de sustento de uma criança deficiente, foram também expendidos argumentos de *emotional bastard*, compatíveis com a lesão da integridade moral da criança, e de *surrogate parent*, já que aqueles acabam por ser comportados pelo médico e não pelos progenitores.

Além disso, é também avançado o pressuposto de que, autorizar as acções de *wrongful birth*, pode convidar a uma *medicina defensiva*, sobretudo, ao nível da execução de testes de rastreio e exames de diagnóstico e quanto à realização da interrupção da gravidez por motivos fetopáticos.

De todo em todo, cumpre efectuar uma análise no que tange ao cumprimento dos pressupostos de responsabilidade civil, por forma a apurar da viabilidade das acções de *wrongful birth* e, neste passo, da respectiva pretensão indemnizatória dos progenitores.

3.2.1. Facto Ilícito

Na verdade, em sede de acções de *wrongful birth*, a falha na prescrição de um exame de rastreio ou diagnóstico ou o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever de informação, em DPN ou DGPI, quanto aos riscos de anomalia fetal (ou embrionária), em violação das *leges artis*, consubstancia, via de regra, um facto ilícito, no plano *extracontratual*, ao abrigo do prefigurado nos art.^{os} 156.º e 157.º, do Código Penal, em relação à integridade física e moral no art.º 25.º, n.º1, da CRP, ao direito ao desenvolvimento da personalidade, no art.º 26.º, n.º1, da CRP, e no que concerne ao direito à autodeterminação (negativa) de planeamento familiar, projectado no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, sendo que, no domínio *contratual*, a ofensa dos deveres e obrigações resultantes do contrato de prestação de serviços médicos⁵⁹³.

⁵⁹² Cfr. ANDREA MACÍA MORILLO, *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, ob. cit., págs. 185 e 186.

⁵⁹³ De facto, cumpre destacar que a violação das *leges artis*, e, portanto, dos *protocolos* e *guidelines* médicas, apenas fazem *presumir* a ilicitude e a culpa da conduta médica, pelo que importa aferir da respectiva violação de direitos absolutos ou interesses legalmente protegidos, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, e da respectiva censurabilidade ético-jurídica do agente, desta feita, em respeito ao art.º 487.º, do Código Civil; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 657 a 670, considera, todavia, que, no âmbito do entendimento doutrinário que propugna pela *ilicitude de conduta*, “as regras da arte e a actuação de acordo com o estado da ciência

A este respeito, perfilhamos da posição expendida por Vera Lúcia Raposo, no sentido de que a conduta do médico apenas configura um acto ilícito nas hipóteses em que a Medicina disponha de recursos técnicos, científicos, *latu sensu*, que permitam, como tal, o diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, da respectiva patologia fetal ou embrionária⁵⁹⁴.

Por outro lado, tratando-se de circunstâncias em que a própria instituição hospitalar ou clínica privada não estejam munidos dos competentes meios de diagnóstico, entendemos que cabe, ainda, ao médico o dever de informação de que existem noutra instituição de saúde recursos adequados ao acompanhamento pré-natal ou já de procedimentos de PMA e DGPI⁵⁹⁵.

3.2.2. Culpa

No Ordenamento Jurídico Português, o requisito da *culpa* encontra-se prefigurado no art.º 487.º, do Código Civil, sendo aferida pelo julgador por via de um critério objectivo de *culpa em abstracto*, que assenta no *bonus pater familias*, e tem por base não apenas a deficiência da vontade, mas também a respectiva conduta deficiente do lesante.

Destarte, o médico que, por falta de diligência e cuidado, ou uma vez desprovido dos necessários conhecimentos ou de competência física e intelectual para o exercício das suas funções, viola o dever de informação, e, como tal, não comunica aos progenitores os riscos de anomalia fetal (ou embrionária), actua de forma negligente, nos termos abrangidos pelo art.º 487.º, n.º2, do Código Civil.

Na verdade, cumpre referir que tal pressuposto é, aqui, aplicável, desde logo, aos médicos, em DPN e DGPI, ou Patologistas e Imagiologistas, sem prejuízo, no entanto,

médica são o critério da ilicitude”, ainda que a sua violação prefigure uma *presunção de culpa*, que será apreciada, como tal, ao abrigo de um critério abstracto, laminado no art.º 487.º, n.º2, do Código Civil.

⁵⁹⁴ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 85 e 86; também, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 237 e ss..

⁵⁹⁵ Neste passo, refira-se, aliás, que, na medicina pública, a própria regulação jurídica pode determinar que a paciente seja, como tal, encaminhada dos Cuidados de Saúde Primários para os Centros de Diagnóstico Pré-Natal, ou mesmo para os Centros de Diagnóstico e Terapêutica Pré-Natal; VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, ob. cit., págs. 86 e 87, que sustenta, neste conspecto, que o dever de informação deve ser reconduzido à instituição hospitalar ou laboratório em relação à qual o médico seja funcionário.

de eventual apuramento de responsabilidade civil da clínica privada ou instituição hospitalar.

3.2.3. Dano

No que tange às consequências jurídicas do facto ilícito praticado pelo médico, têm sido invocados argumentos de ordem pública que negam, desde logo, a existência de um dano resultante do nascimento de uma criança portadora de deficiências, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a pretensão indemnizatória dos progenitores no que tange aos custos *especiais* da educação e sustento de uma criança portadora de anomalia congénita e os danos morais respeitantes ao sofrimento e angústia que a situação acarreta, em virtude de um nascimento indesejado que poderia ter sido evitado se tivessem sido informados com diligência, fazem supor, respectivamente, que o nascimento *per se*, e, depois, a vida com deficiência, constituem um prejuízo para eles, convidando-se, neste contexto, à degradação do valor da vida humana e ao papel dignificante em ser-se pai ou mãe.

A este respeito, Carneiro da Frada destaca que, “O encargo económico que a vida da criança pode trazer consigo tem precisamente essa vida como pressuposto. Mas também aqui importa distinguir entre dano e necessidade.”. De facto, os progenitores têm necessidades económicas “que a deficiência do filho lhes traz.”. Não obstante, “A vida do filho em si continua a não ser um prejuízo que eles possam liquidar de terceiro.”⁵⁹⁶.

Pela nossa parte, cremos que esta posição não merece acolhimento, desde logo, porquanto não figura qualquer tipo de violação do *bem vida* em indemnizar os progenitores, em sede patrimonial, das despesas médicas e de sustento de uma criança deficiente, superiores, certamente, às de uma criança saudável. Além disso, no palco dos danos morais, o choque emocional, o sofrimento e a angústia pelo nascimento de um filho com deficiência e perante as suas respectivas limitações, apresentam-se justificáveis e atendíveis, nos moldes ditados pelo art.º 496.º, n.º1, do Código Civil, não sendo de inferir, também, qualquer ofensa à própria função ou papel da autoridade parental ao invocar essa circunstância como um dano.

⁵⁹⁶ In MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite* -, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., pág. 275.

Na verdade, refira-se que, no que concerne aos danos patrimoniais, a jurisprudência e doutrina Alemãs convocam a Teoria da Separação ou *Trennungshlehre*, por forma a *separar* o nascimento e a vida da criança portadora de deficiências dos respectivos custos de sustento ou educação⁵⁹⁷.

De todo em todo, o princípio subjacente a esta doutrina tem sido vertido em relação a outros danos patrimoniais e, bem assim, danos morais, em sede de acções de *wrongful birth*⁵⁹⁸.

Com efeito, a doutrina maioritária, nos vários Ordenamentos Jurídicos, considera que a falha do dever de informação que priva a mulher (casal) de autorizar a interrupção da gravidez, ao abrigo da lei, constitui uma violação do direito de autodeterminação (negativa) de planeamento familiar, e, portanto, um dano moral, passível de indemnização, entre nós, nos termos epigrafados nos art.^{os} 70.º, n.º1, e 483.º, n.º1, do Código Civil⁵⁹⁹.

Não obstante, Carneiro da Frada destaca que, “Na nossa ordem jurídica não existe qualquer “direito” ao aborto. Apenas ocorre que nalguns casos se encontra estabelecida a não punibilidade do aborto.”. Por conseguinte, “não há qualquer dever jurídico de proceder a um aborto terapêutico”, pelo, desta feita, “não há também qualquer fundamento para, com base no regime penal, responsabilizar civilmente o médico que não procedeu a esse aborto nem adoptou a conduta que a ele teria conduzido.”. De facto, “Não pode transferir-se para o médico aquilo que corresponde à liberdade reprodutiva dos pais e aos seus riscos próprios”, designadamente, quanto à possibilidade de ter um filho portador de deficiências⁶⁰⁰.

Ora, cumpre referir que, nas acções de *wrongful birth*, a questão não se subsume a um “direito ao aborto”, *qua tale*, mas, na verdade, à despenalização da interrupção da

⁵⁹⁷ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão, (BGH), de 16 de Novembro de 1993, BGHZ, 124, 128 a 146, que concedeu o ressarcimento *total* pelos custos de sustento, cabendo, aqui, bem assim, as despesas *especiais* resultantes do nascimento e educação de uma criança portadora de deficiências.

⁵⁹⁸ Cfr., a este propósito, ANDREA MACÍA MORILLO, *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, ob. cit., págs. 186 e ss.; *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, ob. cit., págs. 9 e 10.

⁵⁹⁹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 221 e 222; VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 95 a 97; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 346 a 363; MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, ob. cit., págs. 202 e 208; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., pág. 438.

⁶⁰⁰ In MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite -*, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., págs. 267 e 268.

gravidez, em determinadas circunstâncias, elencadas no art.º 142.º, n.º1, do Código Penal, que, em rigor, permeiam o direito de autodeterminação reprodutiva da mulher (casal) nos cuidados de saúde.

Neste conspecto, os progenitores, em sede da *liberdade reprodutiva e de planeamento familiar*, têm, assim, o *direito* de tomar uma decisão de modo esclarecido e informado, quanto a autorizar ou não a prossecução da gravidez, nos termos e prazo estabelecidos no art.º 142.º, do Código Penal, ou, desta feita, a não autorizar a implantação do embrião *in utero*, ao abrigo dos art.ºs 14.º e 28.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Por outro lado, indique-se, ainda, que, em sede de acções de *wrongful birth*, tem lugar o ressarcimento pelos danos morais resultantes do choque emocional e sofrimento pelo nascimento de um filho portador de deficiências e pela dor e sacrifício em relação ao seu acompanhamento e cuidados de saúde⁶⁰¹.

A este propósito, cumpre referir que alguma doutrina, sobretudo no Direito Espanhol e Francês, propugna que a existência de danos patrimoniais ou não patrimoniais aos progenitores se pode justificar, outrossim, por via indirecta, designadamente, por *rebound* ou *par ricochet* da própria condição (estado) incapacitante que directamente afecta a criança deficiente⁶⁰².

Na verdade, para André Dias Pereira, não pode acolher-se a indemnização de danos morais *par ricochet*, desde logo, porque tal reporta-se à *existência da criança deficiente*, e, neste passo, contende com o princípio da dignidade da pessoa humana e

⁶⁰¹ Cfr. MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, *ob. cit.*, pág. 206, que, a este propósito, refere, “having a disabled child causes pain and distress” aos progenitores; Na verdade, alguns autores defendem, inclusive, a compensação pelo dano moral de *falta de preparação* emocional dos progenitores para o nascimento de um filho com anomalia congénita; VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, *ob. cit.*, pág. 96; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, *ob. cit.*, págs. 438.

⁶⁰² Cfr. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad (Parte I)*, *ob. cit.*, págs. 110 e 111; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 383 a 390; CARMEN GONZÁLEZ LEÓN, *La Protección del Paciente y el Consentimiento Informado*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, pág. 31, em respeito à decisão do Tribunal Supremo, de 18 de Maio de 2006 (RJ 2006/4724), que reconheceu um “*daño por rebote*” do progenitor, quer de carácter patrimonial, como moral, mas, desta feita, “relacionado con el daño sufrido por la madre al haberse lesionado su derecho al libre desarrollo de la personalidad”; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, *ob. cit.*, pág. 438, nota de rodapé 442, que destaca que, no que tange aos danos morais *par ricochet*, se trata, aqui, de uma presunção *juris tantum* em relação aos progenitores; no Sistema Jurídico Francês; LAURE FINEL, *La Responsabilité du Médecin en Matière de Diagnostic des Anomalies Foetales*, in *Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social*, Vol. 33, n.º2, 1997, págs. 229 e 230.

com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas⁶⁰³.

De facto, entendemos que, via de regra, do que se trata, nas acções de *wrongful birth*, é, em rigor, da compensação pelo sacrifício e dor que emergem do nascimento e da assistência à criança e, bem assim, pelas suas respectivas dificuldades ao longo da sua vida.

Por conseguinte, se o choque emocional merece tutela jurídica do direito, nada obsta a que o sofrimento e angústia que venham a *estender-se* nos respectivos cuidados e acompanhamento da criança prefigurem, como tal, danos morais, objecto de indemnização, ainda que, neste passo último, possa decantar-se, além da violação do dever de esclarecimento, uma intervenção mais premente do dano *par ricochet* em virtude da condição de saúde do filho⁶⁰⁴.

3.2.4. Nexo de Causalidade entre o Facto e o Dano

No que tange ao *nexo de causalidade entre o facto e o dano*, parte da doutrina e jurisprudência consideram que, em DPN ou DGPI, o médico que quebra o dever de informação, justamente pela sua omissão ou cumprimento defeituoso, não pode ser responsabilizado no palco juscivilístico ou penal, já que, em rigor, não *causou* a deficiência da criança, que, portanto, advém por razões de ordem natural.

De facto, para Carneiro da Frada, a vida da criança portadora de deficiência, “não radica num qualquer comportamento do médico, mas antes num facto natural (...), a que o médico é alheio. A responsabilidade do médico que violou o seu dever de informação (...) não pode por princípio ser equiparada à responsabilidade do “real” causador da vida deficiente.”. Neste passo, a responsabilidade deve ser imputada àquele “a quem se tem de atribuir a causa essencial do surgimento (alegado) prejuízo.”⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 217 e ss., em comentário ao Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Relator: Rui Vouga.

⁶⁰⁴ Cfr. MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS 18 de Mayo de 2006*, ob. cit., págs. 534 e ss., que, embora acolham a indemnização, regra geral, por dano *por rebote* ou *par ricochet*, defendem que deve ser autorizada cautelosamente, de forma a precluir eventuais pretensões indemnizatórias pelos irmãos ou outros familiares além dos progenitores, tendo por fundamento, inclusive, a própria violação do direito de autodeterminação da mãe.

⁶⁰⁵ In MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cívicas e Constitucionais de uma Questão-Limite* -, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., págs. 267 e 268; *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967); para mais desenvolvimentos, nesta matéria, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y*

Pela nossa parte, cumpre referir que não se trata, na verdade, de *atribuir* umnexo causal entre a conduta negligente do médico e a anomalia congénita da criança *per se*.

Destarte, o médico ou a instituição de saúde, *latu sensu*, não *causam*, ou melhor, não são responsáveis pela deficiência, mas sim pelo *nascimento com deficiência*, na medida em que, por falha na prestação de informação quanto aos riscos de anomalia fetal, privou-se a mãe (o casal) da oportunidade de tomar uma decisão informada e esclarecida quanto à interrupção da gravidez.

A este respeito, Guilherme de Oliveira destaca que, à parte das hipóteses de causa *directa* de lesões no feto, ou *prenatal injury*, ou já, quando ocorra “má interpretação culposa de resultados” que, portanto, conduza à “eliminação de um feto saudável”, também nos demais, em que figura uma “causalidade indirecta ou mediata”, designadamente, quando “intervenham, de permeio, outros factores – sejam factores naturais sejam factos praticados pelo lesado” e conquanto que “(...) induzidos pelo facto inicial, segundo um juízo de probabilidade.”, pode admitir-se a existência de uma relação de causalidade entre o *facto* e o *dano*.

Com efeito, na presença de um falso resultado negativo, em virtude de um DPN executado indevidamente, que privou, assim, a grávida de interromper a gravidez, “(...) pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada.”⁶⁰⁶.

Aqui chegados, refira-se que o apuramento donexo de causalidade entre o facto e o dano pode, ainda, decifrar-se tendo por base a *Teoria do Âmbito ou Fim de Protecção da Norma*, no sentido de que, desde logo, os danos patrimoniais e não patrimoniais invocados pelos progenitores cabem no escopo teleológico e protecional que preside ao art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal, em respeito à interrupção da gravidez por motivos fetopáticos, e, portanto, ao direito de autodeterminação reprodutiva da mãe (casal) nos cuidados de saúde⁶⁰⁷.

Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life), ob. cit., págs. 468 e 469, notas de rodapé 5 e 6.

⁶⁰⁶ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., pág. 230; também, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., pág. 376, indica que o médico não é o responsável pela malformação, “antes não informa (a mãe) disso”.

⁶⁰⁷ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, Art.º 142.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, (Coordenação de Jorge de Figueiredo Dias), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 286; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 538 e ss.; MIQUEL MARTÍN-CASALS e JOSEP SOLÉ

De todo em todo, neste passo, a questão que se coloca reside, ainda, nas dificuldades probatórias de que, em DPN, a mãe se devidamente informada, chegaria a interromper a gravidez, ou já, em DGPI, não autorizava a implantação do embrião *in utero*, circunstância que, em rigor, poderá obstar à *certeza* do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano⁶⁰⁸.

Na verdade, tal prefigura um contexto que, no palco jurídico, remete para o instituto do *comportamento alternativo lícito* (*pflichtgemässes alternativverhalten*), e que tem sido convocado nos diferentes Ordenamentos Jurídicos enquanto instrumento ou mecanismo de exclusão de responsabilidade civil médica.

Ora, no parecer de André Dias Pereira, embora se trate de um “expediente adequado e justo” que poderá suavizar a “pressão indemnizatória” que, regra geral, pesa sobre os prestadores de cuidados de saúde, devem ser estabelecidos limites no que concerne à sua aplicação, no âmbito judicial.

Por conseguinte, deve ser rejeitada a sua intervenção nas hipóteses de “violações graves” do *dever* do médico, em que o acto é praticado com negligência grosseira ou dolo, ou traduz a omissão de formalidades consideradas essenciais, ausência de consentimento e/ou omissão de informações relevantes ao paciente.

Neste apartado, restam, como tal, as situações que se consubstanciam em “violações leves”, isto é, no domínio da “omissão de formalidades secundárias ou não revelação de informações não essenciais”.

Finalmente, o Professor destaca, ainda, que o respectivo apuramento deve obedecer ao critério *subjectivo* do paciente concreto, e que, doutro passo, nos termos epigrafados no art.º 342.º, n.º2, do Código Civil, impende sobre o médico o ónus da prova do *comportamento alternativo lícito* enquanto facto extintivo ou impeditivo da sua responsabilidade⁶⁰⁹.

FELIU, *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 - Arrêts 278, 279 and 280, Spanish case note, in European Review of Private Law*, Vol. 11, n.º 2, 2003, Kluwer Law International, págs. 217 a 220.

⁶⁰⁸ Cfr. EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, ob. cit., págs. 757 e ss., que refere que, “the mother must prove that, if she had known that her child was likely to be born disabled, she would have taken steps to avoid its birth. In the case of negligent prenatal screening, she must establish that, if she had been told about her fetus’s disability, she would have had an abortion.”. Por conseguinte, tal será, na verdade, “difficult to prove because the woman is necessarily *speculating* about how she would have reacted to the diagnosis (...) and with her claim for damages depending upon her assertion that she would have had a termination.”.

⁶⁰⁹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, no dia 18 de Julho de 2008, in *Estudo Geral - Repositório Digital da Produção Científica da Universidade de Coimbra*, págs. 25 a 33.

De facto, ante o exposto, não resistem dúvidas de que, nas situações de violação de informação, em DPN, que privam a mulher de autorizar a interrupção da gravidez, ou, em DGPI, de recusar a transferência do embrião *in utero*, o médico falha na prestação de informações *relevantes* ao paciente, quando, ainda que de forma negligente, não comunica ou comunica defeituosamente os riscos morfológicos ou genéticos do feto ou embrião.

Não obstante, cremos que, designadamente, em DPN, o preenchimento do pressuposto donexo causal entre o facto e o dano jaz, sobretudo, na *interrupção da gravidez*, e, como tal, na prova de que a gestante, se informada, teria autorizado a sua execução, nos termos legais⁶¹⁰.

Ora, Guilherme de Oliveira defende que existe nexode causalidade entre o facto e o dano, quando a grávida, com “alta probabilidade”, haja manifestado “claramente” o desejo de interromper a gravidez na hipótese do resultado de exames de DPN ser positivo⁶¹¹.

Em seu turno, para Julio Galán Cortés, o facto da progenitora “acudiera al diagnóstico prenatal constituye *per se* un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto”. Destarte, o autor considera que “(...) debe al menos producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado.”⁶¹².

Por outro lado, Ricardo de Ángel Yágüez refere que, na eventualidade da acção vir a ser intentada pela mãe, o primeiro “*elemento necesario, pero no suficiente*”, reside no facto de que a mãe podia interromper a gravidez nos termos legalmente permitidos. De facto, “(...) es imprescindible que declare que lo habría hecho. (...) que por parte de esa madre exista por lo menos el *compromiso moral* que supone tomar posición ante el aborto y responsabilizarse de ella.”⁶¹³.

⁶¹⁰ Cumpre referir, a este propósito, que, em PMA, o recurso ao DGPI traduz o intento da mulher (do casal) em proceder a uma selecção de embriões não portadores de anomalia congénita, nos termos do art.º 28.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho; ainda, VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, *ob. cit.*, págs. 98 a 100, que defende que, embora a posição da gestante quanto a autorizar ou não a interrupção da gravidez possa determinar o *quantum* indemnizatório, “não é de exigir a prova de que a mãe teria efetivamente abortado naquela situação, não só pela dificuldade de tal prova, mas também porque o dano não se traduz na impossibilidade de abortar, mas sim na impossibilidade de decidir.”

⁶¹¹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, *ob. cit.*, págs. 222 a 224 e 230 e 231; neste sentido, MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS 18 de Mayo de 2006*, *ob. cit.*, págs. 531 e ss..

⁶¹² Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, *ob. cit.*, págs. 427 e ss..

⁶¹³ Cfr. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte II), in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º5, Julho-Dezembro, Bilbao, 1996, págs. 149 e 150; *Ante*

Neste passo, temos que, na falta de comunicação ou indicação *expressa* da grávida, *ex ante*, quanto à sua intenção, o preenchimento do requisito do nexo de causalidade deverá ser apurado no plano casuístico, ao abrigo do critério *subjectivo* do paciente concreto, de que, com *elevada probabilidade*, a decisão da grávida viria no sentido de autorizar interrupção da gravidez, nos termos e prazo ditados pelo art.º 142.º, do Código Penal.

De todo em todo, cumpre referir que, na hipótese de *incerteza* do nexo de causalidade, sobretudo, resultante do apuramento da posição da grávida quanto a autorizar ou não a interrupção da gravidez, poderia, ainda, ser convocada a teoria da perda de chance, afiançando aos progenitores, como tal, o ressarcimento pela *perda da oportunidade* ou *possibilidade* de tomar uma decisão esclarecida em relação ao competente acto médico⁶¹⁴.

3.2.5. Notas Finais e Posição Adoptada

Pela nossa parte, defendemos a procedência das acções de *wrongful birth*, já que se encontram cumpridos os respectivos pressupostos de responsabilidade civil, epigrafados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, sendo que o apuramento do *quantum* indemnizatório deve ter por base, no palco dos danos patrimoniais, o *princípio da diferença* consignado nos art.ºs 562.º e 566.º, do Código Civil, que legitima a função reparadora desse instituto, e quanto aos danos não patrimoniais, o art.º 496.º, do Código Civil.

Destarte, temos que os progenitores devem ser indemnizados por *danos patrimoniais*, referentes às despesas médicas que tenham lugar em sede do nascimento e pelos *previsíveis* cuidados de saúde hospitalares, e, outrossim, dos custos *adicionais* ou *extraordinários* de sustento e educação de uma criança com malformações congénitas. No que tange aos *danos não patrimoniais* (morais), o ressarcimento pela ofensa do direito à autodeterminação reprodutiva da mulher (casal) nos cuidados de saúde,

La Cuarta Sentencia de la Sala Primera en Materia de Wrongful Birth: ¿ Es Posible Hablar Ya de Una "Jurisprudencia" ?, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º22, Janeiro-Junho, Bilbao, 2005, págs. 200 e ss..

⁶¹⁴ Cfr. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad Civil por Actos Médicos, Problemas de Prueba*, ob. cit., pág. 244; MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, ob. cit., págs. 302 a 305; em sentido contrário, MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, ob. cit., págs. 198 a 202; JORDI RIBOT, *La Responsabilidad Civil por Falta de Consentimiento Informado*, in *Revista de Derecho Privado*, Novembro-Dezembro, 2007, pág. 40.

consubstanciada na privação da interrupção da gravidez ou da não implantação do embrião *in utero*, e pelo sofrimento, dor e sacrifício pessoais, evitáveis, da experiência difícil do *nascimento e acompanhamento* de um filho portador de deficiências.

3.3. As Acções de *Wrongful Life*

As acções de *wrongful life* (vida indevida ou indesejada) são intentadas pela criança, em regra, com representação legal da autoridade parental, contra os médicos e/ou clínicas e/ou laboratórios, no pressuposto de que, se o dever de esclarecimento tivesse sido cumprido com diligência, informando os progenitores dos riscos de anomalia fetal (ou embrionária), e, neste passo, libertando a mãe (o casal) na sua autodeterminação reprodutiva de planeamento familiar, quanto à possibilidade de, respectivamente, interromper a gravidez, ao abrigo da lei, ou de não autorizar a implantação do embrião *in utero*, não teria chegado a existir e prevenir-se-ia uma *vida indevida ou indesejada*⁶¹⁵.

De facto, a posição doutrinal e jurisprudencial maioritária, no Direito Interno e em Direito Comparado, tem caminhado no sentido de rejeitar, em absoluto, as acções de *wrongful life*⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Cfr. DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, *ob. cit.*, pág. 348, que refere que, “*Wrongful life occurs where an unplanned disabled child owes his very existence to medical negligence: had the negligence not occurred the child would never have been born.*”

⁶¹⁶ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, *ob. cit.*, págs. 377 a 384; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “*Direito à não Existência, Direito a não Nascer*”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, *ob. cit.*, págs. 131 a 138; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cívicas e Constitucionais de uma Questão-Limite -*, in *Pessoa Humana e Direito*, *ob. cit.*, págs. 260 a 294; *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, *ob. cit.*, pág. 91; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, 3ª Edição, Almedina, 2011, págs. 344 e ss.; MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, págs. 117 a 141; em Direito Comparado, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, *ob. cit.*, págs. 24 a 29; *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, *ob. cit.*, págs. 189 e ss.; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, *ob. cit.*, pág. 439 e 440; em sentido contrário, GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, in *Temas de Direito da Medicina*, *ob. cit.*, págs. 217 e ss.; FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, *ob. cit.*, págs. 96 e ss.; GISELA HILDEGARD KERN, *O Valor Absoluto da Vida Humana – Limite Para a Responsabilidade Civil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, págs. 83 a 88; PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, págs. 915 a 946; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, *ob. cit.*, págs. 91 a 93; FERNANDO DIAS SIMÕES, *Vida Indevida? As Acções por Wrongful Life e a Dignidade da Vida*

Na verdade, os obstáculos remetidos às acções de *wrongful life* emergem, desde logo, num plano ético-jurídico de *public policy*.

A este propósito, a doutrina e jurisprudência consideram que não merece tutela jurídica um “*direito à não existência*” ou a “*não existir*”, que resulta, como tal, do substrato da petição da criança portadora de deficiências.

Por outro lado, autorizar o ressarcimento por danos patrimoniais ou não patrimoniais à criança, tendo por fundamento a sua própria existência, e, portanto, a vida como prejuízo, contende com um princípio de *sanctity of human life*.

No que tange ao palco dos cuidados de saúde, a viabilidade das acções de *wrongful life* pode, como tal, determinar a prática de uma *medicina defensiva*, em DPN, designadamente, quanto à realização de testes de rastreio ou exames de diagnóstico e interrupção da gravidez, por forma a precluir, como tal, a hipótese de processos judiciais de responsabilidade civil.

Além disso, conceder provimento às pretensões por *wrongful life*, desde logo, num quadro de falha do dever de informação que privou a mulher (casal) de interromper a gravidez ou de não autorizar a transferência do embrião *in utero*, faz levantar, na verdade, preocupações de carácter *eugénico* e de *discriminação* da pessoa humana portadora de deficiências.

Neste passo, é, ainda, invocado o fundamento de que, acolher as acções de *wrongful life*, pode deixar entrever uma brecha para eventuais pretensões judiciais de “*dissatisfied life*” ou de “*unsatisfactory life*”, remetidas pela criança contra os próprios progenitores, sobretudo, por motivações de índole social e económica⁶¹⁷.

Por sua vez, julgar procedentes as acções de *wrongful life*, pode, também, conduzir a um aumento dos *prémios de seguro* no âmbito do exercício da respectiva

Humana, in *Revista de Estudos Politécnicos, Tékhne*, Vol. VIII, n.º13, 2010, págs. 187 a 202; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 235 a 248; LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, Dezembro de 2012, págs. 3 a 15; em Direito Comparado, ANTHONY JACKSON, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, ob. cit., págs. 608 e ss.; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte II), ob. cit., págs. 153 a 155.

⁶¹⁷ Cfr. ALBERT RUDA, *‘I Didn’t Ask to be Born’: Wrongful Life from a Comparative Perspective*, in *Journal of European Tort Law*, Vol. 1, n.º2, 2010, págs. 224 e ss.; também, RONEN PERRY, *It’s a Wonderful Life*, in *Cornell Law Review*, Vol. 93, 2008, págs. 349 e ss., que, no entanto, rejeita os argumentos expendidos e pronuncia-se de modo favorável em relação às acções de *wrongful life*; neste sentido, ANTHONY JACKSON, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, ob. cit., págs. 574 e ss..

actividade profissional, designadamente, em relação a médicos de Ginecologia-Obstetrícia, Imagiologia e de Genética Médica⁶¹⁸.

Aqui chegados, cumpre indicar que é, sobretudo, no espaço respeitante aos pressupostos de responsabilidade civil que têm sido avançados argumentos de recusa das acções de *wrongful life* e da correspondente pretensão indemnizatória da criança portadora de deficiências.

3.3.1. Facto Ilícito

Na verdade, não resistem dúvidas de que a falha do dever de informação aos progenitores quanto aos riscos de anomalia fetal (ou embrionária) constitui, *per se*, um acto antijurídico, justamente porque se subsume num incumprimento ou cumprimento defeituoso da conduta exigível ao médico no desempenho das suas funções, nos termos, aliás, ditados pelas *leges artis*, e, outrossim, pelo art. 70.º, n.º1, do Código Civil.

De todo em todo, a questão que se coloca, em sede de *wrongful life*, passa por aferir em que medida tal facto ilícito importa consequências jurídicas à criança portadora de deficiências, no sentido que a própria venha a ser ressarcida pelos respectivos danos patrimoniais e não patrimoniais.

Ora, a este propósito, o principal obstáculo avançado, e que, depois, se projecta na dificuldade ou impossibilidade em acolher a existência de um dano e em estabelecer o competente nexo de causalidade, reside no facto de que a petição da criança portadora de deficiências se consubstancia na privação da interrupção da gravidez ou da não implantação do embrião *in utero*, e, como tal, faz intervir, aqui, um direito de autodeterminação reprodutiva de planeamento familiar, que, em rigor, se reporta à mãe ou ao casal.

Por outro lado, o alegado “direito a não existir” ou à “não existência”, que pode decifrar-se do teor da sua pretensão, não figura no nosso Ordenamento Jurídico, pelo que poderia estar, desde já, arredada qualquer viabilidade indemnizatória no palco da responsabilidade civil⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Cfr. RONEN PERRY, *It's a Wonderful Life*, in *Cornell Law Review*, *ob. cit.*, págs. 356 e ss., que descarta a posição em apreço, e refere que, “If the fact that tort liability imposes an economic burden on the defendant could justify its negation, no liability would ever accrue.”. Destarte, o respectivo aumento dos valores de seguro pagos pelos médicos “should not justify negating liability”.

⁶¹⁹ Cfr. FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não Existência, Direito a não Nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, *ob. cit.*, pág. 137.

Neste passo, Menezes Cordeiro defende que autorizar o ressarcimento à criança pelo facto de ter *nascido* supõe que a sua vida seja um dano, sendo que a *alternativa* corresponde, aqui, não a “uma vida “normal” ”, mas à “não-vida”. Com efeito, “Pedir-se-ia ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade a qualquer sistema jurídico civilizado”⁶²⁰.

Por sua vez, Carneiro da Frada defende que, em sede de *wrongful life*, “não é possível estabelecer uma ilicitude da conduta do médico, considerando o hipotético interesse em não viver ou em não nascer da criança.”. Em acréscimo, destaca que “existe uma *contradictio* absoluta, portanto uma incompatibilidade, entre o fundamento da pretensão do sujeito a uma indemnização - a sua vida, deficiente - e o próprio sentido da pretensão, obter uma quantia em dinheiro.”⁶²¹.

A este propósito, a doutrina minoritária propugna, desde logo, que não se trata, em rigor, de um *direito a não existir*, mas de prover uma indemnização à criança pelos prejuízos decorrentes dos respectivos cuidados de saúde, tendo por base o pressuposto de que a Medicina dispõe de técnicas e recursos adequados ao rastreio e diagnóstico de anomalias fetais⁶²².

Na verdade, a falha do dever de informação consubstancia, assim, uma violação das *leges artis*, sendo extensível à criança, ao abrigo do art.º 483.º, n.º1, 2ª parte, do Código Civil, ou, no plano obrigacional, por via do contrato com eficácia de protecção para terceiros⁶²³.

⁶²⁰ In ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, pág. 350.

⁶²¹ In MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite* -, in *Pessoa Humana e Direito*, *ob. cit.*, págs. 267 e 270.

⁶²² Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, *ob. cit.*, págs. 96 e ss..

⁶²³ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, págs. 932 e 933, que refere que se afigura incorrecto “trabalhar com um pretensão “*direito a não nascer*”, ou com um “*direito à não existência*”, cuja difícil articulação, pela contradição que encerra em si mesmo, logo remete o julgador para uma atitude *negativista*.”. Entende que a fundamentação da criança não tem que se bastar a esse “*direito*”, sendo que existem “*problemas éticos e jurídicos de fronteira*” que obrigam a adicionais reflexões; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 240 e ss., que refere que, “A criança que vai a tribunal demandar o médico negligente e pedir uma indemnização pelos danos que sofre não está a pedir para não nascer, nem (...) que lhe causem a morte.”, mas apenas que lhe seja remetida a competente indemnização pelos custos *especiais* necessários “a uma vida condigna”; LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, *ob. cit.*, págs. 11 e 12, que defende, neste passo, a intervenção do contrato com eficácia de protecção para terceiros, que permite “ultrapassar a questão de um pretensão reconhecimento de um direito à não existência.”.

3.3.2. Culpa

No que tange ao apuramento da respectiva *culpa*, não figuram, em rigor, divergências no palco doutrinal e jurisprudencial, porquanto a omissão de diligência ou de cuidado do médico em relação à prestação de informação prefigura uma conduta negligente, em face do critério estabelecido no art.º 487.º, n.º2, do Código Civil⁶²⁴.

3.3.3. Dano

A este propósito, importa referir que a posição doutrinal maioritária tem-se pronunciado de modo desfavorável em relação às acções de *wrongful life*, justamente, porque, via de regra, assentam num *alegado* “direito a não existir” ou à “não existência”, em que a vida é, em rigor, tomada como um dano ou prejuízo, no sentido de que seria preferível *não viver* a viver com a anomalia congénita⁶²⁵.

Ora, partindo do entendimento de que a vida é um bem protegido, mostra-se incoerente a criança fazer-se valer da competente tutela jurídica e reconverter, assim, a vida num prejuízo indemnizável.

Na verdade, tal implica entregar à disposição um bem jurídico que, *ex natura*, é indisponível, facto esse que, aliás, se afigura inaceitável no Direito, já que consubstancia uma *degradação* da vida humana da criança deficiente e, portanto, uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶²⁶.

Por outro lado, é também avançado o fundamento de que a indemnização do lesado poderia conhecer percalços na fixação do seu montante, sobretudo no que tange à intervenção do critério do princípio da diferença, consagrado nos art.ºs 562.º e 566.º, do Código Civil, que, em rigor, se afigura, aqui, impossível de concretizar.

⁶²⁴ De facto trata-se, aqui, na verdade, do nexó de imputação do facto ao lesante, pelo que os entraves que possam colocar-se, em sede de *wrongful life*, são reconduzidos, desde logo, ao palco da *ilicitude* e não da respectiva censurabilidade ético-jurídica da conduta do agente.

⁶²⁵ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Civis e Constitucionais de uma Questão-Limite* -, in *Pessoa Humana e Direito*, *ob. cit.*, págs. 270 e 271; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, págs. 350 e 351.

⁶²⁶ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, *ob. cit.*, pág. 383, nota de rodapé 18; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, págs. 351 e ss.; ROBIN MACKENZIE, *From Sanctity to Screening: Genetic Disabilities, Risk and Rhetorical Strategies in Wrongful Birth and Wrongful Conception Cases*, in *Feminist Legal Studies*, Vol. 7, n.º2, 1999, Kluwer Academic Publishers, págs. 180 e ss..

Neste apartado, ter-se-ia, assim, que comparar a situação actual, isto é, a vida, ou melhor, a vida com deficiência, com a “não existência”, o que tornaria, como tal, inexequível a tarefa de *quantificação* dos respectivos danos⁶²⁷.

Em acréscimo, Carneiro da Frada defende que, se, uma vez “ocorrido um dano, a indemnização tem por escopo, de acordo com a teoria da diferença, colocar o sujeito na situação que existiria se não fosse o evento que conduz à reparação”, aquele “teria de comparar a sua situação actual (de viver) com a situação hipotética de não viver, o que significaria invocar em benefício próprio uma situação em que não lhe assistiria personalidade ou capacidade jurídica capaz de ancorar qualquer pretensão indemnizatória.”⁶²⁸.

De facto, ante o exposto, a doutrina que se pronuncia em favor das acções de *wrongful life* considera que figuram excepções ou limites ao bem jurídico vida, como seja, na pena de morte, no estado de necessidade, na despenalização do aborto e do suicídio, e na eutanásia passiva.

Na verdade, para alguns autores, este último exemplo apresenta, inclusive, um traçado aproximado do fundamento que subjaz às acções de *wrongful life*, já que aqueles que padecem de sofrimento entendem não continuar a viver, estabelecendo-se, assim, um paralelismo com a criança portadora de deficiências que invoca a “não existência” à vida nas suas condições⁶²⁹.

Em seu turno, Paulo Mota Pinto defende que não é aceitável propugnar-se por um critério de absolutização do bem jurídico vida humana, “pelo menos para quem

⁶²⁷ Cfr. *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967); *Turpin v. Sortini* 643 P.2d 954 (Cal. 1982); *Harriton v. Stephens* [2002] NSWSC 461 e *Waller v. James* e *Waller v. Hoolahan*, [2002] NSWSC 462; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 410 a 415; ainda, MARTA NUNES VICENTE, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 133, refere que a questão que aqui se coloca reside em apurar se o nascimento com deficiência pode ser considerado como “prejuízo juridicamente reparável”, na medida em que o “instituto da responsabilidade civil (...) nos impele a ter em conta a alternativa, sendo que neste caso a alternativa é, na verdade, uma não-alternativa, o não-ser, ou, como preferem os franceses, o “néant”.”.

⁶²⁸ In MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite -*, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., págs. 270 e 271.

⁶²⁹ Cfr. GÓMEZ PAVÓN apud ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 448 e 449; em sentido contrário, FERNANDO PINTO MONTEIRO, *Direito à não Existência, Direito a não Nascer*”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, ob. cit., pág. 137, refere que, “Mesmo que, por imposição legislativa, se admita o direito à **não vida**, como será o caso do suicídio ou da eutanásia, ainda assim, sempre o caso em análise ultrapassaria esses limites.”; RONEN PERRY, *It’s a Wonderful Life*, in *Cornell Law Review*, ob. cit., pág. 366, que, embora defenda a viabilidade das acções de *wrongful life*, afirma que, “In a euthanasia case, the court is not required to objectively rule on the relationship between life in pain and nonexistence; rather, the court gives effect to the petitioner’s subjective will (...)”.

entenda que essa indisponibilidade (configurando também uma limitação à liberdade do titular) assenta, decisivamente, na irreversibilidade da disposição da vida, implicando uma destruição irremediável do centro autónomo de decisão que é objecto de protecção jurídica.”⁶³⁰.

No que tange ao princípio da diferença, o Professor afirma que a objecção da doutrina maioritária quanto à existência de um *dano*, assente, como tal, na dificuldade de projectar uma comparação entre a existência e não existência, enquanto tarefa, aqui, *contrafactual* ou *hipotética*, não merece acolhimento. Em rigor, vedar a indemnização à criança com base nesse pressuposto, “(...) quase envolve, nos *resultados* a que chega (...), como que uma *renovada afirmação* da ofensa que lhe foi feita”. Por outro lado, o autor defende que, na verdade, “*existe* um padrão *contrafactual* de comparação - o da pessoa sem malformações e regularmente funcional”⁶³¹.

A este propósito, defende que a reconstituição da situação em que estaria o lesado não supõe, aqui, uma “reconstituição natural”, assente na “eliminação da criança”, embora tal pressuposto não obste a uma indemnização por equivalente, porque do que se trata, de facto, não é de qualquer juízo de valor ou desvalor sobre a existência ou vida humana, uma vez estabelecida uma análise comparativa com a não existência,

⁶³⁰ In PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Lex Medicinæ*, *ob. cit.*, pág. 18; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, *ob. cit.*, pág. 27, que, embora rejeite a viabilidade das acções de *wrongful life*, salienta que, em rigor, a pretensão da criança não constitui uma violação do bem jurídico vida, já que, “tal reclamación no pretende destruir o poner fin a la vida, sino únicamente una indemnización que compense o resarza al titular del hecho de vivir una vida (..) enferma –no un ataque, pues, al bien vida tal y como queda protegido por el Ordenamiento” mas sim, apenas, enquanto “valor supremo”.

⁶³¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, págs. 933 e 934, que rejeita, aqui, bem assim, o argumento da *não-identidade*; neste sentido, FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, *ob. cit.*, págs. 97 e 98; VERA LÚCIA RAPOSO, *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, *ob. cit.*, págs. 81 a 83, defende que “a comparação deva operar, não entre existência e não-existência, mas sim entre a existência de uma pessoa dita “normal” e a existência da pessoa nascida naquelas condições”; *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, *ob. cit.*, págs. 106 a 110, que admite o ressarcimento por danos patrimoniais decorrentes dos custos *extraordinários* e danos morais, em virtude da respectiva *qualidade de vida* da criança portadora de deficiências; LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, *ob. cit.*, pág. 12, que refere que não se trata de uma questão de *existência* ou *não existência*, que, com o nascimento, se afigura desprovida de significado. Por conseguinte, a indemnização deve reportar-se aos danos patrimoniais respeitantes aos custos de assistência ou cuidados à criança e, também, aos danos morais resultantes da deficiência.

mas sim do ressarcimento pelos “sofrimentos” e “necessidades” *causados* pela deficiência⁶³².

Por outro lado, para Ronen Perry, a aplicação de um juízo comparativo entre a vida com deficiência e uma vida sem deficiência, ainda que em abstracto, deve ser rejeitado, na medida em que a criança não poderia, invariavelmente, ter nascido saudável.

De facto, o autor defende, aqui, a intervenção do contrato com eficácia de protecção para terceiros, no sentido de que este inclui na sua respectiva eficácia jurídica a protecção de interesses do nascituro, pelo que a violação do dever de informação traduz uma quebra na garantia ou *warranty* aos progenitores de que o filho não seria portador de deficiências.

Neste passo, Ronen Perry considera que esta formulação permite ultrapassar os obstáculos ditados pela *existência* e *não existência*, e estabelece, como tal, o apuramento do *quantum* indemnizatório através da comparação “between reality (life with disability) and the promised state (life without disability)”⁶³³.

Finalmente, Dean Stretton defende que, uma vez que a criança “would (...) suffer physical damage if his disabilities are *so* severe that they *do* restrict him to a life worse than non-existence”, a questão passa, aqui, por reconduzir “the value of non-existence at zero (...) because non-existence is nothingness”, sendo que a ocorrência de

⁶³² Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 936 a 943, que refere que, no palco dos danos patrimoniais, pode ser chamado a intervir, caso seja, o art.º 566.º, n.º3, do Código Civil, e, bem assim, o regime da *compensatio lucri cum damno*, desde que, neste passo último, as vantagens se reportem a um interesse da criança avaliável na forma pecuniária. De facto, o autor propugna pelo ressarcimento dos danos patrimoniais resultantes dos *custos especiais* de sustento e educação da criança portadora de deficiências. No que tange aos danos morais, o respectivo apuramento deve ser reconduzido ao art.º 496.º, n.ºs 1 e 4, do Código Civil; *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida”* (“wrongful birth” e “wrongful life”), in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 23, e nota de rodapé 86; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 239 e ss., que considera que o *princípio da diferença* deve ser convocado no âmbito dos direitos patrimoniais, e quando o apuramento da indemnização por via da “reconstituição natural”, ditado pelo art.º 562.º, do Código Civil, “não seja possível”, pelo que, além disso, “não é imperativo”. Ora, a este propósito, nada impede, como tal, o recurso à indemnização por equivalente, nos termos prefigurados no art.º 566.º, n.ºs 1 e 3, do Código Civil. Por outro lado, em respeito aos danos morais, o Professor apresenta dúvidas quanto ao preenchimento dos pressupostos exigidos pelo art.º 496, n.º1, do Código Civil, sobretudo, quanto à competente tutela do direito. De todo em todo, não descarta a compensação de danos morais pelo sofrimento e dor em virtude da respectiva anomalia congénita e dano corporal *stricto sensu*; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte II), ob. cit., págs. 153 a 155, e nota de rodapé 68, que admite a indemnização de danos patrimoniais, em concreto, pelos “daños materiales experimentados” pela criança.

⁶³³ Cfr. RONEN PERRY, *It’s a Wonderful Life*, in *Cornell Law Review*, ob. cit., págs. 393 e 394 e 398 e 399.

dano ou prejuízo subsume-se em aferir “whether the bad things in the child’s life outweigh the good; and, if they do, non-existence would be better.”⁶³⁴.

3.3.4. Nexo de Causalidade entre o Facto e o Dano

Na verdade, a doutrina maioritária entende que, em sede de *wrongful life*, não se encontra preenchido o nexo de causalidade entre o facto e o dano, já que, mesmo descartado um “direito a não existir”, a pretensão da criança reside, indelevelmente, na violação do dever de informação e, como tal, na privação da oportunidade de interromper a gravidez ou de não implantar o embrião *in utero*, pelo que o dano que subjaz da lesão do direito à autodeterminação reprodutiva de planeamento familiar reporta-se à esfera jurídica da mãe (casal) e não à da criança.

A este propósito, refira-se, aliás, o Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, que considera que existe uma falta de “conformidade entre o pedido e a causa de pedir, pois o autor invoca danos por si sofridos mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de um faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais).”⁶³⁵.

Por outro lado, é também expandido o argumento de que, em sede da Teoria do Âmbito ou Fim de Protecção da Norma, o *telos* que preside ao art.º 142.º, n.º1, al. c), do Civil, se destina a salvaguardar, apenas, os interesses da mãe (casal), atento o direito de autodeterminação reprodutiva nos cuidados de saúde, pelo que os danos patrimoniais e não patrimoniais invocados pela criança estão, na verdade, fora do respectivo escopo protecional, e, portanto, de tutela jurídica, pelo que não podem, aqui, ser imputados ao médico⁶³⁶.

⁶³⁴ Cfr. DEAN STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, *ob. cit.*, págs. 356 e 357; também, ALBERT RUDA, ‘I Didn’t Ask to be Born’: *Wrongful Life from a Comparative Perspective*, in *Journal of European Tort Law*, *ob. cit.*, págs. 215 e 240, que, embora não tome posição no que tange às acções de *wrongful life*, remetendo, assim, a decisão para o legislador, destaca, no entanto, que o critério da não-existência é utilizado noutros domínios como em sede de *wrongful death*; neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, *ob. cit.*, pág. 12.

⁶³⁵ Cfr. Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, *ob. cit.*, pág. 371.

⁶³⁶ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, Art.º 142.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, *ob. cit.*, pág. 286; também, ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, *ob. cit.*, págs. 538 e ss.; MIQUEL MARTÍN-CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 - Arrêts 278, 279 and 280, Spanish case note*, in *European Review of Private Law*, *ob. cit.*, págs. 217 a 220; para mais desenvolvimentos a propósito da Teoria do Fim de Protecção da Norma, FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e Imputación Objetiva: Criterios de Imputación*, in *Centenario del Código Civil*, Vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1580 e ss..

Neste apartado, Paulo Mota Pinto entende que, no palco das acções de *wrongful birth* e *wrongful life*, a ilicitude da conduta não pode decantar-se, *per se*, da violação da norma que autoriza a interrupção da gravidez, mas, outrossim, da ofensa de um *dever professional*, que, na verdade, permeia as *leges artis*, e, como tal, encontra arrimo nos art.ºs 150.º, do Código Penal, e 483.º, n.º1, 2ª parte, do Código Civil, sendo, portanto, aplicável aos progenitores e à criança.

Por sua vez, no que tange à responsabilidade contratual, o autor defende que pode ser chamada a intervir a figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros, nos termos do qual, as obrigações decorrentes da relação entre o médico e a progenitora estendem-se aos interesses do progenitor e do nascituro⁶³⁷.

Doutro passo, para Luís Menezes Leitão está, na verdade, cumprido o requisito do nexa de causalidade, desde logo, no palco da *conditio sine qua non*, porquanto o escopo primacial que subjaz ao dever de informação é o de afiançar ao paciente a oportunidade de “tomar as decisões mais adequadas ao seu estado de saúde” e, caso seja, de autorizar a interrupção da gravidez, pelo que, já em abstracto, a conduta negligente, assente na falha do diagnóstico pré-natal é *causa adequada* do nascimento da criança portadora de deficiências⁶³⁸.

Finalmente, deixe-se, ainda, a nota de referência de que, parte da doutrina, entende que, nas circunstâncias de *incerteza* entre nexa causal entre o facto e o dano, pode, na verdade, ter lugar a aplicação da doutrina da *perda de chance*, desta feita, enquanto *perda da possibilidade da criança de não viver ou não existir*⁶³⁹.

⁶³⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 929 e ss. e 932 e ss.; neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 244 e 245, que considera que “a norma violada” não corresponde ao art.º 142.º, n.º1, al. c), mas o *bloco de normatividade*, respeitante às “regras da medicina”, pelo que, no palco obrigacional, defende a aplicação do contrato com eficácia de protecção em relação a terceiros; também, VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 93 e 94, que propugna por um “contrato no interesse de terceiros”, em sentido amplo, e, desta feita, passível de ser convocado na responsabilidade delitual; para mais desenvolvimentos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, ob. cit., págs. 382 e 383, que, embora rejeite a procedência das acções de *wrongful life*, admite o recurso à doutrina Alemã dos contratos com eficácia de protecção para terceiros ou “*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*”.

⁶³⁸ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, ob. cit., pág. 13, que defende, inclusive, que o dano da criança cabe no âmbito de protecção do dever de informação exigível ao médico em sede de DPN, para efeitos de interrupção da gravidez por motivos fetopáticos.

⁶³⁹ Cfr. MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, ob. cit., págs. 201 e 202; MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS de 7 de Junio de 2002*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ob. cit., págs. 1114 e 1115.

Destarte, a violação do dever de informação por parte do médico quanto aos riscos de anomalia fetal (embrionária), que priva a mãe (casal) de autorizar a interrupção da gravidez, em DPN, ou de não implantar o embrião *in utero*, em DGPI, e, portanto, conduz ao nascimento da criança portadora de deficiências, afastou, de modo irreversível, a esta última, a *possibilidade de não existir*.

Na verdade, trata-se de uma posição que não merece acolhimento, desde logo, porque a ofensa do direito de autodeterminação reprodutiva nos cuidados de saúde se reporta à progenitora (casal) e não ao nascituro.

Por outro lado, a *chance de não nascer* prefigura um conteúdo distinto daquele que emerge do instituto em apreço, já que não supõe, em rigor, uma oportunidade de obter um desenlace favorável ou precluir uma desvantagem, e, portanto, uma “real chance de melhoria do estado de saúde, que se pode traduzir na cura ou na sobrevivência”⁶⁴⁰.

3.3.5. Representação Legal da Autoridade Parental

No que tange ao domínio processual, a questão que se coloca reside em apurar da validade do instituto da representação legal para intentar este tipo de acções em nome do filho menor, já que o entendimento deste, quando maior, pode ser distinto do invocado pelos progenitores⁶⁴¹.

Por outro lado, uma vez que as acções de *wrongful life* são remetidas junto às acções de *wrongful birth*, em regra, julgadas procedentes, tal pode fazer entrever uma brecha para um intento dos progenitores de, através das primeiras, alargarem, como tal, de forma indirecta, o seu ressarcimento indemnizatório.

Neste passo, o Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, considera que, mesmo que se admitisse no sistema jurídico um “direito à não existência”, este não poderia ser exercido por via da representação legal, mas apenas pela própria criança, quando fosse maior⁶⁴².

⁶⁴⁰ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 272 e ss. e 295 e ss.; ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 433 a 435.

⁶⁴¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 113 e 114.

⁶⁴² Cfr. Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, ob. cit., págs. 376 e 377.

Ora, André Dias Pereira refuta a posição expendida no Aresto do STJ, na medida em que, se o poder de representação legal da autoridade parental autoriza, dentro do seu espectro de actuação, que os progenitores possam, regra geral, interpor uma acção, pedindo o ressarcimento por danos não patrimoniais sofridos pelo *representado*, afigura-se, como tal, desprovido de fundamento que se convoque, aqui, um “regime diferente”.

Por sua vez, acrescenta, também, que, se o filho, quando tiver alcançado a maioridade, não tiver condições de saúde de pleitear por si próprio, assim exprimindo “um juízo de valor sobre a sua existência”, estará, à partida, arredada uma indemnização dos respectivos danos do lesado⁶⁴³.

Na verdade, Paulo Mota Pinto defende que a questão deve ser reconduzida aos “limites e à forma de exercício do poder paternal” em relação a “interesses eminentemente pessoais”, pelo que, uma vez que não está em apreço o exercício de um “direito à não existência”, não figuram, assim, limites ao poder paternal, em sede de representação legal, designadamente, quanto a pretensões indemnizatórias resultantes de lesões padecidas pelos filhos⁶⁴⁴.

A este propósito, Pinto Monteiro destaca, inclusive, que, na hipótese de *conflito de interesses* entre a posição da autoridade parental e aquela que possa vir a ser assumida pela criança, nada obsta a que a respectiva pretensão indemnizatória fique sujeita a *autorização do tribunal*, num traçado aproximado ao epigrafado no art.º 1889.º, do Código Civil⁶⁴⁵.

Pela nossa parte, temos que, ao abrigo do disposto nos art.ºs 124.º, 1877.º e ss. e 1881.º, do Código Civil, é *acertado e válido* que os progenitores representem legalmente o filho em acções de *wrongful life* ou de *prenatal injury*, até mesmo porque, em regra, o grau da deficiência das crianças atinge um nível elevado, que poderá ditar a impossibilidade delas próprias conseguirem, alguma vez, afiançar a protecção dos seus direitos⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, ob. cit., pág. 388; VERA LÚCIA RAPOSO, *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, ob. cit., págs. 114 e 115.

⁶⁴⁴ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Lex Medicinæ*, ob. cit., pág. 24.

⁶⁴⁵ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, ob. cit., pág. 382.

⁶⁴⁶ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, ob. cit., pág. 14, que entende que a interposição de uma acção de responsabilidade civil jaz num *direito patrimonial*, e, portanto, não contende com o prefigurado no art.º 1881.º, n.º1, do Código Civil.

De todo em todo, cumpre referir que, no que tange às acções de *wrongful life*, devem ser julgadas improcedentes, porquanto, em rigor, não se encontram cumpridos os pressupostos de responsabilidade civil, previstos no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

3.3.6. A Teoria do “*Bloco de Normatividade*”

No Ordenamento Jurídico Português, toma relevo premente a Teoria do *Bloco de Normatividade*, enunciada por Paulo Mota Pinto, e, depois, perfilhada por André Dias Pereira, e que se subsume, em rigor, numa concepção doutrinal que propugna pela viabilidade das acções de *wrongful life*, em sede do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

De facto, para os autores, o fundamento jurídico que preside às acções de *wrongful life* não corresponde, em rigor, a um “direito a não nascer” ou “à não existência”, mas a prover, nos termos legais, o ressarcimento à criança portadora de deficiências pelos respectivos danos patrimoniais e não patrimoniais⁶⁴⁷.

A este propósito, Paulo Mota Pinto defende que a ilicitude não jaz na violação do art.º 142.º, n.º1, al. c), e 2, do Código Penal, que apenas estabelece as condições de admissibilidade de interrupção da gravidez, e, portanto, não supõe um *dever específico*, cuja omissão determine, como tal, o apuramento de responsabilidade civil, em acções de *wrongful life*.

Na verdade, a conduta ilícita emerge da falha do *dever de informação* quanto aos riscos de anomalia congénita, que traduz uma *quebra* de um *dever profissional* exigível ao médico, no âmbito dos ditames prefigurados pelas *leges artis*, e cuja tutela jurídica pode recolher-se a partir do art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal, e, outrossim, dos art.ºs 150.º, do Código Penal, e 483.º, n.º1, 2ª parte, do Código Civil, nos termos da qual, se busca, precluir aos progenitores, e, em certo passo, ao nascituro, a produção de danos resultantes do nascimento de uma criança portadora de deficiências⁶⁴⁸.

Por sua vez, André Dias Pereira entende que a ilicitude se reporta à violação do *Bloco de Normatividade* que compreende as *leges artis*, ou “regras de conduta médica”, que, por via do art.º 4.º, da CDHBio, alcançam, como tal, o estatuto de normas jurídicas,

⁶⁴⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 932 e 933; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 240.

⁶⁴⁸ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 929 e ss. e 932 e ss..

e, portanto, cabem no traçado do art.º 483.º, n.º1, 2ª parte, do Código Civil, tendo por pressuposto conceder aos progenitores a oportunidade de evitar o nascimento de um filho portador de deficiências⁶⁴⁹.

No que tange ao dano, os autores defendem que não se trata, em rigor, de remeter a existência ou vida da criança como um prejuízo, mas, na verdade, do ressarcimento dos danos resultantes da deficiência.

Destarte, para André Dias Pereira, o princípio da diferença, vertido no art.º 566.º, n.º2, do Código Civil, apenas deve ser convocado em sede do apuramento indemnizatório de danos patrimoniais, e nas hipóteses em que a reconstituição natural, ditada pelo art.º 562.º, do Código Civil, não se afigure possível, além do que, ao abrigo do respectivo n.º2, não é *imperativo*⁶⁵⁰.

Na verdade, os autores destacam que o cálculo do *quantum* indemnizatório obedece a um juízo comparativo, desta feita, entre a qualidade de vida de uma criança portadora de deficiências e a de uma criança “normal”, pelo que deve, como tal, ser autorizado o ressarcimento dos respectivos *custos extraordinários* de sustento e educação, sem prejuízo da aplicação do art.º 566.º, n.º3, do Código Civil.

Por outro lado, em respeito ao dano não patrimonial, entra em palco o art.º 496.º, n.ºs1 e 4, do Código Civil, sendo que, neste passo, apenas merecem tutela jurídica os danos morais que se reportam ao sofrimento e dor *causados* pela deficiência, e não já o dano da *existência* ou *vida* da criança⁶⁵¹.

No que toca aonexo de causalidade entre o facto e o dano, André Dias Pereira entende que se trata de uma *causalidade indirecta*, já que, embora o médico não seja *responsável* pela deficiência, a falha do dever de informação é, na verdade, *causa adequada* do nascimento da criança portadora de anomalia congénita⁶⁵².

Finalmente, na responsabilidade contratual, defendem que pode ter lugar a intervenção da figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros, no sentido de

⁶⁴⁹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 242 e ss..

⁶⁵⁰ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 228 e ss. e 240 e ss..

⁶⁵¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., págs. 933 e ss. e 940 e ss.; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 240 e ss..

⁶⁵² Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 240 e 241.

que este inclui, no âmbito da respectiva eficácia jurídica, a salvaguarda ou tutela de interesses dos progenitores e, bem assim, do nascituro⁶⁵³.

Pela nossa parte, cumpre referir que, pese embora a construção doutrinal e jurídica expandida pelos autores, em sede da completude dos pressupostos de responsabilidade civil, e do intento, *meritório*, de afiançar, como tal, a viabilidade das acções de *wrongful life*, a *Teoria do Bloco de Normatividade* não merece acolhimento no Ordenamento Jurídico Português.

De facto, no que tange ao apuramento da antijuridicidade do acto médico, os autores propugnam pela utilização do critério da *ilicitude da conduta*, nos termos da qual, a violação do dever de cuidado é apurada, desde logo, ao nível da ilicitude e não já da culpa.

A este propósito, temos que a ilicitude resulta de um desvalor da conduta, pelo que a ofensa da norma de protecção determina, como tal, o preenchimento do respectivo pressuposto de responsabilidade civil⁶⁵⁴.

Não obstante, a questão que se coloca em sede da *Teoria do Bloco de Normatividade* reside em aferir se as *normas técnicas* ou regras de conduta médica, que permeiam as *leges artis*, constituem, *per se*, normas jurídicas, e, doutro passo, se os interesses lesados, ou melhor, os prejuízos subsequentes invocados pela criança portadora de deficiências, cabem no respectivo âmbito de protecção.

Destarte, importa referir que as *leges artis*, e, portanto, as *guidelines* e *protocolos*, não prefiguram normas jurídicas ou disposições legais, mas regras de conduta ou de *soft law* quanto ao exercício da respectiva actividade profissional, pelo que, apesar de ser exigível ou recomendável ao médico prudente e zeloso que verta os seus princípios nos procedimentos clínicos e/ou cirúrgicos, não é, em rigor, imperativo

⁶⁵³ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida”* (“*Wrongful Birth*” e “*Wrongful Life*”), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, págs. 932 e 933; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 245.

⁶⁵⁴ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, *ob. cit.*, págs. 300 e ss.; *Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *ob. cit.*, págs. 453 a 481; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, *ob. cit.*, págs. 437 e ss.; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Sobre o Conceito de Ilicitude do art.º 483.º, do Código Civil*, in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, págs. 521 a 544; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil Médica: Breves Reflexões em torno dos Respective Pressupostos – Ac. Do TRP de 11.9.2012, Proc. 2488/03*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho/Setembro, 2013, págs. 61 a 63.

o seu cumprimento, nem a sua omissão justifica, *tout court*, a aplicação de uma sanção civil⁶⁵⁵.

Na verdade, temos que a violação das *leges artis* apenas fazem *presumir* a *ilicitude* e a *culpa* do médico, pelo que se afigura necessário apurar da respectiva ofensa de direitos absolutos ou interesses legalmente protegidos, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, e da censurabilidade ético-jurídica do agente, no art.º 487.º, do Código Civil.

Por outro lado, deixe-se, ainda, a nota de referência de que, embora o *dever de informação* quanto aos riscos de anomalia congénita possa recolher-se nos ditames apregoados pelas *leges artis*, a verdade é que apenas se encontram, aqui, consagrados os interesses da mulher (casal), no sentido de autorizar a interrupção da gravidez ou a não implantação do embrião e, como tal, de prevenir o nascimento de uma criança portadora de deficiências.

Ora, Paulo Mota Pinto defende que a *ilicitude* resulta da violação de um *dever profissional*, e, portanto, das *leges artis*, mas reconduz a sua tutela jurídica, neste passo, ao traçado normativo dos art.ºs 142.º, n.º1, al. c), e 150.º, do Código Penal, e art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, em sede da 2ª variante da *ilicitude*.

De facto, partindo do entendimento de que as *leges artis* não constituem normas jurídicas, e, portanto, não cabem no traçado epigrafado no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, a questão subsume-se, indelevelmente, ao âmbito de protecção do art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal.

Com efeito, a violação do dever de informação, e, como tal, das *leges artis*, privou a *mãe* (casal) da oportunidade de autorizar a interrupção da gravidez, pelo que não resistem dúvidas de que o escopo teleológico que subjaz ao art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal, se destina, apenas, a proteger os interesses da mulher (casal), e, portanto, o seu direito de autodeterminação reprodutiva ou de planeamento familiar.

Por sua vez, para André Dias Pereira, a *ilicitude* resulta da violação das *leges artis*, que, ao abrigo do art.º 4.º, da CDHBio, se *elevam à categoria* ou estatuto de normas de conduta, pelo que a respectiva ofensa constitui, assim, objecto de tutela jurídica, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, 2ª variante da *ilicitude*.

Destarte, apesar de prefigurar uma tese erudita e que poderia, inclusive, determinar o preenchimento do requisito de *ilicitude*, a verdade é que deverá ser

⁶⁵⁵ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Auto-Regulação Profissional dos Médicos*, in *Temas de Direito da Medicina*, ob. cit., págs. 247 e ss..

rejeitada, na medida em que do traçado literal estabelecido pelo legislador apenas se consagra o respeito pelas *leges artis*, aquando de um procedimento clínico e/ou intervenção cirúrgica, e não, *a contrario*, que o seu incumprimento possa ser considerado, *qua tale*, como critério de ilicitude.

Além disso, cumpre destacar que o art.º 4.º, *in fine*, da CDHBio, se refere a “regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”, pelo que, em sede de *wrongful life*, trata-se, na verdade, da violação do *dever de informação* quanto aos riscos de anomalia congénita, em DPN e DGPI, e, portanto, do direito de autodeterminação da mãe (casal) nos cuidados de saúde reprodutiva.

Por outro lado, no que tange aos danos patrimoniais, os autores propugnam que deve ter lugar a indemnização por equivalente, prevista no art.º 566.º, n.º2, do Código Civil, nada obstando, todavia, ao recurso à equidade, nos termos do art.º 566.º, n.º3, do Código Civil, pelo que, em respeito aos danos morais, deve ser convocado o art.º 496.º, n.ºs 1 e 4, do Código Civil.

A este propósito, indique-se que o escopo basilar que preside ao instituto da responsabilidade civil, na sua função reparatória, é o da reconstituição da situação do lesado antes da prática do acto ilícito, pelo que, na impossibilidade de “reconstituição natural”, vincada no art.º 562.º, do Código Civil, deve ter lugar a indemnização por equivalente, ao abrigo do art.º 566.º, n.º1, do Código Civil.

De todo em todo, facilmente se compreende que, em sede de *wrongful life*, a aplicação do princípio da *diferença* exigido pelo art.º 566.º, n.º2, do Código Civil, faz levantar entraves no que tange ao cálculo do montante indemnizatório, já que supõe, invariavelmente, um juízo comparativo entre a vida e existência da criança e a não existência.

Neste passo, temos que se afigura, como tal, necessário o recurso a uma comparação entre as condições de saúde da criança portadora de deficiências e de uma criança sem malformações, e que, cautelosamente, poderia figurar no âmbito do traçado normativo do art.º 566.º, n.º 3, do Código Civil.

Por outro lado, no que tange aos danos não patrimoniais, apesar de se tratar, *rectius*, de uma *compensação*, e, portanto, o respectivo cálculo não obedecer aos ditames da reconstituição natural ou do princípio da diferença, a verdade é que acaba por implicar, na prática, uma análise comparativa entre o *antes* e o *depois*, desembocando na própria existência da criança deficiente como um dano, pelo que deve ser rejeitada a sua indemnização, nos termos do art.º 496.º, n.º1, do Código Civil.

Aqui chegados, importa referir que, em sede denexo de causalidade entre o facto e o dano, a conduta negligente do médico, assente na violação do dever de informação, privou a mulher (casal) de autorizar a interrupção da gravidez ou de não implantar o embrião *in utero*, e, como tal, determinou o nascimento da criança portadora de deficiências.

De todo em todo, o facto ilícito subsume-se, desde logo, na violação do direito de autodeterminação reprodutiva da mãe (casal) nos cuidados de saúde, pelo que é apenas *causa adequada* dos danos, *latu sensu*, invocados pelos progenitores, no âmbito do planeamento familiar, e não dos prejuízos remetidos pela criança.

Neste apartado, temos que não se encontram preenchidos os requisitos de responsabilidade civil extracontratual, epigrafados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Por outro lado, na responsabilidade contratual, o recurso à figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros, avançado pelos autores, pode, na verdade, determinar alguma abertura no que respeita ao preenchimento da ilicitude e do nexode causalidade entre o facto e o dano.

Não obstante, cremos que, no palco do dano, se afigura difícil suprir os obstáculos ditados pelo apuramento do *quantum* indemnizatório, pelo que, desta feita, autorizar o ressarcimento, e, portanto, a viabilidade das acções de *wrongful life*, implica remeter, aqui, o instituto da responsabilidade civil, em exclusivo, a uma função *assistencial*, que compete à Segurança Social⁶⁵⁶.

3.3.7. A Teoria do “Direito à Não Existência”

Na verdade, cumpre, ainda, referir a Teoria do “*Direito à Não Existência*”, avançada por Pires da Rosa, a propósito do Acórdão do STJ, de 17 de Janeiro de 2013, em que votou vencido, tendo propugnado pelo ressarcimento de danos morais à criança e, destarte, pela viabilidade das acções de *wrongful life*.

De facto, o autor considera que, partindo do pressuposto que, no âmbito do respeito *pela liberdade individual* e direito ao planeamento familiar, epigrafado no art.º 67.º, n.º2, al. d), da CRP, o legislador autorizou, como tal, a interrupção da gravidez não punível, ao abrigo do art.º 142.º, do Código Penal, remetendo, assim, à progenitora a

⁶⁵⁶ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite* -, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., págs. 271 e ss. e 274 e ss..

decisão sobre a vida do nascituro, terá que admitir-se, invariavelmente, um “Direito à Não Existência”.

Neste passo, trata-se, em rigor, de um direito que, desde logo, só poderia ser exercido pela *mulher grávida*, nos termos e prazo estabelecidos no Código Penal, e que, por força da violação do dever de informação, lhe foi arreadado, vindo, como tal, a autonomizar-se no património ou esfera jurídica da criança, aquando do nascimento e, portanto, da respectiva aquisição de personalidade jurídica, nos termos ditados pelo art.º 66.º, n.º1, do Código Civil.

Por outro lado, o autor defende que não está em apreço um *contrato em benefício de terceiro*, já que a prestação de serviços médicos se reporta, apenas, à progenitora, no sentido de prover uma informação adequada, e em tempo, quanto aos riscos de anomalia congénita, antes de autorizar ou não a interrupção da gravidez, em sede do art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal.

Destarte, a falha do dever de informação em DPN, e, portanto, o não cumprimento da *obrigação de resultado*, que cabe ao *médico especialista*, designadamente, no que tange a *afirmar* de forma *diligente* os riscos de patologia fetal (embrionária), privou a mãe de interromper a gravidez, e, como tal, é *causa adequada* do nascimento da criança e, bem assim, do *sofrimento* decorrente da respectiva deficiência.

Ora, julgar improcedente a respectiva pretensão indemnizatória supõe *negar* à criança o direito a *não existir*, e, portanto, constitui uma ofensa à sua dignidade humana⁶⁵⁷.

De facto, temos que a posição enunciada por Pires da Rosa deve ser rejeitada, desde logo, porque não merece tutela jurídica um *direito a não existir* ou à *não existência*, ainda que consubstanciado no direito de autodeterminação reprodutiva da progenitora em autorizar a interrupção da gravidez, nos termos e prazo do art.º 142.º, n.º1, al. c), do Código Penal, e que vem, como tal, após o nascimento, a ser invocado, *jure proprio*, pela criança portadora de deficiências, em sede do art.º 66.º, n.º1, do Código Civil.

⁶⁵⁷ Cfr. PIRES DA ROSA, *Não Existência – Um Direito!*, in *Julgar*, n.º21, Setembro-Dezembro, Coimbra Editora, 2013, págs. 47 e ss..

3.3.8. Considerações Finais e Posição Adoptada

Pela nossa parte, defendemos que as acções de *wrongful life* devem ser julgadas improcedentes, porquanto não se encontram preenchidos os requisitos de responsabilidade civil, epigrafados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Ora, conceder provimento à pretensão indemnizatória da criança, ainda que no palco da responsabilidade contratual, e por via do contrato com eficácia de protecção para terceiros, requer uma elasticidade *muito elevada* do julgador quanto ao preenchimento dos respectivos pressupostos, sobretudo, no que tange ao cálculo do montante indemnizatório, além de reconduzir o instituto da responsabilidade civil a uma função *assistencial* e já não reparatória, consagrada nos art.ºs 562.º e 566.º, do Código Civil.

Destarte, cremos que, *de jure condendo*, a questão em apreço deve ser objecto de regulamentação específica por parte do legislador, por forma a remeter, desde logo, à Segurança Social, o papel de *apoio geral* às crianças portadoras de deficiências, no âmbito da violação do dever de informação, em sede de *wrongful life*.

CAPÍTULO II
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
POR LESÕES PRÉ-NATAIS
E O DIREITO À VIDA

1. Enquadramento Temático

Na medicina materno-fetal assume uma importância crucial a questão das lesões em momento pré-natal que podem, assim, determinar o nascimento de uma criança portadora de deficiências ou nado-morto, caindo no espaço da responsabilidade civil e, desta feita, nas acções de *wrongful injury* e *wrongful death*.

De facto, neste contexto, cumprirá apurar da eventual responsabilidade civil da progenitora no âmbito da sua conduta durante a gestação, apesar de, com excepção feita a específicas circunstâncias, os diferentes Ordenamentos Jurídicos estabelecerem, as mais das vezes, um regime jurídico de imunidade em relação a acções processuais intentadas, a este propósito, pela criança.

Não obstante, podem, aqui, enunciar-se, *inter alia*, a realização de certas actividades físicas ou profissionais, situações de toxicodependência e, ainda, acidentes de viação que venham a causar *lesões fetais*, que, doutro passo, não teriam lugar⁶⁵⁸.

Em seu turno, no que concerne já ao palco médico, mostra-se relevante traçar uma análise adequada em respeito às lesões causadas *in utero* ou no parto, designadamente em face da prescrição ou administração de certa terapêutica, ou na sequência de determinado procedimento ou intervenção cirúrgica, e, *maxime*, em violação dos ditames apreçados nas *leges artis*.

Destarte, a medicina materno-fetal tem conhecido uma evolução premente, dispondo de exames de diagnóstico e tratamentos clínicos e/ou cirúrgicos que, embora eficazes, são, marcadamente, invasivos, pelo que, em regra, comportam riscos graves para a *progenitora* e para o *feto*.

Ora, no terreno do DPN, indique-se, desde logo, a amniocentese, a biopsia das vilosidades coriônicas, cordocentese, embrioscopia e fetoscopia, sem prejuízo, outrossim, dos procedimentos terapêuticos e de cirurgia fetal, destinados, como tal, a tratar ou prevenir determinada patologia do nascituro⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Cfr. BARBARA HEWSON, *Informed Choice in Maternity Care*, *ob. cit.*, págs. 52 e 53; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 7 a 20 e 278 a 303.

⁶⁵⁹ Cfr. ELIO SGRECCIA, *Manual de Bioética*, *ob. cit.*, págs. 432 a 441; LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Terapêutica Cirúrgica Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, *ob. cit.*, págs. 723 a 729.

Por outro lado, em fase perinatal e/ou no termo da gestação, importa, sobretudo, destacar, as técnicas aplicadas no parto normal, como o *fórceps* e a *ventosa*, e, em casos que tais, o procedimento cirúrgico de cesariana⁶⁶⁰.

Finalmente, remanesce indicar, também, em sede ginecológica, os testes de rastreio e/ou exames de diagnóstico de patologias neoplásicas, e eventual tratamento cirúrgico ou quimioterápico realizado durante a gravidez, que podem, certamente, implicar lesões fetais ou conduzir a aborto espontâneo⁶⁶¹.

Neste sentido, ante o exposto, cumprirá analisar, sobretudo, os casos de lesões fetais resultantes de conduta materna e de tratamento médico ou cirúrgico, justamente porque que está em apreço, desde logo, a problemática respeitante à personalidade jurídica do nascituro.

De facto, no que tange a procedimentos clínicos ou intervenções cirúrgicas durante a gestação que possam determinar *lesões* na integridade física e moral da progenitora, entra em palco, num plano geral, o instituto da responsabilidade civil por factos ilícitos, nos termos, entre nós, estabelecidos nos art.^{os} 483.º e ss., do Código Civil.

Por conseguinte, importa, assim, destacar-se a posição jurisprudencial e doutrinal em Direito Comparado, de forma a apurar do respectivo fundamento e alcance das acções de *prenatal injury* e *wrongful fetal death* no âmbito dos cuidados de saúde reprodutiva da mulher.

2. As Acções de *Prenatal Injury* e *Wrongful Fetal Death*

Com efeito, nesta sede, as acções de *wrongful injury*, e, em concreto, *prenatal injury*, são intentadas pela criança, em regra, com representação legal da autoridade parental, contra os médicos e/ou prestadores de cuidados de saúde, por falha na

⁶⁶⁰ Cfr. DEIDRE J. MURPHY, *Operative Delivery, Clinical Obstetrics & Gynaecology*, ob. cit., págs. 379 a 386; STEVEN W. AINBINDER, *Parto Operatório*, in *Current, Obstetrícia e Ginecologia, Diagnóstico e Tratamento*, ob. cit., págs. 423 a 447; LUÍS MENDES DA GRAÇA, *Ventosa obstétrica*, in *Medicina Materno-Fetal*, ob. cit., págs. 684 a 688; J.F. SMITH, C. HERNANDEZ, J.R. WAX, *Fetal Laceration Injury at Cesarean Delivery*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 90, n.º3, 1997, págs. 344 a 346; SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, ob. cit., págs. 66 a 75; WAYNE R. COHEN, BARRY S., *Medical Negligence Lawsuits Relating to Labor and Delivery*, in *Medical Legal Issues in Perinatal Medicine: Part I, Clinics in Perinatology*, ob. cit., págs. 345 a 360.

⁶⁶¹ Cfr. PAT SOUTTER, *Gynaecological Surgery and Oncology*, in *Risk Management and Litigation in Obstetrics and Gynaecology*, ob. cit., págs. 281 a 295; D. FARINE e E.N. KELLY, *The Pregnant Patient with Malignant Disease: Maternal-Fetal Conflict*, in *Cancer in Pregnancy: Maternal and Fetal Risks*, (Coordenação de G. Koren, M. Lishner e D. Farine), Cambridge University Press, 1996, págs. 15 a 26; F.S. ODUNCU, R. KIMMIG, H. HEPP, B. EMMERICH, *Cancer in Pregnancy: Maternal-Fetal Conflict*, in *Journal of Cancer Research and Clinical Oncology*, Vol. 129, n.º3, 2003, págs. 133 a 146.

execução de certo procedimento durante a gravidez ou o parto, tendo, assim, determinado *lesões* na respectiva integridade física, que, portanto, não chegariam a ter lugar.

Doutro passo, as acções de *wrongful fetal death* são remetidas pela autoridade parental contra os médicos e/ou prestadores de cuidados de saúde, por força de tratamento mal sucedido durante a gravidez ou o parto, que veio a desembocar em aborto espontâneo ou nado-morto ou no nascimento de uma criança que acabou, depois, por falecer.

2.1. Estados Unidos da América

No que concerne às acções de *prenatal injury*, cumpre, desde logo, indicar o litígio *Dietrich v. City of Northampton*, em 1884, no Supremo Tribunal de Massachussets, em que o Juiz Holmes, defendendo que o feto *in utero* não podia, em rigor, tomar-se a título individual, e, portanto, separado da mãe, julgou improcedente a respectiva demanda, em sede de responsabilidade civil por lesões pré-natais. Destarte, não existia qualquer *duty of care* em relação ao nascituro, cuja ofensa permitisse, como tal, conceder uma indemnização pelos danos causados na sua esfera jurídica⁶⁶².

De facto, o entendimento jurisprudencial em apreço apenas conheceu um momento de viragem no caso *Bonbrest v. Kotz*, em 1946, no Tribunal do Distrito de Columbia, em respeito a uma lesão pré-natal que ocorreu no parto, e, como tal, após o período de *viabilidade* fetal, tendo a criança *nascido viva*. Neste conspecto, o Tribunal decidiu de modo favorável, autorizando o ressarcimento da criança e dos progenitores⁶⁶³.

Ora, na sequência deste litígio, e perfilhando da posição *supra* expendida, e, sobretudo, do critério “*born alive*”, outros emergiram, como, por exemplo, *Woods v. Lancet*, em 1951, no Tribunal de Apelação de Nova Iorque, e *Kelly v. Gregory*, em 1953, no Supremo Tribunal de Nova Iorque⁶⁶⁴. A este propósito, em *Smith v. Brennan*,

⁶⁶² Cfr. *Dietrich v. City of Northampton* 138 Mass. 114, (1884).

⁶⁶³ Cfr. *Bonbrest v. Kotz* (1946) 65 F Supp 138 (DDC), que dita que, “Here (...) we have a viable child -- one capable of living outside the womb - and which has demonstrated its capacity to survive by surviving (...) True, it is in the womb, but it is capable now of extra-uterine life -- and while dependent for its continued development on sustenance derived from its peculiar relationship to its mother, it is not a ‘part’ of the mother in the sense of a constituent element -- as that term is generally understood.”.

⁶⁶⁴ Cfr. *Woods v. Lancet* 303 N.Y. 349, 102 NE 2d 691 (1951); *Kelly v. Gregory* 125 N.Y.S.2d 696 (1953); nesta temática, JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 56 e 57; SAMANTHA WEYRAUCH, *Inside The Womb: Interpreting The Ferguson Case*, in *Duke Journal of Gender Law & Police*, Vol. 9, 2002, págs. 82 e 83; L. EDWARDS, J. STANLEY e PATRICIA WELLS, *Tort Law*, 5ª Edição, Delmar Cengage-Learning, 2012, págs. 88 a 90.

em 1960, o Supremo Tribunal de New Jersey estabeleceu, inclusive, o princípio de que, “a child has a legal right to begin life with a sound mind and body”⁶⁶⁵.

Doutro passo, a título mais recente, indique-se, no palco médico, o caso *Williams v. Lallie Kemp Charity*, em 1983, no Tribunal de Apelação de Louisiana, numa gravidez com feto em apresentação pélvica, tendo sido realizado parto normal, ao invés de parto por cesariana. Na verdade, o parto decorreu de forma lenta, e sem recurso a técnicas específicas, como, v.g., o fórceps, vindo a nascer, desta feita, uma criança com graves lesões cerebrais, resultantes de hipoxia no período expulsivo⁶⁶⁶.

Em respeito a *Jackson v. Huang*, em 1987, no Tribunal de Apelação de Louisiana, compreende uma situação em que houve *mala praxis* na execução da técnica de fórceps no decurso de parto normal, sobretudo em face de um quadro de *distócia de ombros*, tendo nascido uma criança com lesões no ombro direito⁶⁶⁷.

Por sua vez, no caso *Alvis v. Henderson Obstetrics*, em 1992, no Tribunal de Apelação de Illinois, numa circunstância de gravidez pré-termo, em que foi executado, indevidamente, procedimento de indução de parto e ruptura de membranas, tendo decorrido, outrossim, falha quanto ao diagnóstico atempado de feto com apresentação pélvica e, por conseguinte, realização de cesariana⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Cfr. *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353, 157 A 2d 497 (1960); ainda, quanto à indemnização de danos resultantes de lesões causadas durante a *gestação*, *Daley v. Meyer* 33 Ill. App. 2d 218, 178 N.E.2d 691 (1961); *Day v. Nationwide Mutual Insurance Co.*, 328 So.2d 560 (Fla. 2d DCA 1976); *Simon v. Mullin*, 34 Conn. Supp. 139, 380 A.2d 1353 (1977); também, em virtude de facto ocorrido em momento *pré-concepcional*, que determinou certa condição de saúde na criança, *Renslow v. Mennonite Hospital*, 67 Ill. 2d 348, 367 N.E.2d 1250 (1976); ainda, ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort, ob. cit., págs. 5 e 6*, que indica que, na verdade, o caso *Smith v. Brennan* não se pronuncia, em rigor, quanto à personalidade jurídica do nascituro, pelo que se reporta apenas às lesões causadas em em momento pré-natal, que, desta feita, determinam o apuramento de responsabilidade civil após o nascimento. A autora indica que, “*Smith* actually recognises the rights of the live-born child to recover for prenatal injury. The legal status of the fetus, then, is not in issue. This is partly because the duty of care that a third party owes prenatally is a duty to the future child (that is, to the child who will be born).” Por conseguinte, “what was important was whether there was ‘harm to the child when born’.”

⁶⁶⁶ Cfr. *Williams v. Lallie Kemp Charity*, 428 So. 2d 1000 (La. App. 1 Cir. 1983).

⁶⁶⁷ Cfr. *Jackson v. Huang*, 514 So.2d 727 (1987).

⁶⁶⁸ Cfr. *Alvis v. Henderson Obstetrics*, S.C. 592 N.E.2d 678 (Ill. App. 3d 1992); V., também, *James v. Woolley*, 523 So. 2d 110 (Ala. 1988), no Supremo Tribunal de Alabama, num caso de execução de parto normal, em que o respectivo quadro clínico, em face de patologia materna e *distócia de ombros*, exigia, na verdade, a realização de cesariana, tendo nascido uma criança portadora de deficiências; *Muenstermann v. United States*, 787 F Supp 499 (D Md, 1992), no Tribunal do Distrito de Maryland, num caso de placenta prévia em que foram realizados os procedimentos para o parto normal, tendo sido efectuada, porém, cesariana de emergência, em virtude de sofrimento fetal. Por conseguinte, acabou por nascer uma criança com lesões cerebrais. Neste apartado, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que, “(...) timely caesarian section is the required procedure if the mother has a placenta previa.”; ainda, a propósito de um litígio de *wrongful injury* em relação a lesões maternas, além de nado-morto, *Cignetti v. Camel*, 692 S.W. 2d 329 (Mo App. 1985), no Tribunal de Apelação de Missouri.

No que tange a acções de *prenatal injury* intentadas contra a progenitora, em relação a determinada conduta negligente durante a gravidez, a jurisprudência dos EUA não apresenta uma posição uniforme, pelo que podem, assim, decantar-se, desde logo, Arestos em que rege um princípio de *Maternal Immunity*, ao passo, que noutros se aplica o instituto da responsabilidade civil, em sede de *Maternal Liability*⁶⁶⁹.

Destarte, pode indicar-se o litígio *Stallman v. Youngquist*, em 1988, no Supremo Tribunal de Illinois, num contexto de lesões pré-natais, decorrentes de acidente de viação, tendo a acção sido julgada improcedente. Na verdade, o Tribunal entendeu que autorizar a responsabilidade civil por força de conduta negligente da mãe em relação a danos causados ao nascituro “subjects to state scrutiny all the decisions a woman must make in attempting to carry a pregnancy to term”, constituindo, como tal, uma violação do *direito à privacidade* e “bodily autonomy”⁶⁷⁰.

Por outro lado, cumpre, ainda, enunciar, *Grodin v. Grodin*, em 1980, no Tribunal de Apelação de Michigan, que contempla uma situação de terapêutica materna durante a gestação que acabou por implicar lesões dentárias na criança. O Tribunal considerou, desde logo, que, “(...), the litigating child’s mother would bear the same liability for injurious, negligent conduct as would a third person”, tendo, no entanto, reencaminhado o caso para apreciação, no sentido de apurar se a conduta negligente da mãe compreendia, em rigor, “an exercise of reasonable discretion”⁶⁷¹.

Em acréscimo, deixe-se, ainda, a nota de relevo para o litígio *Bonte v. Bonte*, em 1992, no Supremo Tribunal de New Hampshire, num caso de conduta negligente da progenitora em que o Tribunal concedeu provimento à respectiva demanda, tendo, neste

⁶⁶⁹ Sem prejuízo, igualmente, de eventuais sanções em Direito Criminal; V., neste conspecto, BONNIE STEINBOCK, *Life Before Birth, The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2011, págs. 168 a 182; SHEILA A.M. MCLEAN, *Autonomy, Consent and The Law*, ob. cit., págs. 134 e 135; EMILY JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, ob. cit., págs. 147 a 151.

⁶⁷⁰ Cfr. *Stallman v. Youngquist* 125 Ill. 2d 267, 531 N.E.2d. 355 (1988); DEBORAH CARROLL, *Stallman v. Youngquist: The Illinois Supreme Court Rejects Maternal Civil Liability*, in *DePaul Law Review*, Vol. 39, 1989, págs. 199 a 228.

⁶⁷¹ Cfr. *Grodin v. Grodin*, 102 Mich.App. 396, 301 N.W.2d 869 (1980); A este propósito, o Tribunal chama à intervenção o litígio *Plumley v. Klein*, 388 Mich. 1, 8, 199 N.W.2d 169 (1972), que entendeu que, nos domínios do *tort law*, deve ser rejeitada a tese de “*parental immunity*” em relação a danos causados aos *filhos*, com excepção feita a duas circunstâncias específicas: “where the alleged negligent act involves an exercise of reasonable parental authority over the child; and (...) where the alleged negligent act involves an exercise of reasonable parental discretion with respect to the provision of food, clothing, housing, medical and dental services, and other care.”; ROSAMUND SCOTT, *Rights, Duties and The Body, Law and Ethics of The Maternal-Fetal Conflict*, ob. cit., págs. 298 e 299, considera que a posição do Tribunal “does not appear concerned with the issues of principle or policy underlying the imposition of a maternal duty of care”.

passo, afirmado que, “(...) a child born alive has a cause of action against his or her mother for the mother’s negligence that caused injury to the child when in utero.”⁶⁷².

Finalmente, em *National Casualty Company v. Northern Trust Bank of Florida*, em 2001, o Tribunal de Apelação da Florida, no âmbito de lesões pré-natais resultantes de acidente de viação, decidiu de modo favorável, no sentido de que, a este respeito, “there is no public policy against finding a cause of action (...) against the mother for (...) negligence”, acrescentando, também, que, “there is no invasion of the mother’s decision-making relating to any privacy issue, nor is there any violation of the mother’s right to decision-making relating to her health as well as the fetus.”⁶⁷³.

Aqui chegados, em sede já de acções de *wrongful death*, cumpre referir que a jurisprudência dos EUA apresenta algumas divergências, sobretudo, no que respeita aos critérios que determinam a sua respectiva aplicação⁶⁷⁴.

Com efeito, na maioria dos Estados, autoriza-se o ressarcimento aos progenitores de danos resultantes da *morte* do nascituro, conquanto que as lesões tenham ocorrido depois do período de *viabilidade* fetal⁶⁷⁵. Por outro lado, noutros casos, exige-se que a criança tenha *nascido viva*, ainda que tenha acabado, depois, por falecer⁶⁷⁶. Em seu turno, num plano minoritário, o decisão é julgada procedente *sempre* que figure morte fetal, *in utero* ou após o nascimento⁶⁷⁷.

Na verdade, nas palavras de John Seymour, as acções de *wrongful death*, “provide that if the death of a person has been caused by the wrongful act of another and the deceased would have been able to bring an action if death had not ensued, an action for damages can be brought by the deceased’s beneficiaries. The primary purpose of the legislation is to give compensation to the members of the family who might have expected to receive support from the deceased had he or she lived.”⁶⁷⁸.

⁶⁷² Cfr. *Bonte v. Bonte*, 616 A 2d 464 (NH 1992).

⁶⁷³ Cfr. *National Casualty Company v. Northern Trust Bank of Florida*, 807 So.2d 86 (FL 2002); para mais desenvolvimentos nesta temática, JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 156 a 166 e 282 a 293; MOSES COOK, *From Conception Until Birth: Exploring The Maternal Duty to Protect Fetal Health*, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 80, n.º4, 2002, págs. 1307 a 1318; SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, *ob. cit.*, págs. 23 a 26; BONNIE STEINBOCK, *Life Before Birth, The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, *ob. cit.*, págs. 116 a 118.

⁶⁷⁴ Em regra, estabelecido mediante regulamentação legal ou “Statute”, uma vez que não figura *per se* no Direito da *Common Law*.

⁶⁷⁵ Cfr. v.g., Distrito de Columbia, Massachusetts, North Carolina, Minnesota, Washington e Mississippi.

⁶⁷⁶ Cfr. v.g., Nova Iorque, Califórnia, Texas, New Jersey, Florida e Nebraska.

⁶⁷⁷ Cfr. Geórgia, Missouri, South Dakota e West Virginia; neste passo, JONATHAN DYER STANLEY, *Fetal Surgery and Wrongful Death Action on Behalf of The Unborn: An Argument for a Special Standard*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 56, n.º5, 2003, págs. 1537 e 1538.

⁶⁷⁸ In JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, pág. 102.

Por outro lado, Bonnie Steinbock destaca, outrossim, a este propósito, que, “the duty of care is to the deceased, but the damages are measured by the loss suffered by the survivors.”⁶⁷⁹.

Neste contexto, importa referir *J. Vaillancourt v. Medical Center Hospital of Vermont, Inc.*, em 1980, no Supremo Tribunal de Vermont, numa situação de negligência do médico obstetra no âmbito do parto de uma gravidez de risco, que determinou, em sequência, a respectiva perda fetal. Com efeito, o Tribunal julgou procedente a acção, concedendo indemnização à progenitora por danos morais⁶⁸⁰.

De facto, a sentença ditou que, “If a child, injured when a viable fetus as a result of another’s negligence, has a cause of action when born, then it can make no difference in liability whether death occurs just prior to or just after birth”, avançando, também, que, “where negligent acts produce a stillbirth and a right of action is denied”, tal revela-se, certamente, inadequado, porquanto, “if a doctor acted negligently while delivering a baby and it died, the doctor would be immune from lawsuit. However, if he badly injured the child, the doctor would be exposed to liability.”⁶⁸¹.

Neste passo, enuncie-se, ainda, o litígio *Greater Southeast Community Hospital v. Williams*, no Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, em 1984, que compreende uma circunstância de nado-morto, em virtude de lesões pré-natais ocorridas após o período de viabilidade fetal, e cuja respectiva decisão foi julgada procedente⁶⁸².

De facto, ante o exposto, verifica-se que o Ordenamento Jurídico dos EUA tem acolhido as acções de *wrongful death*, concebendo, desta feita, uma tutela jurídica dos

⁶⁷⁹ In BONNIE STEINBOCK, *Life Before Birth, The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, ob. cit., pág. 121.

⁶⁸⁰ De facto, se a legislação em sede de *wrongful death* consagra, em regra, apenas danos patrimoniais, no âmbito de morte fetal, em alguns Estados tem sido, em rigor, autorizado, igualmente, o ressarcimento de danos não patrimoniais; Cfr., neste sentido, *Johnson v. Superior Court of L. A. County*, 177 Cal. Rptr. 63, 65 (Cal. App. Ct. 1981); *Johnson v. Ruark Obstetrics & Gynecology Associates*, 395 S.E.2d 85 (N.C. 1990); ERICA RICHARDS, *Loss of Potential Parenthood as a Statutory Solution to the Conflict Between Wrongful Death Remedies and Roe v. Wade*, in *Washington and Lee Law Review*, Vol. 63, n.º2, 2006, págs. 815 a 820; SHERYL ANNE SYMONDS, *Wrongful Death of The Fetus: Viability Is Not a Viable Distinction*, in *University of Puget Sound Law Review*, Vol. 8, n.º 103, 1984, págs. 112 a 114; JONATHAN DYER STANLEY, *Fetal Surgery and Wrongful Death Action on Behalf of The Unborn: An Argument for a Special Standard*, in *Vanderbilt Law Review*, ob. cit., págs. 1531 e 1532.

⁶⁸¹ Cfr. *J. Vaillancourt v. Medical Center Hospital of Vermont, Inc.*, Vt. 138, 425 A.2d 92 (1980); neste sentido, *Kwaterski v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 34 Wis. 2d 14, 15, 22, 148 N.W.2d 107 (1967), cuja decisão, noutra contexto, já antes se havia pronunciado, no sentido de que seria incorrecto que, “an unborn child who was badly injured by the tortuous acts of another, but who was born alive, could recover while an unborn child, who was more severely injured and died as the result of the tortuous acts of another, could recover nothing.”

⁶⁸² Cfr. *Greater Southeast Community Hospital v. Williams*, 482 A.2d 394 (D.C. App. 1984); também em sede de litigância no palco médico, *Amadio v. Levin*, 501 A.2d 1085 (Pa. 1985), no Supremo Tribunal de Pennsylvania; *Werling v. Sandy*, 17 Ohio St. 3d 45 (1985); *Krishnan v. Sepulveda*, 916 S.W.2d 478, 480-81 (Tex. 1995).

interesses do feto, extensível, as mais das vezes, a circunstâncias de nado-morto, e com fundamento num *duty of care* do médico (lesante), cuja ofensa determina a aferição de responsabilidade civil⁶⁸³.

2.2. Reino Unido

No Direito Inglês, no terreno das acções de *prenatal injury*, rege o *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, de 22 de Julho de 1976, que veio estabelecer o regime jurídico de responsabilidade civil por lesões pré-natais em relação a crianças nascidas (vivas) com deficiências, em virtude de actos (ou circunstâncias) ocorridos em período pré-concepcional, na gravidez ou durante o seu nascimento.

Com efeito, a Secção 1 (1), do *Congenital Disabilities Act*, indica que, “If a child is born disabled as the result of such an occurrence before its birth (...) and a person (other than the child’s own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child’s disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.”⁶⁸⁴.

De facto, nos termos prefigurados no diploma em apreço, o eventual apuramento de responsabilidade civil por lesões pré-natais supõe, desde logo, o nascimento com vida da criança.

⁶⁸³ Não obstante, em específicas circunstâncias, as acções têm sido rejeitadas em alguns Estados, justamente, porque, em face do critério “born alive”, se exige que o nascituro nasça com vida, ainda que venha a falecer; *Giardina v. Bennett*, 545 A.2d 139, 140-43 (N.J. 1988), no Supremo Tribunal de New Jersey, *Milton v. Cary Medical Center* 538 A.2d 252, 256 (Me. 1988), no Supremo Tribunal de Maine; BONNIE STEINBOCK, *Life Before Birth, The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, *ob. cit.*, págs. 122 e ss., refere, inclusive, que alguns Tribunais entendem que a aplicação das acções de *wrongful death* ao contexto fetal poderá ter implicações no plano do direito ao aborto, uma vez que, de um lado, se permite à mulher “the constitutional right to abort and yet hold a third party liable to the fetus for merely negligent acts.”. Todavia, na sua óptica, considera que o direito da mulher à realização de um aborto é compatível “with recognizing her right to be compensated when a wanted pregnancy is negligently terminated.”; JONATHAN DYER STANLEY, *Fetal Surgery and Wrongful Death Action on Behalf of The Unborn: An Argument for a Special Standard*, in *Vanderbilt Law Review*, *ob. cit.*, págs. 1540 e ss., que refere que, no que concerne a acções de *wrongful death*, sobretudo, de fetos não viáveis, alguma doutrina tem defendido que tal “begins to establish fetal constitutional rights” que podem prevalecer sobre o *direito de privacy* da grávida, designadamente, em sede de interrupção da gravidez, atento, também, o caso *Roe v. Wade*; ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort*, *ob. cit.*, pág. 31, defende que, em circunstâncias de recusa de tratamento médico que tenha, portanto, determinado perda fetal ou nado-morto, “no wrongful death action will lie (since the woman who had caused the death would be the beneficiary of such an action).”; V., para mais desenvolvimentos, JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 102 a 106; ERICA RICHARDS, *Loss of Potential Parenthood as a Statutory Solution to the Conflict Between Wrongful Death Remedies and Roe v. Wade*, in *Washington and Lee Law Review*, *ob. cit.*, págs. 813 e ss.

⁶⁸⁴ Cfr. www.legislation.gov.uk.

Em rigor, tal posição adoptada pelo legislador acompanha, igualmente, o traçado apregoadado no palco doutrinário e jurisprudencial, nos termos do qual, o nascituro não tem personalidade jurídica antes do respectivo nascimento com vida⁶⁸⁵.

A este propósito, cumpre destacar o litígio *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, em que Sir G. Baker refere, expressamente, que, “The foetus cannot, in English Law, (...) have a right of its own at least until it is born and has a separate existence from its mother.”⁶⁸⁶.

Por outro lado, a Secção 1 (2), do *Congenital Disabilities Act*, plasma que, “An occurrence to which this section applies is one which (a) affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child; or (b) affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present”, projectando, assim, a sua eficácia jurídica, em sede de responsabilidade civil por lesões pré-natais, à fase *pré-concepcional, gravidez e parto*⁶⁸⁷.

Neste seguimento, a Secção 1 (3), do *Congenital Disabilities Act*, consagra que a responsabilidade civil do lesante resulta, necessariamente, da violação de um “legal duty” em relação a, pelo menos, um dos progenitores, e que tenha, desta feita, conduzido ao nascimento da criança com deficiências⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 369, que defendem que, “although fetal interests may be established while in utero – or even before conception – they cannot be realised unless the fetus is born alive and attains an existence separate from that of its mother”; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, pág. 722, que destaca que, “the injuries are sustained immediately after birth, when the child becomes a legal person (...)”; SHEENA MEREDITH, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, *ob. cit.*, págs. 142 e ss.; ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort*, *ob. cit.*, pág. 9, que dita que, “where a child is born with injuries inflicted on him while in the womb, the injury is or is deemed to be sustained by him at the moment of his birth and not before, since prior to birth he had no legal personality.”

⁶⁸⁶ Cfr. *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] QB 276; também, relativamente a nascimentos antes do *Congenital Disabilities Act*, e, portanto, ao abrigo do Direito da *Common Law*, *Burton v. Islington Health Authority* e *De Martel v. Merton and Sutton Health Authority* [1993] QB 204, que foram julgados de forma conjunta, no Tribunal de Apelação. Na verdade, o primeiro litígio corresponde a uma situação de lesões pré-natais resultantes de conduta negligente do médico que realizou um procedimento de curetagem às 5 semanas de gravidez. Já o segundo, trata-se, *rectius*, de negligência no âmbito do respectivo parto. A decisão judicial, fazendo menção, designadamente, à jurisprudência do Canadá, indicou que, “But as the child could not (...) acquire rights (...) to a duty until it became by birth a living person, and as it was not until then that it could sustain injuries as a living person, it was, we think, at that stage that the duty arising out of the relationship was attached to the defendant”.

⁶⁸⁷ Cfr., todavia, a excepção prevista no âmbito pré-concepcional, ditada pela Secção 1 (4) do *Congenital Disabilities Act*, “In the case of an occurrence preceding the time of conception, the defendant is not answerable to the child if at that time either or both of the parents knew the risk of their child being born disabled (that is to say, the particular risk created by the occurrence); but should it be the child’s father who is the defendant, this subsection does not apply if he knew of the risk and the mother did not.”

⁶⁸⁸ Cfr. Secção 1 (3), do *Congenital Disabilities Act*, “Subject to the following subsections, a person (here referred to as “the defendant”) is answerable to the child if he was liable in tort to the parent or would, if

Em rigor, o legislador pretendeu, aqui, descartar as situações de responsabilidade de terceiro (médico) quando a respectiva anomalia congénita resulte de actuação dos progenitores, como, *v.g.*, as circunstâncias em que a gestante (casal) recusa um procedimento clínico ou cirúrgico que poderia ser eficaz no tratamento ou prevenção de certa patologia fetal⁶⁸⁹.

Isto posto, refira-se que a jurisprudência tem, em regra, acolhido a pretensão das criança por lesões pré-natais, importando aqui, destacar, no âmbito dos cuidados de saúde reprodutiva, *Wisniewski v. Central Manchester Health Authority*⁶⁹⁰.

Por outro lado, no que concerne já a acções de *prenatal injury* remetidas contra a progenitora em virtude de conduta negligente durante a gestação, o *Congenital*

sued in due time, have been so; and it is no answer that there could not have been such liability because the parent suffered no actionable injury, if there was a breach of legal duty which, accompanied by injury, would have given rise to the liability.”; ainda, Secção 1 (6) no que tange a um contexto de *volenti non fit injuria*, www.legislation.gov.uk.

⁶⁸⁹ Cfr. JO SAMANTHA & ASH SAMANTHA, *Medical Law*, *ob. cit.*, págs. 208 e 209, considerando as situações de recusa por parte da grávida de cesariana de emergência, apesar de informada pelo médico dos competentes riscos de lesões fetais. De facto, “This is because the duty would have been discharged by the health-care advisor, and no cause of action can be brought against the mother”; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, pág. 244, destaca que, “(...) where antenatal or perinatal negligence has caused harm to a child, a doctor or midwife is liable to the child only if the practitioner breached a duty of care owed to the pregnant woman. The resulting cause of action is thus derivative.”.

⁶⁹⁰ Cfr. *Wisniewski v. Central Manchester Health Authority* EWCA Civ 596 [1998] Lloyd's Rep Med 223, num caso de conduta negligente de “midwife” em fase perinatal; neste contexto, ainda, *Murphy v. Wirral Health Authority* [1996] 7 Med LR 99; Na Commonwealth, em acções de *prenatal injury*, *latu sensu*, no Canadá, *Duval v. Seguin*, [1973] 40 DLR 3d 666, no *High Court* de Ontário, nos termos do qual, em sede de lesões pré-natais causadas *in utero*, “the damages sued for are the damages suffered by the plaintiff (...) since birth”; no palco médico, *Robinson v. Dick*, (1986) 6 BCLR2d 33, numa circunstância em que foi realizado parto normal ao invés de cesariana, vindo a nascer uma criança com deficiências; *Cherry v. Borsman*, (1990) 75 DLR (4th) 668 (SC), (1992) 94 DLR (4th) 487 (CA), numa interrupção de gravidez mal sucedida, que implicou lesões na criança, cuja decisão judicial determinou que, “A foetus, whatever its state of development is recognized as a person in the full sense only after birth”, pelo que, nas hipóteses de *prenatal injury*, “a foetus would have no rights if stillborn. Only upon live birth can rights acquired during gestation be asserted.”; *Pierre (Next Friend of) v. Marshall*, [1994] 8 wwr 478, numa gravidez em que decorreu falha quanto ao diagnóstico de patologia materna de diabetes que poderia, certamente, ter precludido um quadro de distócia de ombros, que, na sequência do parto, acabou por determinar lesões na criança; na Austrália, nota de destaque segue, desde logo, para o caso *Watt v. Rama*, [1972] VR 353, no Supremo Tribunal de Vitória, em respeito a acidente de viação, cuja sentença ditou que, “a plaintiff born with injuries caused by the pre-natal neglect of the defendant has a cause of action in negligence against him in respect of such injuries.”; também, em sede pré-concepcional, *X and Y v. Pal* (1991) 23 (NSWLR 26), no Tribunal de Apelação de New South Wales, numa circunstância de falha quanto ao rastreio de infecção da progenitora antes da concepção, tendo nascido uma criança com anomalia congénita. Neste passo, a decisão refere que, “It should be accepted that a person may be subjected to a duty of care to a child who was neither born nor conceived at the time of his careless acts or omissions such that he may be found liable in damages to that child.”; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 369 e 370; J. K. MASON, *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, *ob. cit.*, págs. 228 a 232; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 57 a 62; CAMERON STEWART, IAN KERRIDGE e MALCOLM PARKER, *The Australian Medico-Legal Handbook*, Elsevier, 2008, pág. 231.

Disabilities Act estabelece um princípio de *Maternal Immunity*, com exceção feita a acidentes de viação, nos termos prefigurados na Secção 2⁶⁹¹.

Destarte, nas circunstâncias em que a mulher, ao conduzir um veículo a motor, grávida e ciente de tal estado, “is to be regarded as being under the same duty to take care for the safety of her unborn child as the law imposes on her with respect to the safety of other people”. Neste conspecto, “if in consequence of her breach of that duty her child is born with disabilities which would non otherwise have been present, those disabilities are to be regarded as damage resulting from her wrongful act and actionable accordingly at the suit of the child.”⁶⁹².

A este propósito, J.K. Mason e G.T. Laurie consideram que, na base da Secção 2, do *Congenital Disabilities Act*, residem, sobretudo, fundamentos de “policy grounds” e “availability of insurance”⁶⁹³. Na verdade, Emily Jackson entende, outrossim, que, “The reason for the driving exception to maternal immunity is that compulsory road traffic insurance means that the pregnant woman will *benefit* from her own liability.”. Por conseguinte, “Damages would be paid *by her insurance company* to her child which will, in practice, assist *her* in caring for her disabled child.”⁶⁹⁴.

Neste sentido, o Ordenamento Jurídico Inglês, ao consagrar, em regra, um estatuto de imunidade da progenitora no âmbito de acções de responsabilidade civil por lesões pré-natais, afigura-se em plena concordância com o direito de autodeterminação nos cuidados de saúde reprodutiva, *maxime*, em sede de recusa de tratamento médico ou intervenção cirúrgica, destinados a tratar ou evitar certa patologia fetal, a par com o respeito pela reserva da intimidade privada⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Cfr. Secção 1 (1), do *Congenital Disabilities Act*.

⁶⁹² Cfr. www.legislation.gov.uk.

⁶⁹³ Cfr. J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 372.

⁶⁹⁴ In EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, *ob. cit.*, pág. 725, que destaca, no entanto, que pode ser, como tal, determinado, ao abrigo do *Congenital Disabilities Act*, o apuramento de responsabilidade civil contra o progenitor, *maxime*, em circunstâncias de agressão e, portanto, lesão da integridade física da grávida, nos termos da qual, venha a nascer uma criança com deficiências.

⁶⁹⁵ Neste passo, ao abrigo da Secção 1 (1) e 2, do *Congenital Disabilities Act*, não terão lugar, em princípio, acções de *prenatal injury*, *v.g.*, no âmbito de situações de toxicodependência da progenitora que tenham, desta feita, conduzido a anomalia congénita; Cfr. MARGARET BRAZIER & EMMA CAVE, *Medicine, Patients and The Law*, *ob. cit.*, págs. 333 e 334, que consideram que, “(...) potential liability for foetal injury would in practice constitute a significant invasion of pregnant women’s liberty and privacy. The threat of possible redress by the child could be used by partners and doctors to impose their judgment of foetal welfare.”; No Direito da *Common Law*, designadamente, *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G* [1997] 3 S.C.R. 925, no Supremo Tribunal do Canadá, em que foi julgada improcedente a aplicação de procedimento sancionatório aos 5 meses de gestação num caso de toxicodependência. O Tribunal ditou que, “It is only after birth that the fetus assumes a separate personality.”, sendo que “recognizing a duty of care owed by a mother to her child for negligent prenatal behaviour may create a conflict between the pregnant woman as an autonomous decision-maker and her fetus. (...) The potential for intrusions on a woman’s right to make choices concerning herself is

Por sua vez, no que tange às acções de *wrongful fetal death*, o *Congenital Disabilities Act* veda, por completo, a sua procedência, já que, nos moldes taxados pela Secção 1 (1), se exige o nascimento com vida da criança portadora de deficiências.

Destarte, não é, como tal, permitido aos progenitores intentar uma acção em representação legal do nascituro, para efeitos de indemnização de danos resultantes da sua morte, *in utero* ou no parto, e tendo por base, neste passo, a violação de um *duty of care* em fase pré-natal⁶⁹⁶.

3. O Ordenamento Jurídico Português

No Direito Português, cumpre, desde logo, proceder a um estudo que tome em apreço o regime legal de aquisição de personalidade jurídica e o estatuto jurídico do nascituro e, outrossim, a responsabilidade civil por violação da integridade física ou vida da mulher, e, portanto, de acções de *wrongful injury* ou *wrongful death*, e por lesões pré-natais, no que concerne a *prenatal injury* ou *wrongful fetal death*.

considerable.”; no plano de acções de *prenatal injury*, em *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. 753, numa circunstância de acidente de viação por conduta negligente da grávida, tendo nascido uma criança com lesões cerebrais. Neste conspecto, o Tribunal decidiu de modo favorável em relação à progenitora, considerando que, “The imposition of a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child cannot be characterized as the simple application of existing tort rules to meet the requirements of a specific case. Rather, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women”; em sentido distinto, refira-se, na Austrália, o litígio *Lynch v. Lynch* (1991) 25 NSWLR 411, no Tribunal de Apelação de New South Wales, que corresponde a um acidente de viação, que determinou o nascimento de uma criança com deficiências. O Tribunal julgou procedente a demanda em sede de *prenatal injury*, pelo que a respectiva indemnização seria, destarte, concedida pela companhia de seguros. Por outro lado, apesar de não figurar, em termos gerais, um princípio de *Maternal Immunity*, o Tribunal não se pronunciou quanto a eventuais acções de *prenatal injury* por conduta negligente da progenitora, designadamente, noutros contextos; ainda, em *Bowditch v. McEwan* (2002) 36 MVR 235, no Tribunal de Apelação de Queensland, numa circunstância de acidente de viação, tendo o competente Aresto determinado que decorreu uma violação do *duty of care* da progenitora em relação ao nascituro; V., para mais desenvolvimentos, KATE WELLINGTON, *Maternal Liability for Prenatal Injury: The Preferable Approach for Australian Law?*, in *Tort Law Review*, Vol. 18, n.º2, Julho de 2010, págs. 89 a 101; JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 281 a 297; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, págs. 372 e 373.

⁶⁹⁶ Cfr. Secção 4 (4), do *Congenital Disabilities Act*, que determina que “no damages shall be recoverable under any of those sections in respect of any loss of expectation of life, (...) unless (...) the child lives for at least 48 hours”; Por conseguinte, mesmo em sede do *Fatal Accidents Act*, de 1976, será, invariavelmente, descartado o ressarcimento dos progenitores em face de nado-morto, justamente, porque não chega a ocorrer o nascimento com vida e, depois, a respectiva morte; J. K. MASON e G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, *ob. cit.*, pág. 370, que referem que, “No suit for wrongful fetal death is recognisable in the United Kingdom”, pelo que, neste passo, apenas terá lugar a indemnização em sede *prenatal injury*; ANDREW GRUBB e JUDITH LAING, *Principles of Medical Law*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2004, pág. 850, que ditam que, no Direito Inglês, “where a child is stillborn there is no liability under statute to anyone”; neste sentido, no Direito Inglês, ROSAMUND SCOTT, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort*, *ob. cit.*, pág. 8; no Canadá e Austrália, JOHN SEYMOUR, *Childbirth and The Law*, *ob. cit.*, págs. 116 a 121.

3.1. Personalidade Jurídica

Na verdade, a personalidade jurídica consubstancia-se, em rigor, na *aptidão* do indivíduo para ser titular de Direitos e Obrigações⁶⁹⁷.

A este respeito, o art.º 66.º, do Código Civil, dita que, “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”.

Destarte, nos termos prefigurados pelo legislador, o nascituro não tem personalidade jurídica antes do respectivo nascimento *completo* e *com vida*, pelo que só a partir daqui poderá ser titular de Direitos e Obrigações.

Ora, no âmbito do Direito Civil, perfilhamos do entendimento traçado pela doutrina maioritária que defende que o nascimento *completo* supõe, desde logo, a separação total do ventre materno e o corte do cordão umbilical.

De facto, tratam-se, aqui, de dois requisitos de aplicação *cumulativa* que permitem maior “certeza jurídica” e “segurança” quanto ao apuramento do *terminus* do nascimento em sede de parto normal e de cesariana⁶⁹⁸.

Por outro lado, o Código Civil determina, ainda, o nascimento *com vida*, cabendo, aqui, naturalmente, os casos de crianças com anomalia congénita e/ou que venham, de imediato, a falecer⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, págs. 193 e 194, considerando que a personalidade jurídica constitui uma “exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos.”; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, pág. 357, que define personalidade jurídica enquanto “qualidade de destinatário de normas jurídicas”; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª Edição, Almedina, 2012, pág. 33, “sujeito de direitos e obrigações ou de situações jurídicas.”.

⁶⁹⁸ De facto, considerar apenas o critério da separação do ventre materno poderia levantar questões, sobretudo, no âmbito do parto com cesariana, em que não decorre, efectivamente, um processo expulsivo; neste passo, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 249; TIAGO FIGO FREITAS, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal. O Conceito de Pessoa Revisitado*, FDUC, Coimbra, 2011, pág. 13; em sentido contrário, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 5ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, 2009, pág. 295, que entende que “o nascimento é completo no momento em que o feto se separou inteiramente do corpo da mãe”, pelo que tal “não significa que também o cordão umbilical deve estar cortado.”; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, pág. 363, defende que se, em rigor, o nascimento só possa considerar-se *completo* com o corte do cordão umbilical, a verdade é que, as mais das vezes, na prática clínica, o mesmo só é efectuado na sequência da expulsão da placenta. Desta feita, considera “inadequada” a referência do legislador à expressão “nascimento completo”.

⁶⁹⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, pág. 362, que considera que o legislador não exige qualquer *viabilidade* em relação à vida da criança após o nascimento. Ademais, ao invés do Código Seabra, é, igualmente, rejeitado o pressuposto de “figura humana”; neste sentido, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, págs. 201 e 202; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 5ª Edição, Universidade Católica, 2010, págs. 199 a 201.

Neste contexto, legue-se, ainda, a nota de relevo de que, no palco Criminal, Figueiredo Dias entende que, para efeitos do Crime de Homicídio previsto no art.º 131.º, do Código Penal, deve considerar-se a existência de *vida* com o *início do nascimento*, pelo que a morte da criança no decurso do parto integra o respectivo âmbito de protecção da norma traçado pelo legislador⁷⁰⁰.

Com efeito, na óptica do Professor tal posição encontra arrimo, desde logo, no facto de que o crime de aborto, plasmado nos art.ºs 140.º e 141.º, do Código Penal, está circunscrito à vida intra-uterina e a condutas dolosas, pelo que, neste conspecto, teria que pesar sobre o art.º 131.º, do Código Penal, a tutela jurídico-penal de tipos de ilícito praticados, designadamente, em sede do nascimento⁷⁰¹.

Pela nossa parte, cremos que, em Direito Penal, a solução terá que passar, desde logo, pela criação de um tipo legal de crime de *aborto negligente*, tal-qualmente, aliás, sucede no Ordenamento Jurídico Espanhol⁷⁰².

Em seu turno, poderão, neste apartado, verter-se aos domínios do Direito Penal, os ditames estabelecidos pelo art.º 66.º, do Código Civil, em concreto, no que concerne ao nascimento completo e com vida, de forma a delimitar, em rigor, a circunstâncias de vida humana intra-uterina da vida *per se*, ou seja, de pessoa nascida.⁷⁰³

Aqui chegados, cumpre destacar, ainda, que, ao abrigo do art.º 66.º, n.º2, do Código Civil, os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem, como tal, do respectivo nascimento, que opera, em certo passo, como *condição suspensiva* da personalidade jurídica.

⁷⁰⁰ Cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do Art.º 131.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, *ob. cit.*, págs. 7 a 9, que reconduz o nascimento, em concreto, ao trabalho de parto já em fase de período expulsivo ou, caso seja, ao início do procedimento cirúrgico para execução de cesariana.

⁷⁰¹ Cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do Art.º 131.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, *ob. cit.*, págs. 8 e 9, destacando, por sua vez, o art.º 136.º, do Código Penal, cujo teor literal remete para o momento do parto, e, como tal, antes do nascimento estar completo; J. M. DAMIÃO DA CUNHA, Art.º 140.º, do Código Penal, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, *ob. cit.*, pág. 231, quanto ao tipo subjectivo doloso do crime de aborto.

⁷⁰² Cfr. Art.º 146.º, do Código Penal Espanhol. De facto, a tipificação de um crime de aborto resultante de conduta negligente poderia estender-se não apenas à gestação, mas também ao momento do parto.

⁷⁰³ De facto, não se afigura acertado conferir ao nascituro, *tout court*, um *direito à vida*, cuja violação seja, desta feita, punível nos termos do art.º 131.º, do Código Penal, e justamente quando o processo de nascimento não se encontra, ainda, completo; Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 250, que o critério consagrado pelo Direito Civil, no âmbito do art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, deve aplicar-se ao Direito Penal, não apenas em respeito ao princípio de unidade do sistema jurídico, mas também porque preclui uma “interpretação extensiva do conceito de “pessoa”” ao nascituro, tendo por base apenas um “mero interesse punitivo”.

Neste cenário, indique-se, v.g., o art.º 952.º, do Código Civil, em sede de *doação a nascituros*, art.º 2033.º, n.º2, al. a), do Código Civil, a respeito da *capacidade sucessória*, e art.º 2240.º, do Código Civil, no que tange à *administração da herança ou legado a favor de nascituro*.

3.2. O Estatuto Jurídico do Nascituro

Na verdade, o art.º 66.º, n.º2, do Código Civil, acaba, em certo passo, por remeter direitos ao nascituro, que, em rigor, ainda não tem personalidade jurídica.

A este propósito, cumpre referir que a posição da doutrina em sede do estatuto jurídico do nascituro *concebido* tem apresentado fortes divergências⁷⁰⁴.

Com efeito, uma parte da doutrina adota a *tese dos direitos sem sujeito*, no pressuposto de que os direitos que são atribuídos ao nascituro não têm sujeito ou *titular* até ao respectivo nascimento. Neste conspecto, indique-se o caso de doação de bens, que, de um lado, não pertencem já ao doador, e cuja titularidade não corresponde, ainda, ao nascituro⁷⁰⁵.

Em seu turno, pode, ainda, indicar-se a *tese dos estados de vinculação*, que, arrancando do entendimento de que a relação jurídica supõe, no plano activo, um *poder*, e no terreno passivo, uma *vinculação*, os bens conferidos ao nascituro, estariam, em certo passo, *reservados* ou *vinculados*, sob tutela jurídica, até à emergência do seu respectivo titular⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Cfr. TIAGO FIGO FREITAS, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal. O Conceito de Pessoa Revisitado*, ob. cit., págs. 43 a 46; STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Reimpressão da Edição de Setembro de 2007, Almedina, 2011, págs. 230 a 233.

⁷⁰⁵ Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, ob. cit., pág. 205, destaca, no entanto, que a circunstância de *direitos sem sujeito* é, na verdade, temporária, já que, em face do nascimento, e uma vez com personalidade jurídica, o nascituro adquire a titularidade dos mesmos. Por outro lado, nas hipóteses de nado-morto, os direitos serão reconduzidos nos termos apreçados pelo legislador. Em acréscimo, até ao respectivo nascimento, o autor indica, ainda, v.g., o caso do usufruto pelo doador dos bens doados, conforme dita o art.º 952.º, n.º2, do Código Civil, atento, bem assim, o art.º 1446.º, do Código Civil; neste passo, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, (1978-1979), Lisboa, AAFDL, 1995, págs. 116 e ss. e 156 e ss., defende, igualmente, que o nascituro não tem personalidade jurídica até ao nascimento, pelo que os respectivos direitos, v.g., em sede de doação ou herança são, neste passo, *direitos sem sujeito*; GALVÃO TELLES, *Sucessões, Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, págs. 32 a 34, e nota de rodapé 19; *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10ª Edição, Coimbra Editora, 2010, págs. 165 a 167, que perfilha do entendimento propugnado pela doutrina no âmbito da tese dos *direitos sem sujeito*. Doutro passo, defende que, embora não tenha personalidade jurídica, merece, ainda assim, a tutela do direito, desde logo, até ao nascimento, na medida em que se trata de “sujeito de direito em gestação”.

⁷⁰⁶ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Sujeitos e Objecto, Reimpressão, Almedina, 1997, págs. 34 e 35; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., págs. 196 a 203, que destaca, neste apartado, a posição de Enneccerus-Lehmann,

Neste espaço, importa referir, outrossim, a *tese da personalidade fictícia*, nos termos da qual, se admite uma personalidade jurídica *fictícia* ou *presumida* do nascituro, cuja consolidação apenas se verifica no momento do nascimento⁷⁰⁷.

Por outro lado, no que concerne à *tese da obnubilação de sujeitos*, defende-se que o sujeito ou titular dos respectivos direitos está, na verdade, indeterminado até ao nascimento⁷⁰⁸.

Em acréscimo, legue-se, também, a *tese da personalidade retroactiva*, que segue no pressuposto de que, em face do nascimento e, portanto, com a aquisição de personalidade jurídica, esta recua, de modo *retroactivo*, ao momento em que foram estabelecidos os respectivos direitos, v.g., na doação ou herança⁷⁰⁹.

Neste passo, cumpre, ainda, enunciar a *tese da expectativa de aquisição de direitos*, em que o nascituro terá, desta feita, uma *expectativa jurídica* quanto à titularidade de um *direito em formação*, que vem a desembocar num direito subjectivo aquando do nascimento *completo e com vida*⁷¹⁰.

considerando, também, que, na relação jurídica, “tem de haver sujeito do poder e sujeito da obrigação”, pelo que, atendendo a que não figura, aqui, um sujeito, considera adequada a tese dos estados de vinculação “juridicamente tutelados” dos bens, em face de um eventual “direito futuro”.

⁷⁰⁷ Cfr. ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 14ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, págs. 143 e 144, que defende, bem assim, a aplicação da tese em apreço ao instituto da Ausência.

⁷⁰⁸ Cfr. PAULO CUNHA *apud* CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 127 e 128, nota de rodapé 1.

⁷⁰⁹ Cfr. JOSÉ DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lições ao Curso de 1956-1957 da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, 1958, págs. 40 e ss.; *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª Edição, Lisboa, 1992, pág. 14, que entende, inclusive, que pode ser reconhecida, desde logo, ao nascituro *capacidade jurídica* para certos direitos, como, v.g., em sede de doação e testamento, embora a competente titularidade dependa, *rectius*, do seu nascimento; CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4ª Edição, Almedina, 1995, págs. 256 e 257.

⁷¹⁰ Cfr. ANTUNES VARELA, *A Condição Jurídica do Embrião Humano Perante o Direito Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Almedina, 2000, págs. 625 a 627, que considera, aqui, os *direitos de expectativa*, no sentido de que já foram cumpridos “alguns pressupostos da sua criação e haja um grau bastante de probabilidade de consumação dos restantes pressupostos da sua existência”. Ademais, refere, ainda, que, nestas circunstâncias, ocorre, na verdade, “uma aquisição escalonada de poderes (...) que caracterizam o direito subjectivo para cuja constituição tende a expectativa ou direito de expectativa.”; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição de 1987, Colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2010, págs. 101 e 102; *Código Civil Anotado*, Vol. VI, Reimpressão da Edição de 1998, Coimbra Editora, 2011, págs. 34 e 35 e 380 a 382, a propósito da “*expectativa de futuro chamamento*” do nascituro, e já de “*direito ao chamamento*”, no nascimento completo e com vida; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, *ob. cit.*, págs. 49 e 50, embora considere, regra geral, a *teoria da expectativa de aquisição de direitos*, defende que, nos casos das doações e sucessões a nascituro, se trata, na verdade, já de um direito “*morfologicamente formado*” e, portanto, em reserva ou “*sub conditione*” do respectivo nascimento ou, *rectius*, da determinação do seu titular; *Para uma Teoria da Pessoa Humana (Reflexões Para uma Desmitificação Necessária)*, in *O Homem e o Tempo, Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, (Coordenação de J.A. Pinto Ribeiro), Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, págs. 535 e ss.; CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, *ob. cit.*, págs. 255 e ss., refere que, “os bens deixados aos nascituros”, no palco sucessório, “*ficam-lhes reservados (...)* na expectativa de que venham a nascer”.

Aqui chegados, toma relevo premente efectuar uma análise da orientação doutrinal que propugna que o nascituro tem, de facto, *personalidade jurídica*.

Com efeito, Menezes Cordeiro reconhece, desde logo, entraves ao traçado prefigurado no art.º 66.º, do Código Civil, no que tange à aferição do *início da personalidade*. Por conseguinte, defende que, nos termos do art.º 24.º, da CRP, o nascituro tem, em rigor, *direito à vida*, pelo que, desta feita, “é uma pessoa desde a concepção”⁷¹¹.

Em seu turno, Pais de Vasconcelos entende, outrossim, que o nascituro *concebido* é um ser humano com vida, tendo, assim, personalidade jurídica desde a respectiva concepção.

Ademais, reconduz o traçado do art.º 66.º, do Código Civil, à *capacidade de gozo* do nascituro, circunscrita, no entanto, aos direitos de personalidade e, doutro passo, aos respectivos direitos patrimoniais conferidos pelo legislador, até ao momento do nascimento.

Ora, no caso de nascimento com *vida*, a capacidade de gozo acaba, apenas, por conhecer um *alargamento* do seu espectro de actuação, pelo que, tratando-se já de uma circunstância de perda fetal ou nado-morto, “a morte extingue a personalidade”, nos termos, aliás, laminados no art.º 68.º, do Código Civil, embora aqui aplicável retroactivamente⁷¹².

Por outro lado, destaque-se, também, a posição de Diogo Leite de Campos e Stela Barbas, que entendem que o nascituro tem *direito à vida*, pelo que é pessoa humana desde a *concepção*. A este propósito, consideram os autores que “*Ubi persona naturalis, ibi persona iuridica*”.

⁷¹¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, págs. 364 e 365 e 370 e 371, Por outro lado, considera que o art.º 66.º, n.º2, do Código Civil, se reporta, na verdade, à *capacidade* de gozo de *outros* direitos, em sede patrimonial, a qual “está sujeita à condição suspensiva do nascimento”; também, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 635 a 644, que defende o *direito à vida do nascituro* e a respectiva personalidade jurídica desde o momento da concepção.

⁷¹² Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, págs. 72 a 74, que, neste passo, rejeita que o nascimento constitua uma *condição suspensiva*, sendo que, já na eventualidade de nado-morto, parece caminhar no sentido de que se trata, aqui, por sua vez, de uma *condição resolutiva*, cuja eficácia jurídica é retroactiva ao momento da concepção; do mesmo autor, *Direito de Personalidade*, *ob. cit.*, págs. 104 a 118, e, em concreto, *pág. 109*, o autor considera que, na eventualidade do nascituro não chegar a nascer com vida, “é tido pela lei (artigo 66.º, n.º2) como não tendo chegado a existir. A morte pré-natal não desencadeia a sucessão. Os direitos de personalidade extinguem-se com a extinção da personalidade. Os direitos patrimoniais e outros que seriam susceptíveis de sucessão” extinguem-se por via retroactiva; Acórdão do STJ, de 3 de Abril de 2014, Relator: Álvaro Rodrigues, in *www.dgsi.pt*.

Com efeito, uma vez que o nascituro conhece, aqui, os “mesmos direitos” que a pessoa nascida, deverá ser rejeitado, por completo, “o instituto jurídico do nascimento”, justamente, enquanto condição ou critério delimitador para o início de personalidade jurídica⁷¹³.

Na verdade, Stela Barbas defende que a personalidade jurídica emerge a partir da concepção, não sendo, como tal, “*fabricada, construída, produzida* pela ordem normativa”. De facto, esta apenas a reconhece como um “direito inato” que decorre da própria condição do ser humano e, bem assim, do respectivo estatuto de pessoa, o qual é aplicável ao nascituro concebido⁷¹⁴.

Em seu turno, Oliveira Ascensão, vertendo a questão no âmbito da tutela da integridade física do nascituro concebido, destaca que a posição jurisprudencial que, em regra, admite o ressarcimento por força de lesões pré-natais, faz supor, necessariamente, a existência de um *terceiro*, para efeitos de *dever de indemnizar*, aquando da prática do facto ilícito. Por conseguinte, a violação de um direito, nos termos epigrafados no art.º 483, n.º1, do Código Civil, compreende, assim, “uma personalidade contemporânea da lesão”⁷¹⁵.

⁷¹³ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS e STELA BARBAS, *O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica*, in ROA, Ano 61, Lisboa, Dezembro 2001, págs. 1259 e ss.; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXVII, 1991, págs. 160 e ss.; *O Estatuto Jurídico do Nascituro*, in ROA, Ano 56, Lisboa, 1996, págs. 877 a 886; *A Capacidade Sucessória do Nascituro (Ou A Crise do Positivismo Legalista)*, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., pág. 49; STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, Almedina, 1998, págs. 72 e ss.; *Direito do Genoma Humano*, ob. cit., págs. 235 e ss.; também, em sentido próximo, ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 160 e ss. e 207 a 218, considera, desde logo, que “há vida humana desde o momento da concepção”, pelo que o nascituro concebido deve merecer a tutela do direito, conforme sucede, aliás, com a *pessoa nascida*. Por outro lado, o autor refere, ainda, que tal entendimento é extensível não apenas ao embrião *in utero*, mas também ao embrião *in vitro*, pese embora a ausência de referência expressa do legislador, v.g., no art.º 66.º, do Código Civil; neste traçado, JOÃO LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina – Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. II, FDUC, Coimbra, 2003, págs. 734 a 740 e ss., considera que o embrião é titular de direitos fundamentais, merecendo dignidade humana e protecção do “bem vida”.

⁷¹⁴ Cfr. STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, ob. cit., págs. 236 a 242, e, designadamente, págs. 240 a 242, em que salienta que a evolução progressiva dos procedimentos e técnicas de PMA poderá, destarte, culminar, em breve, na ectogénese, ou seja, na viabilidade de “criação e desenvolvimento da vida humana num “ventre artificial””, facto esse que, no seu parecer, ditará “o fim do “instituto jurídico do nascimento””.

⁷¹⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000, págs. 50 a 53; refutando, em parte, a posição avançada por Oliveira Ascensão, GABRIEL ANTÓNIO GONÇALVES, *Da Personalidade Jurídica do Nascituro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano XLI, n.º1, 2000, págs. 527 e ss., considera que a posição doutrinária expandida apenas poderá ser acolhida em sede da 1ª modalidade da ilicitude, epigrafada no art.º 483.º, n.º1, 1ª parte, do Código Civil. Com efeito, aí, a ilicitude, assente na violação de um direito de outrem, compreende a lesão de um bem jurídico e, portanto, a ocorrência de um resultado danoso. Neste sentido, “não só não há ilicitude sem danos; como o juízo de ilicitude só pode ser formado depois de se concluir pela existência de danos.”. Em respeito já à 2ª modalidade da ilicitude, inscrita no art.º 483.º, n.º1, 2ª parte,

Neste contexto, cumpre, ainda, referir a posição de Carneiro da Frada, que entende, desde logo, que, ainda que o enquadramento definido pelo legislador no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, indique que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento completo e com vida, não resulta, expressamente, que este opere como sua “condição necessária”. De facto, a questão reside, sobretudo, ao nível da fundamentação estabelecida em sede de ónus da prova quanto à existência de vida humana e, portanto, de uma pessoa, circunstância essa que se afigura, em rigor, mais penosa na fase pré-natal⁷¹⁶.

Com efeito, na eventualidade de lesões cometidas em momento pré-natal, em concreto, durante a gestação intra-uterina, a jurisprudência, com igual acolhimento doutrinário, tem-se pronunciado de modo favorável, autorizando, a este respeito, a competente indemnização em face do nascimento de uma criança portadora de deficiências.

Ora, neste pressuposto, a entrada em palco do art.º 483.º, n.º1, 1ª parte, do Código Civil, exigindo a *violação ilícita do direito de outrem*, determina, bem assim, que terá que figurar, em sede da lesão, um sujeito de direito. Destarte, tal contexto legal requer, aqui, inevitavelmente, o reconhecimento, ao nascituro, de uma personalidade jurídica pré-natal⁷¹⁷.

do Código Civil, que corresponde à violação de normas destinadas a proteger interesses alheios, o autor defende que poderá decorrer um lapso temporal entre o acto ilícito e a verificação de consequência jurídica danosa. Ora, partindo deste entendimento, acrescenta que não é líquido que, do apuramento, posterior, de responsabilidade civil, resulte, invariavelmente, a existência de “ser humano dotado de personalidade jurídica contemporâneo à prática do facto ilícito” pelo lesante. A este propósito, enuncia o caso de um cientista que, em laboratório, procede à manipulação genética de um dos gâmetas, vindo, assim, a nascer uma criança portadora de deficiências. Destarte, só neste passo último, com a ocorrência do dano na esfera jurídica do indivíduo, poderia falar-se de responsabilidade civil e, *qua tale*, de personalidade jurídica do titular do direito à indemnização. Na verdade, para o autor, não se afigura uma correcta impostação da questão esboçar-se um traçado causal entre a existência de antijuridicidade, responsabilidade civil, e, destarte, personalidade jurídica ao tempo da inerente prática do facto ilícito. Com efeito, defende que o nascituro é titular do direito à vida, nos termos abrigados pelo art.º 24.º, n.º1, da CRP, e tal permite pressupor o reconhecimento de personalidade jurídica “desde que há vida humana”. Em acréscimo, considera, ainda, que o preceito constitucional em epígrafe, revoga, em absoluto, o art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, não se opondo à vigência do respectivo n.º2, atenta a restrição da capacidade de gozo e de exercício do nascituro quanto, designadamente, a outros direitos além dos decorrentes da tutela geral do art.º 70.º, do Código Civil.

⁷¹⁶ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite* -, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., págs. 261 a 263.

⁷¹⁷ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Protecção Juscivil da Vida Pré-Natal, Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião*, in *Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2008, págs. 140 e ss., considera, desde logo, que a ofensa do “direito (à integridade física) só o é se perante ela se puder marcar um “antes” e um “depois” do sujeito, ou seja, se antes da sua ocorrência a sua esfera jurídica se mostrar inviolada ou incólume” e se, em momento posterior, se manifestar, como tal, lesada. Ademais, destaca que, apesar da ausência de normas de protecção que, em termos gerais, se destinem a afiançar os interesses do nascituro, nada obsta a que, uma vez existindo, se propugne pelo reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro. De todo em todo, o autor defende que o espaço traçado pelo art.º 483.º, n.º1, 2ª parte, do Código Civil, não se

Aqui chegados, importa traçar uma análise de uma posição doutrinal de carácter híbrido que admite a existência de uma *personalidade jurídica parcial* ou *fraccionária* do nascituro.

Neste segmento, pode referir-se o entendimento avançado por Capelo de Sousa, que propugna, desde logo, que o art.º 24.º, da CRP, não estabelece, de forma expressa, qualquer distinção entre a vida intra-uterina e extra-uterina, pelo que, uma vez figurando no nascituro concebido *vida humana*, mostra-se, assim, acertado considerá-lo como *bem juridicamente protegido*. De facto, tal princípio, encontra, também, arrimo, no art.º 70.º, do Código Civil, o qual, segundo o autor, deverá incluir, no seu *telos* normativo, a protecção da personalidade física e moral do nascituro, justamente, porque enuncia, em termos latos, a respectiva tutela geral no que tange a “indivíduos” e não já, apenas, a “personalidades jurídicas singulares”.

Por sua vez, o disposto no art.º 66.º, n.º2, do Código Civil, destina-se a conceder ao nascituro determinados *direitos patrimoniais*, com a ressalva de que a respectiva atribuição, ou, *rectius*, titularidade subjectiva, se encontra, no entanto, adstrita à condição suspensiva do nascimento. A este respeito, Capelo de Sousa entende que a posição vertida pelo legislador justifica, aliás, que se admita que o nascituro conhece, assim, uma *personalidade jurídica parcial*, pelo que o art.º 66.º teria como escopo único a regulação do início da *personalidade jurídica plena*.

Neste apartado, refira-se que a própria tese do nascituro enquanto dotado de *personalidade jurídica parcial* não colide, de todo, com a concepção de que o mesmo constitui um *bem juridicamente protegido*, sobretudo, no que tange à tutela do “desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral” e “direito à vida intra-uterina”, em caso de lesões pré-natais, que possam, inclusive, conduzir a nado-morto⁷¹⁸.

afigura, neste conspecto, adequado para esboçar uma posição quanto à personalidade jurídica do nascituro, em sede de responsabilidade civil.

⁷¹⁸ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *ob. cit.*, págs. 156 a 167 e 361 a 364, defende que a protecção da tutela da personalidade física e moral do nascituro, além do art.º 70.º, do Código Civil, encontra-se inscrita, outrossim, nos art.ºs 1826.º, n.º1, 1855.º, e 1878.º, n.º1, do mesmo diploma legal, sem prejuízo, ainda, do disposto nos art.ºs 140.º e ss., do Código Penal. Por outro lado, o Professor indica que, neste traçado, pode ser, também, chamado a intervir o art.º 486.º, do Código Civil, em virtude de omissões ilícitas, que impliquem, como tal, o ressarcimento dos inerentes danos, a par com art.º 70.º, n.º2, do Código Civil, já no que concerne a *providências* destinadas a precluir “a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Por outro lado, defende, ainda, que o tratamento legal considerado projecta-se, naturalmente, nas circunstâncias de embriões *in vitro*, mesmo que excedentários, e, portanto, a respectiva lesão da integridade física ou a sua *morte* cabem no traçado estabelecido no art.º 483.º, do Código Civil, pelo que, atento, bem assim, o art.º 70.º, do Código Civil, compreendem ilícito passível de responsabilidade civil.

Por outro lado, já na óptica de Paulo Otero, o reconhecimento ao nascituro *concebido* (embrião) de direitos fundamentais, e, portanto, merecedores de tutela constitucional, como por exemplo, o direito à vida, afigura-se, na verdade, como fundamento bastante para que a aquisição de personalidade jurídica seja, como tal, reconduzida à concepção, ou, *rectius*, “ao início científico da vida”.

Desta feita, e perfilhando da orientação avançada por Capelo de Sousa, entende que pode, assim, falar-se de uma *personalidade jurídica parcial*, em fase pré-natal, e uma *personalidade jurídica plena*, pós-natal, que advém por força do nascimento com vida⁷¹⁹.

Finalmente, deixe-se, também, uma nota de referência para a posição doutrinal expendida por Tiago Figo Freitas, que defende a configuração de uma personalidade jurídica parcial pré-natal do nascituro, conhecendo o seu início a partir da concepção, e assente no pressuposto de que a mesma tem lugar em virtude do estatuto de pessoa humana do nascituro, que, em rigor, emerge da própria circunstância de existir vida humana⁷²⁰.

3.3. Posição Adoptada – Tutela Objectiva e o Nascituro como Bem Jurídico Protegido

Em nosso parecer, e conforme convoca a doutrina majoritária, entendemos que, nos termos prefigurados no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, só existe personalidade jurídica após o nascimento completo e com vida, nada obstando, contudo, a que o

⁷¹⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Almedina, 1999, págs. 34 a 37 e 61 e 62; admitindo, bem assim, uma personalidade parcial do nascituro concebido, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, págs. 174 a 176.

⁷²⁰ Cfr. TIAGO FIGO FREITAS, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal. O Conceito de Pessoa Revisitado*, *ob. cit.*, págs. 57 a 62 e 105 a 109, cuja posição é traçada num plano *de jure condendo*, afirma que a admissibilidade de uma personalidade jurídica pré-natal, parcial, do nascituro concebido justifica-se, *maxime*, no que concerne à tutela de *interesses pessoais*, situando-se, como tal, num contexto que vai para além da atribuição de direitos patrimoniais vincada no art.º 66.º, n.º2, do Código Civil, sob pena, inclusive, de se considerarem como titulares de personalidade jurídica os concepturos ou apenas os nascituros concebidos a quem lhes fosse conferido, nos termos legais, um direito patrimonial. Em acréscimo, destaca, ainda, que o nascituro tem uma capacidade jurídica *parcial*, confinada a determinados direitos de personalidade, entre os quais, se incluem a titularidade subjectiva da vida e integridade física, justamente em face das lesões que, em regra, acometem a fase pré-natal, corolário, sobretudo de avanços científicos, acrescente-se, mais invasivos. No que tange aos direitos patrimoniais, não descarta a teoria dos *direitos sem sujeito*, avançando que o nascituro apresenta uma incapacidade negocial de gozo *genérica*, pelo que deverá, aqui, acolher-se o art.º 66.º, n.º2, do Código Civil, que faz intervir uma condição suspensiva, respeitante ao nascimento. Por outro lado, uma vez que o nascituro não dispõe de capacidade de exercício, mostra-se premente, ao nível de direitos pessoais, e, bem assim, no plano patrimonial, o recurso ao instituto de representação, pelo que os seus interesses serão, como tal, afiançados por via da autoridade parental.

nascituro concebido (vida intra-uterina) seja considerado como *bem juridicamente protegido*, estando, assim, autorizada, aqui, apenas uma tutela jurídica de pendor *objectivo*⁷²¹.

Na verdade, importa, desde já, referir-se que a posição legal estabelecida no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, que veda a personalidade jurídica ao nascituro concebido, se justifica pelo facto de que, embora se admita que haja vida humana, a verdade é que aquele não é, *qua tale*, uma *pessoa humana*, condição esta, aliás, indelével, para o reconhecimento de *pessoa jurídica*.

Com efeito, defendemos que o conceito de *pessoa humana*, ou, *rectius*, de *personalidade humana*, embora possa ser decifrado em sede de determinadas posições de carácter bioético e/ou filosófico, temos que deverá ser chamada à intervenção, sobretudo, uma componente de índole social.

Neste conspecto, como refere André Dias Pereira, apenas o indivíduo nascido vivo, que, à parte da sua “dimensão individual”, actue, como tal, de forma autodeterminada, e, designadamente, no seio da comunidade, pode ser considerado *pessoa humana*⁷²². Em seu turno, Paulo Mota Pinto destaca que a noção de *pessoa humana* supõe uma “afirmação positiva sobre a individualidade do ser humano e sua conformação livre e consciente”, pelo que, “trata-se, pois, do ser humano (...) em *devir*, em desenvolvimento”, estando, assim, em apreço, necessariamente, “a concepção da pessoa como centro de decisão livre”⁷²³.

Por outro lado, no entendimento de Orlando de Carvalho, a personalidade humana, que emerge no nascimento, precede, em certo passo, a personalidade jurídica, figurando, assim, desde logo, como um “*prius* lógico (como ontológico - no plano do ser - e axiológico - no plano do valor), embora não um *prius* cronológico.”. Destarte, “Há personalidade jurídica quando existe (logo que existe e enquanto existe) personalidade humana.”. Em rigor, a personalidade jurídica é, assim, a *projecção* no

⁷²¹ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pág. 203; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 256 e ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, ob. cit., págs. 385 a 414; CURA MARIANO, *A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro Já Concebido e os Imperativos Constitucionais da Tutela do Direito à Vida*, in *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, págs. 99 a 103; em sentido próximo, admitindo a indemnização por lesões pré-natais, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, ob. cit., págs. 299 a 301.

⁷²² Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 256 e 257.

⁷²³ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, págs. 165 e 166.

espaço jurídico-normativo da personalidade humana, que constitui, aqui, o seu pilar e/ou estrutura. Neste sentido, não poderá, como tal, acolher-se uma posição estritamente normativa que confere ao Direito o papel de criar ou gizar, *per se*, a personalidade jurídica⁷²⁴.

Com efeito, a personalidade jurídica constitui a *aptidão*, num plano abstracto, para o indivíduo ser titular de direitos e obrigações, estando, assim, reservada à capacidade jurídica ou de gozo o seu respectivo traçado quantitativo.

No que concerne, todavia, ao nascituro concebido, ou à vida humana intra-uterina, a sua protecção legal assenta no pressuposto de que compreende um bem juridicamente protegido, circunstância essa que se mostra de enorme relevo, sobretudo, em sede de lesões pré-natais.

De facto, uma vez que existe vida humana no embrião *in utero* e *in vitro*, não resistem dúvidas de que, ao nível constitucional, o prefigurado no art.º 24.º, n.º1, da CRP, dispensando, na verdade, uma referência expressa à vida intra-uterina ou extra-uterina, terá, como tal, que ser aplicável aos nascituros concebidos. Importa, no entanto, salientar, que, porque se trata, *rectius*, de um “*direito à vida*”, em relação ao qual, a par com os demais direitos fundamentais, o nascituro não pode ser titular, justamente porque não é pessoa jurídica, atento, outrossim, o art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, apenas lhe caberá, aqui, uma tutela objectiva.

A este respeito, o Tribunal Constitucional tem-se pronunciado no sentido de que a vida humana intra-uterina é um *bem constitucionalmente protegido*, pelo que, nos termos apregoados pelo art.º 24.º, n.º1, da CRP, lhe está, apenas, confinada uma protecção ou tutela jurídica objectiva.

⁷²⁴ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil*, in *Teoria Geral do Direito Civil*, (Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha), 3ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 189 a 194, que, a este propósito, enuncia os elementos que perfazem ou incorporam o âmbito conceptual da personalidade jurídica: *Essencialidade*, porquanto supõe a existência, no domínio ontológico e axiológico, da personalidade humana; *Indissolubilidade*, já que a personalidade jurídica emerge na circunstância imediata da personalidade humana, estando, neste passo, arredado qualquer lapso de tempo que medeie entre a primeira e a segunda, como, v.g., a exigência de determinado prazo após o nascimento completo e com vida que determine a viabilidade da criança; Por outro lado, cabe, também, neste contexto, um princípio de *Inexpropriabilidade* da personalidade jurídica, no entendimento de que estará, assim, vedada a prescrição, perda ou *expropriação* por terceiro da personalidade jurídica, como, por exemplo, na escravatura, mas, também, inclusive, a própria *Indisponibilidade* pelo seu titular; *Ilimitabilidade*, estando descartada, em absoluto, qualquer personalidade jurídica parcial ou fraccionária, e, destarte, qualquer restrição ou *numerus clausus* aos direitos de personalidade, pelo que a personalidade jurídica deverá ser plena, tal-qualmente sucede com a personalidade humana; do mesmo autor, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, in *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, págs. 223 a 243; para mais desenvolvimentos, PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, *ob. cit.*, págs. 165 e ss..

Destarte, no Acórdão n.º 85/85, de 29 de Maio, em sede de aferição da constitucionalidade do regime jurídico da interrupção da gravidez, previsto no Código Penal, o Tribunal Constitucional ditou que a vida intra-uterina integra, bem assim, a tutela que a CRP “confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo)”, não merecendo, contudo, “protecção constitucional do direito à vida propriamente dito (...)”, na medida em que “só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais”. Neste sentido, “A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intra-uterina”⁷²⁵.

Por sua vez, o Acórdão n.º 288/98, de 17 de Abril, em respeito ao apuramento constitucional e legal da proposta de referendo, aprovada pela Assembleia da República relativa à despenalização da interrupção voluntária da gravidez até às 10 semanas, enunciou que, “(...) o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo”, merece, bem assim, “uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da *vida humana* intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional.”⁷²⁶.

No palco doutrinal, cumpre referir a posição de Orlando de Carvalho, que parece adoptar, em certo passo, a tese de que o nascituro concebido constitui, *qua tale*, um bem jurídico, merecedor de tutela jurídica. Destarte, o autor, partindo do entendimento traçado no período Romano, de que, “*nasciturus pro jam natus habetur quotiens de commodis ejus agitur*”, ou seja, que, em circunstâncias que tais, deve ter-se o nascituro concebido como nascido, resulta, não a configuração de uma personalidade jurídica parcial, mas que “a personalidade jurídica que (...) advirá pelo nascimento é à medida da respectiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade, como direitos dessa personalidade, os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intra-uterina.”⁷²⁷.

Por outro lado, André Dias Pereira, acompanhando a doutrina que acolhe o estatuto do nascituro como bem jurídico protegido, considera que o embrião *in vitro* e *in utero*, enquanto vida humana, merecem *protecção forte* do sistema jurídico, pelo que só

⁷²⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, de 29 de Maio.

⁷²⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17 de Abril; no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, de 15 de Novembro, versando, igualmente, sobre a proposta de referendo para a despenalização do aborto nas primeiras 10 semanas; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro, no âmbito da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, a propósito da exclusão da ilicitude nas circunstâncias de interrupção voluntária de gravidez, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁷²⁷ In ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil*, in *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pág. 197.

poderá admitir-se alguma lesão, que, como tal, obste ao seu desenvolvimento e acesso ou emergência à *vida autónoma*, se devidamente consubstanciada no âmbito do enquadramento legal, e atento, neste contexto, o respeito por outros interesses constitucionalmente protegidos ou bens tutelados pelo sistema jurídico⁷²⁸.

Em acréscimo, Vera Lúcia Raposo perfilha da orientação avançada pelo Tribunal Constitucional, defendendo que a vida intra-uterina é um bem constitucionalmente protegido, merecendo, assim, por parte da ordem jurídica, uma tutela objectiva, estando vedada ao nascituro a titularidade subjectiva de direitos fundamentais.

Neste apartado, considera, ainda, que figura sob coordenação do Estado, o *dever* de afiançar a protecção da vida intra-uterina, sem prejuízo, contudo, da salvaguarda de eventuais *direitos* que possam ser chamados a intervir, *maxime*, no plano de autodeterminação reprodutiva dos progenitores⁷²⁹.

Aqui chegados, não se afigura despiciendo indicar a posição de Capelo de Sousa, que, pese embora admita a existência de uma personalidade jurídica parcial pré-natal, que, acrescente-se, deverá ser rejeitada, sobretudo em face do laminado no art.º 66.º, do Código Civil, defende, igualmente, que o nascituro é um bem jurídico tutelado, merecendo, assim, protecção desde a concepção, não só no plano constitucional, em face do art.º 24.º, n.º1, da CRP, mas também ao nível das relações juscivilísticas, por força da respectiva eficácia jurídica dessa disposição legal ao nível do Direito Privado, ditada, como tal, pelo art.º 18.º, n.º1, da CRP⁷³⁰.

⁷²⁸ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., pág. 257, nota de rodapé 702, destacando, aqui, no traçado laminado pelo art.º 142.º, do Código Penal, a protecção da vida, saúde física e psíquica da mãe, e o respectivo direito à autodeterminação reprodutiva. Doutro passo, refere, ainda, a investigação científica, conquanto que tenha lugar em sede de técnicas ou procedimentos de PMA, nos termos autorizados pelos art.ºs 9.º, 30.º, n.º2, al. g), da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, e, em seu turno, a realização de DGPI, ao abrigo dos art.ºs 28.º e 29.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. Por último, no que concerne à utilização de técnicas de PMA para efeitos de *saviour sibling*, prevista no art.º 30.º, n.º2, al. q), do diploma em apreço, sustenta que a sua realização apresenta um fundamento diminuto.

⁷²⁹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, ob. cit., págs. 388 a 414, que indica que a concepção ditada pelo Tribunal Constitucional deverá, igualmente, ser remetida para os embriões *in vitro*, ainda que, na sua óptica, a protecção se revele mais premente no caso de embriões *in utero*. A autora considera, inclusive, que a consagração da tutela objectiva do embrião *in vitro* parece obstar à criação de embriões com um intento que não o reprodutivo, e, portanto, afecto a outros interesses como, v.g., de investigação científica, recolha de células estaminais e/ou que suponham alguma contraprestação pecuniária. Doutro passo, salienta, ainda, que o tratamento legal concedido pelo Tribunal Constitucional à vida intra-uterina enquanto bem jurídico protegido deverá estender-se, outrossim, à integridade física do nascituro, em respeito, como tal, ao prefigurado no art.º 25.º, da CRP.

⁷³⁰ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., págs. 157 e ss., e nota de rodapé 210, que indica que a protecção do nascituro concebido decorre, igualmente, do art.º 70.º, do Código Civil, ao nível da respectiva personalidade física e moral, devendo, contudo, ser vedada a tutela jurídica aos *concepturos*, justamente porque não constituem *vida humana*.

Na verdade, tendo por base o disposto no art.º 24.º, n.º1, da CRP, e da admissibilidade da tutela objectiva de direitos fundamentais e, como tal, do direito à vida, facilmente se compreende que, na falta de menção específica do legislador, dever-se-á recolher do respectivo *telos normativo* a protecção da vida intra-uterina, e *in vitro*, ainda que restrita a bem jurídico⁷³¹.

Destarte, cremos que tal entendimento se apresenta, aliás, conforme ao disposto no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, que determina a aquisição de personalidade jurídica apenas na sequência do nascimento completo e com vida, pelo que seria desprovido de fundamento jurídico conceder a titularidade de direitos (e obrigações) ao nascituro⁷³².

Neste contexto, indique-se, outrossim, que uma eventual atribuição ao nascituro da titularidade do direito à vida, *tout court*, poderia fazer erguer entraves quanto ao exercício de outros direitos por parte de terceiros, sobretudo, no palco materno-fetal e/ou de autodeterminação reprodutiva de planeamento familiar⁷³³.

Ora, na circunstância em que se autoriza ao nascituro *apenas* o estatuto de bem jurídico protegido, os seus *interesses* são, em regra, afastados por direitos que, nos termos legais, assumem primazia, como *v.g.*, a interrupção da gravidez nas condições

⁷³¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 385 a 388, indica que os Direitos Fundamentais contêm uma dimensão subjectiva e objectiva, sendo que esta, no âmbito do art.º 9.º, da CRP, requer do Estado “deveres de acção”, de forma a garantir a tutela de determinados bens jurídicos.

⁷³² Por outro lado, apesar do Código Civil, no palco normativo, estar situado num espaço jurídico infra-constitucional, o art.º 24.º, n.º1, da CRP, apenas se pronuncia em relação ao *direito à vida*, não podendo, daqui, fazer derivar a respectiva titularidade subjectiva do nascituro. Neste sentido, não é a tipicidade de um direito fundamental que determina a existência de personalidade jurídica, mas sim, a circunstância do nascimento completo e com vida, que faz emergir a pessoa humana e, destarte, a pessoa jurídica. Refira-se, portanto, que a interpretação que é, assim, gizada do escopo normativo do art.º 24.º, n.º1, da CRP, se subsume apenas à tutela objectiva do nascituro, pelo que não contende com o traçado laminado no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil; em sentido contrário, PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, *ob. cit.*, págs. 43 e 44, que destaca que a personalidade jurídica obedece aos princípios traçados pelo Direito Constitucional afectos à vida humana, pelo que decorre, invariavelmente, da “titularidade de direitos inatos ao ser humano”; DIOGO BRITO, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, *Publicações Universidade Católica*, Porto, 2007, págs. 113 e 114, refere que, se a Constituição confere direitos “e a personalidade jurídica é condição *sine qua non* da sua titularidade, então é porque considera pessoas jurídicas aqueles a quem atribui esses direitos”. Neste sentido, já que “na norma cuja epígrafe é “*direito à vida*” ” está prefigurada a “*inviolabilidade da vida humana sem excepções*”, é porque *todos* os portadores dessa *vida humana* – logo, também os nascituros – são titulares desse direito (...).”

⁷³³ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 259 e 260, que indica, ainda, que a consagração ao nascituro de direitos subjectivos, poderia, no limite, conduzir, à “desprotecção das pessoas humanas”, *maxime*, em virtude da imediata aplicação das circunstâncias elencadas no regime legal da interrupção da gravidez, do art.º 142.º, do Código Penal, aos indivíduos com determinado estado de saúde, abrindo, assim, caminho, neste passo, a uma justificação da ilicitude.

prefiguradas no art.º 142.º, do Código Penal, ou já a execução de DGPI, em PMA, vincada nos art.ºs 28.º e 29.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho⁷³⁴.

De todo em todo, não se descartam hipóteses em que, nomeadamente, por *mala praxis*, na actividade médica, venha a ser lesada a integridade física ou a condição de saúde do nascituro concebido, determinando, neste passo, o competente apuramento de responsabilidade civil por factos ilícitos, inscrita no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Por conseguinte, mostra-se, por isso, necessário, proceder a um estudo que permita analisar o enquadramento doutrinal e jurisprudencial do Ordenamento Português, em respeito à tutela objectiva do nascituro, designadamente, no palco das lesões pré-natais.

3.4. Responsabilidade Civil por Lesões à Integridade Física – *Wrongful Injury* e *Prenatal Injury*

3.4.1. O Direito à Integridade Física nos Cuidados de Saúde

Na verdade, em sede de cuidados de saúde, a mulher tem o direito a ser correctamente informada quanto aos riscos *previsíveis* e *graves* do procedimento e/ou intervenção cirúrgica a serem realizados e, destarte, a não ser lesada na sua integridade física ou vida, designadamente, por acto médico, circunstância que, neste passo, poderá desembocar numa acção de responsabilidade civil por factos ilícitos, nos moldes ditados pelos art.ºs 483.º, n.º1, e 70.º, n.º1, do Código Civil, e denominada de *wrongful injury*.⁷³⁵

Por outro lado, no que toca, em concreto, aos procedimentos realizados no espaço afecto à medicina ginecológica-obstétrica, não resistem dúvidas de que o Direito Interno confere uma adequada protecção jurídica em relação a factos ilícitos que possam lesar a respectiva integridade física da mulher. Com efeito, tal tutela subjectiva pode, assim, decantar-se, *inter alia*, do art.º 25.º, da CRP, art.º 70.º, do Código Civil, art.ºs 142.º, 150.º, n.º2, do Código Penal, em legislação específica, como a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, relativa à Procriação Medicamente Assistida, sem prejuízo ainda do

⁷³⁴ Cumpre, a este propósito, indicar que consideramos aqui o termo *interesses* do nascituro em *latu sensu*, e não já em sentido de *interesses legalmente protegidos*, enquanto posição jurídica que se traduza numa titularidade subjectiva.

⁷³⁵ Refira-se que, apesar do direito à integridade física nos cuidados de saúde reprodutiva ser, igualmente, aplicável ao progenitor, foi deixada, aqui, apenas a nota de referência ao contexto da mulher, justamente porque, com excepção feita aos casos de planeamento familiar e de PMA, os actos médicos (ou de enfermagem) que supõem um procedimento invasivo reportam-se, sobretudo, à mãe.

preceituado no Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro, que compreende o Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Em seu turno, no palco Internacional, podem enunciar-se, no quadro do *direito à reprodução*, os art.ºs 8.º e 12.º, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e, outrossim, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

De facto, a tutela da integridade física da mulher opera, desde logo, na *consulta de planeamento familiar*, em face das lesões resultantes de exames invasivos de diagnóstico, de tratamento clínico e/ou intervenção cirúrgica, e da prescrição ou aplicação indevida de método contraceptivo, que determinam, assim, o apuramento da responsabilidade civil do médico responsável, ao abrigo do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

No que tange à *consulta de obstetrícia* e de DPN, no espaço respeitante à medicina materno-fetal, cumpre referir, aqui, as ofensas à integridade física em sede de testes de rastreio e exames de diagnóstico pré-natal e, outrossim, a realização de técnicas de terapêutica fetal. Ademais, na fase perinatal e no termo da gravidez, destaque-se os procedimentos anestésicos e técnicas efectuados no parto normal, como sejam, *v.g.*, o fórceps e a ventosa, e no parto por cesariana.

A este propósito, deixe-se, ainda, a nota de relevo para as lesões à integridade física da mulher cometidas por acto médico, em violação dos ditames traçados pelas *leges artis*, no âmbito das técnicas de *procriação medicamente assistida*, e, já no terreno da *Ginecologia Oncológica*, em respeito à prescrição ou administração de fármacos e quanto à execução de procedimento médico e/ou intervenção cirúrgica.⁷³⁶

Doutro passo, em casos que tais, pode haver lugar a responsabilidade civil do laboratório farmacêutico, designadamente, nas hipóteses de defeito do método contraceptivo, de certo produto terapêutico ou cirúrgico, nos termos prefigurados pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que regula a Responsabilidade Civil do Produtor.

⁷³⁶ Sem prejuízo, contudo, de responsabilidade civil por factos ilícitos do próprio farmacêutico, atento o art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, na eventualidade de dispensa indevida ou preparação incorrecta de determinado fármaco.

3.4.2. A Protecção da Integridade Física do Nascituro Concebido

No que respeita ao nascituro concebido, e pese embora a posição adoptada quanto ao momento de aquisição de personalidade jurídica, a doutrina maioritária tem caminhado no sentido de autorizar a indemnização por danos patrimoniais e morais resultantes da lesão à integridade física em fase pré-natal, no terreno concernente às acções de *prenatal injury*⁷³⁷.

⁷³⁷ Cfr., no domínio em que se veda a personalidade jurídica ao nascituro, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, ob. cit., págs. 299 a 301, que indica que, na circunstância em que tenham ocorrido lesões pré-natais, a criança, ainda que por via da autoridade parental, tem o direito de ser indemnizada. Na verdade, em face do nascimento, as lesões padecidas pelo nascituro constituem, *tout court*, lesões da própria criança; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pág. 203, defende que deve conceder-se a tutela jurídica do nascituro concebido em relação a lesões pré-natais *in utero*, como, por exemplo, na sequência de determinado fármaco, e, bem assim, em caso de acidente de viação; ANTUNES VARELA, *A Condição Jurídica do Embrião Humano Perante o Direito Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, ob. cit., págs. 633 e 634, que considera que o Direito deverá tomar em linha de apontamento a “ilicitude penal e civil da violação da saúde do feto” em fase pré-natal, acrescentando, no entanto, que, “o lesado só terá direito à indemnização – pelos danos causados durante o período da sua gestação – se vier a nascer com vida.”; CURA MARIANO, *A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro Já Concebido e os Imperativos Constitucionais da Tutela do Direito à Vida*, in *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, ob. cit., págs. 103 e ss., entende que, “na tutela de um bem jurídico como é a vida intra-uterina”, o Direito Civil deverá garantir o recurso a mecanismos legais, como o instituto da responsabilidade civil, que, assim, permitam obter o competente ressarcimento pelos danos causados; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 262 e 263, que, uma vez remetendo para o caso do nascituro não apenas a protecção da integridade física, mas a saúde, *latu sensu*, pode acolher-se a indemnização de danos por lesões pré-natais resultantes de “agressões físicas, químicas, farmacológicas ou ambientais” cometidas por terceiro; ainda, ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil*, in *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pág. 197; VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, ob. cit., págs. 392 a 396; por outro lado, quanto à doutrina que propugna pela personalidade jurídica do nascituro; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, ob. cit., págs. 52 e 53, que admite o ressarcimento por lesões pré-natais ocorridas após a concepção, como, *v.g.*, nas circunstâncias em que figure negligência médica num procedimento cirúrgico realizado na progenitora ou em face de prescrição inadequada de determinado medicamento. Por outro lado, o autor veda a possibilidade de indemnização no que tange a lesões ou, *rectius*, infecções causadas à mulher e que, como tal, venham a ser, posteriormente, transmitidas à descendência; neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cívicas e Constitucionais de uma Questão-Limite -*, in *Pessoa Humana e Direito*, ob. cit., págs. 261 a 264, e nota de rodapé 6, que entende que deve concedida indemnização no âmbito de lesões em fase pré-natal, decorrentes da administração de *medicamentos defeituosos* por parte da mãe, *acidentes de viação* ou procedimentos médicos realizados de forma inadequada. No que tange, por sua vez, aos casos de “deficiência originária”, em que o nascituro é portador desde a concepção, designadamente, por via materna, não poderá admitir-se qualquer ressarcimento, uma vez que não ocorre violação de um *direito de outrem*, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, nem figura, outrossim, qualquer disposição que convoque uma protecção das situações em apreço. Por conseguinte, a questão deverá ser reconduzida aos ditames prefigurados pela Segurança Social; do mesmo autor; *A Protecção Juscivil da Vida Pré-Natal, Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião*, in *Direito e Justiça*, ob. cit., págs. 139 e ss.; ainda, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, ob. cit., págs. 337 a 343 e 354 a 356, que admite a indemnização ao nascituro concebido por danos resultantes de lesões pré-natais, e na medida em que venha a nascer com vida; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., págs. 72 a 74; no espaço confinado à personalidade jurídica parcial, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., págs. 162 a 164, concedendo indemnização ao nascituro concebido, nomeadamente, de lesões pré-natais resultantes da administração de fármacos ou da circunstância de

Por conseguinte, temos que o instituto da responsabilidade civil deverá, assim, operar como um mecanismo jurídico premente para a salvaguarda da integridade física do nascituro concebido, *in utero* ou *in vitro*, em relação a lesões pré-natais cometidas por terceiro, nos termos epigrafados nos art.^{os} 483.º, n.º1, e 70.º, n.º1, do Código Civil.

Ora, a este propósito, mostra-se, de facto, adequada a tese que considera o nascituro concebido um *bem juridicamente protegido*, no sentido em que jaz, aqui, somente, uma protecção ou tutela jurídica objectiva da respectiva vida humana e integridade física, e não já a titularidade de um *direito à vida* enquanto direito fundamental inscrito no art.º 24.º, n.º1, da CRP.

Destarte, no parecer de Cura Mariano, a existência de meios de protecção de bens jurídicos autorizados pelo Direito Civil para efeitos de protecção da vida intra-uterina, não supõe o “reconhecimento de um direito à vida do nascituro”, destacando, mais à frente, que a intervenção da responsabilidade civil justifica-se conquanto que figure a lesão de um bem jurídico, ainda que não ocorra a violação de um *direito subjectivo*⁷³⁸.

Na verdade, esta é, também, a posição acolhida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁷³⁹, que, aparentemente, recusa que possa decantar-se do art.º 2.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais a consagração de um *direito à vida* do embrião e do feto, não descartando, contudo, a protecção da integridade física do nascituro, que, acrescente-se, só poderá, assim, caber num contexto de tutela jurídica objectiva⁷⁴⁰.

infecções decorrentes de transfusões de sangue, que se reportam, assim, à sua integridade física, sem prejuízo, ainda, da compensação por danos causados em sede da sua personalidade moral, em caso de “injúrias ou difamações”; PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, *ob. cit.*, págs. 36 e 37.

⁷³⁸ De facto, pese embora a posição expandida, o autor não deixa de sustentar a indemnização pelo dano da morte do próprio nascituro; Cfr. CURA MARIANO, *A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro Já Concebido e os Imperativos Constitucionais da Tutela do Direito à Vida*, in *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, *ob. cit.*, págs. 103 e 104.

⁷³⁹ Cfr. *Vo v. France*, n.º 53924/00, de 8 de Julho de 2004 (GC); Já antes pela extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem, *X v. The United Kingdom*, n.º 18416/79, de 13 de Maio de 1980; *R.H. v. Norway*, n.º 17004/90, de 19 de Maio de 1992, in *www.echr.coe.int*.

⁷⁴⁰ Por sua vez, no que concerne às decisões jurisprudenciais em Direito Comparado, que defendem que o nascituro constitui um bem protegido, estando, como tal, em apreço uma tutela jurídica objectiva, cumpre referir, desde logo, o Ordenamento Alemão, nos Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), de 25 de Fevereiro de 1975, *BVerfGe*, 39, 1, e de 28 de Maio de 1993, *BVerfGe*, 88, 203; Ordenamento Espanhol, nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, n.º 53/1985, de 11 de Abril de 1985, atento o art.º 15.º da Constituição, e, outrossim, n.º 116/1999, de 17 de Junho de 1999. No Sistema Jurídico Italiano, nos Arestos da *Corte Costituzionale*, n.º 27, de 18 de Fevereiro de 1975, e n.º 35, de 30 de Janeiro de 1997, é concedida, bem assim, protecção constitucional ao nascituro concebido, no âmbito dos art.^{os} 2.º e 31.º, da Constituição; Cfr., para mais desenvolvimentos, VERA LÚCIA RAPOSO, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Direito à Vida*, in *Jurisprudência*

Em rigor, a questão assume uma importância crucial, na medida em que a protecção jurídica conferida ao nascituro concebido, em sede de tutela objectiva, designadamente, da sua integridade física, não contende com *direitos subjectivos* ou interesses legalmente protegidos de terceiros, que, em regra, terão primazia, desde que justificados no plano normativo.

No que tange ao palco dos cuidados de saúde, e, em concreto, na medicina materno-fetal, podem referir-se como lesões pré-natais à integridade física do nascituro concebido, passíveis de determinar o apuramento de responsabilidade civil, ao abrigo do art.º 483.º, n.º1, aquelas que resultem de acto médico ilícito, praticado em desrespeito pelas *leges artis*, como, por exemplo, em determinado exame de diagnóstico invasivo, procedimento clínico e/ou intervenção cirúrgica materna, ou realizados *in utero*. Em acréscimo, indiquem-se as circunstâncias de prescrição indevida de fármacos e, outrossim, as técnicas utilizadas no parto normal e na cesariana⁷⁴¹.

Por outro lado, em respeito já à conduta negligente da *mãe*, com excepção feita a acidentes de viação, e mediante análise casuística, deverá ser, à partida, negada a pretensão indemnizatória da criança, num espaço de acções de *prenatal injury*⁷⁴².

Neste conspecto, tal princípio apresenta-se, *rectius*, em concordância com o direito de autodeterminação reprodutiva da gestante nos cuidados de saúde, vincado no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e, outrossim, o direito à reserva da intimidade da vida privada, nos moldes apregoados pelo art.º 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP⁷⁴³.

De todo em todo, no domínio do Direito Criminal, ao invés do que sucede na protecção da integridade física de indivíduos com personalidade jurídica, a tutela da vida intra-uterina, consubstanciada nos art.ºs 140.º a 142.º, do Código Penal, deixa entrever uma brecha para várias situações de impunidade.

Constitucional, n.º 14, Abril-Junho 2007, Coimbra Editora, págs. 75 a 82; *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 402 a 407.

⁷⁴¹ *Cfr.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Novembro de 2013, Relator: Teresa Albuquerque, numa circunstância de falha do dever de informação pelo laboratório de análises, em sede de gravidez anterior, no que concerne ao factor Rh do respectivo grupo sanguíneo da progenitora, que veio a determinar, aquando da segunda gestação, o nascimento de uma filha com patologia hepática, que poderia ter sido evitada através da administração de certa terapêutica, e, neste passo, exigiu tratamentos médicos e a realização transfusão de sangue. Na verdade, o Tribunal autorizou o ressarcimento aos progenitores e à criança de danos não patrimoniais. *in www.dgsi.pt*; para desenvolvimentos, no âmbito da responsabilidade civil de laboratório farmacêutico, ALBERT RUDA, *The DES Daughters in Spain: Liability for Damage Caused by the Exposure to a Defective Drug in Utero*, in *European Review of Private Law*, Vol. 21, n.º2, 2013, Kluwer Law International, págs. 625 a 642.

⁷⁴² Refira-se, ainda, que, embora nos casos de patologias da progenitora que sejam transmitidas ao feto não se afigure adequado conceder um direito de indemnização à criança por *prenatal injury*, nada impede que venha, aqui, a ter lugar uma acção de *wrongful disability*.

⁷⁴³ *Cfr.*, também, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, pág. 254.

Com efeito, o crime de aborto, plasmado nos art.^{os} 140.º e 141.º, reporta-se a condutas *dolosas*, pelo que, na eventualidade de ocorrer perda fetal derivada de acto médico praticado com falta de diligência e cuidado devidos na execução dos respectivos procedimentos ou técnicas em apreço, apenas caberá aos progenitores o direito a ser indemnizados em sede de responsabilidade civil, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil⁷⁴⁴.

Ademais, importa salientar que a doutrina concebe, aqui, a protecção jurídica do embrião a partir do momento em que este se encontra implantado *in utero*, ou seja, após a nidação, sendo que, neste passo, a tutela penal do embrião *in vitro* subsume-se às sanções previstas nos art.^{os} 34.º e ss., da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho⁷⁴⁵.

Por outro lado, o escopo legal dos art.^{os} 140.º e 141.º, do Código Penal, supõe a protecção do bem jurídico *vida intra-uterina*. Neste contexto, as lesões pré-natais praticadas durante a gestação, até ao período expulsivo do trabalho de parto ou início de execução de cesariana, e que, como tal, venham a conduzir a nado-morto, não correspondem ao tipo de ilícito previsto no art.º 131.º e ss., do Código Penal, em sede do Crime de Homicídio⁷⁴⁶.

De facto, ante o exposto, verifica-se que o legislador não contemplou as hipóteses de lesões à integridade física do embrião, seja por via dolosa ou negligente. Por conseguinte, também aqui a tutela jurídica se encontra confinada aos ditames do Direito Privado e da responsabilidade civil subjectiva por factos ilícitos⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ Cfr. Art.º 146.º, do Código Penal Espanhol, no que respeita ao crime de aborto negligente.

⁷⁴⁵ Cfr. J. M. DAMIÃO DA CUNHA, Art.º 140.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, *ob. cit.*, págs. 224 e ss., que defende que os embriões *in vitro* “não são merecedores de tutela penal tão alargada quanto a do feto implantado já no útero.”, pelo que, neste passo, “a tipificação de condutas sancionatórias (...) que incidam sobre embriões não implantados” não se revela completa e pode não obedecer a propósitos ou “finalidades estritamente de protecção do próprio embrião”.

⁷⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de Maio de 2013, Relator: Isabel Valongo, “(...) a morte do feto, no decurso de trabalho de parto, causada por profissionais de saúde, devido a violação das *legis artis*, consubstancia a prática de um crime de homicídio negligente.”; JORGE FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do Art.º 131.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, *ob. cit.*, págs. 7 a 9.

⁷⁴⁷ Cfr. Art.º 157.º, do Código Penal Espanhol, em sede de crime contra a integridade física do feto, praticado com dolo, e o art.º 158.º, do respectivo diploma legal, de forma negligente; VERA LÚCIA RAPOSO, *Aqueles que Nasceram (Breve Excurso sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-Natais)*, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, págs. 1081 a 1105, partindo do enquadramento legal traçado pelo Ordenamento Espanhol, propugna, *de jure condendo*, pela criação de um tipo de ilícito criminal contra as ofensas à integridade física do embrião e do feto, buscando, assim, garantir a tutela objectiva da vida intra-uterina e, por sua vez, em termos mediatos, o direito subjectivo à integridade física da criança portadora de deficiências, que venha a nascer. Já quanto aos embriões *in vitro*, defende que a respectiva protecção deverá figurar no âmbito de legislação específica de PMA; da mesma autora, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 452 a 456.

3.5. O Direito à Vida e o Dano da Morte – As Acções de *Wrongful Death*

3.5.1. Responsabilidade Civil e o Direito à Vida

Na verdade, o *direito à vida* encontra-se consagrado no art.º 24.º, n.º1, da CRP, nos termos do qual, se dita que, “A vida humana é inviolável”, podendo, bem assim, decantar-se da Tutela Geral da Personalidade inscrita no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil.

Por sua vez, em sede de Direito Criminal, o legislador estabelece, ainda, nos art.ºs 131.º e ss., do Código Penal, as competentes sanções no âmbito de crimes contra a vida⁷⁴⁸.

De todo em todo, cumpre referir que é, sobretudo, no que tange ao direito de indemnização por danos não patrimoniais pela perda da vida, designadamente, no terreno da responsabilidade civil, que emergem algumas querelas doutrinárias e jurisprudenciais, no Ordenamento Português e em Direito Comparado.

Com efeito, não resistem dúvidas de que a morte de um indivíduo faz convocar danos patrimoniais e não patrimoniais, que, em regra, constituem objecto de ressarcimento a terceiros, nos termos apreçados nos art.ºs 495.º, n.º1, e 496.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil. A este respeito, podem enunciar-se, desde logo, no espaço patrimonial, as despesas médicas e/ou de internamento hospitalar e respeitantes à morte, e, no plano não patrimonial (moral), o sofrimento e dor da própria vítima, antes do decesso, e, ainda, dos familiares.

Ora, partindo do entendimento de que as lesões em apreço ocorrem em momento precedente à morte da vítima, temos que o direito de indemnização por danos não patrimoniais que caberia ao *de cuius* transmite-se, destarte, por via sucessória, aos familiares elencados no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil.

Neste conspecto, porém, a questão que se coloca passa por apurar se, em face da morte do lesado, por ofensas à sua integridade física e vida, resultantes, por exemplo, de acidentes de viação, laborais, de procedimentos médicos e/ou cirúrgicos, o Direito Civil autoriza o ressarcimento da perda da vida, *stricto sensu*, isto é, enquanto dano autónomo, uma vez que, em rigor, o mesmo decorre aquando do *terminus* da personalidade jurídica, tal-qualmente, assim, imprime o art.º 68.º, n.º1, do Código Civil.

⁷⁴⁸ *Cfr.*, no palco Internacional, o art.º 2.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; também, a este propósito, VERA LÚCIA RAPOSO, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Direito à Vida*, in *Jurisprudência Constitucional*, *ob. cit.*, págs. 59 e ss..

De facto, no nosso Ordenamento, a doutrina e jurisprudência maioritárias têm-se pronunciado de modo favorável, no sentido de que a supressão do bem jurídico vida, e, portanto, o dano da morte, deve merecer, aqui, uma protecção ou tutela individual, no que concerne aos demais danos não patrimoniais do lesado, restando, no entanto, saber se a titularidade do direito de indemnização dos familiares advém por *mortis causa*, ao abrigo dos ditames sucessórios, ou já *de jure proprio*, num quadro legal de aquisição originária.

Por outro lado, a adensar a dificuldade quanto uma resposta unívoca, rege o art.º 496.º, do Código Civil, cuja respectiva construção literal e sistemática do legislador não permite decifrar, em termos expressos, a própria ressarcibilidade do dano da morte e, em seu turno, o regime, nos termos do qual, o competente direito surge na esfera jurídica dos familiares⁷⁴⁹.

A este respeito, uma parte da doutrina segue no pressuposto de que o art.º 496.º, do Código Civil, contempla o dano da morte, tomado, assim, em sentido estrito, pelo que o direito de indemnização, que, na verdade, jaz no património da vítima, transmite-se, *ex jure hereditario*, aos *familiares* indicados no art.º 496.º, n.º 2, do Código Civil.

Neste segmento, pode referir-se, desde logo, Vaz Serra, que considera que a lesão do direito à vida, enquanto direito de personalidade, laminado no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, exige da responsabilidade civil o ressarcimento dos respectivos danos, pelo que o direito de indemnização transmite-se, *mortis causa*, e apenas aos sucessores previstos no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil⁷⁵⁰.

Por outro lado, Diogo Leite de Campos sustenta que a “lesão de um direito absoluto, como é o direito à vida, deve corresponder uma indemnização pelo dano sofrido”, sob pena de se convidar ao crime de homicídio, fazendo assim intervir na

⁷⁴⁹ Cfr. Art.º 496.º, do Código Civil, “1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes. 4. O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.”

⁷⁵⁰ Cfr. VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do STJ, de 17 de Março de 1971, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 105.º, n.º 3469, Coimbra Editora, 1972, págs. 63 e 64, que destaca que cabe, ainda, aos respectivos familiares a indemnização dos seus próprios danos morais em virtude da morte do lesado.

conduta do lesante “agressões adequadas a provocar a morte imediata”, e em que não estaria em causa, sequer, o ressarcimento de ofensas corporais.

Com efeito, no entendimento do autor, apesar da ausência de menção expressa do legislador, o art.º 496.º, n.º2, do Código Civil, ao ditar, “por morte da vítima”, enquanto momento de abertura da sucessão, parece acolher a possibilidade da respectiva acção de responsabilidade civil não ter sido, ainda, instaurada, ou, ao invés, se o foi, o direito de indemnização ainda subjaz ao património do lesado.

Neste sentido, estaria, assim, justificada, desde logo, a transmissão, por via sucessória, do direito de indemnização por danos não patrimoniais padecidos pela vítima, contemplando, todavia, uma excepção ao elenco de herdeiros vertido no art.º 2133.º, do Código Civil.

Doutro passo, acrescenta que só no art.º 496.º, n.º4, 2ª parte, do Código Civil, e, articuladamente, com os respectivos n.ºs 1 e 2, se consagra, *tout court*, a indemnização do dano da morte do lesado e, como tal, os subsequentes danos não patrimoniais dos familiares⁷⁵¹.

A este respeito, cumpre, ainda, indicar a posição de Carvalho Fernandes, que defende que o quadro legal epigrafado no art.º 496.º, n.ºs 1 e 4, do Código Civil, tal-qualmente, aliás, sucede com o art.º 495.º, n.º1, do Código Civil, mas, desta feita, no que tange aos danos morais, compreende, na verdade, os prejuízos que medeiam desde a prática do facto ilícito até à morte do lesado⁷⁵².

Por sua vez, o art.º 496.º, n.º4, 2ª parte, reporta-se, desde logo, ao dano da perda da vida do lesado, pelo que o respectivo direito de indemnização transmite-se, por via sucessória, às pessoas mencionadas no n.º2, não obstante, como tal, aos seus danos não patrimoniais, também, aqui, consagrados⁷⁵³.

Finalmente, também André Dias Pereira propugna pela indemnização do dano da morte do lesado, cujo direito de indemnização se transmite, de modo sucessório, aos

⁷⁵¹ O autor refere, inclusive, que, no art.º 496.º, n.º 4, do Código Civil, o legislador buscou, assim, afastar-se dos prejuízos a que se refere o competente n.º2; *Cfr.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Indemnização do Dano da Morte*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. L, 1974, págs. 264 a 272; do mesmo autor, *A Vida, a Morte e a sua Indemnização*, in *BMJ*, n.º 365, 1987, págs. 14 e ss.; *Os Danos Causados pela Morte e a sua Indemnização*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *ob. cit.*, págs. 133 a 137; *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Reimpressão da Edição de 1997, Almedina, 2010, págs. 561 a 569.

⁷⁵² Neste segmento, cabem, aqui, os danos não patrimoniais dos familiares referidos no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil, e os padecidos pela vítima, cujo direito de indemnização se transmite, *mortis causa*, aos herdeiros.

⁷⁵³ *Cfr.* CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição, *Quid Juris*, 2012, págs. 69 a 74.

familiares enunciados no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil. Neste contexto, defende que o *direito à vida*, enquanto direito de personalidade, terá que merecer a tutela do direito, ao abrigo, sobretudo, da função sancionatória do instituto da responsabilidade civil⁷⁵⁴.

Por outro lado, deixe-se uma nota de referência para a doutrina que, apesar de admitir o ressarcimento do dano da morte, entende que o respectivo direito do lesado se projecta, por via *sucessória*, na esfera jurídica dos *herdeiros*, nos termos ditados pelo regime geral, previsto nos art.ºs 2131.º e ss., do Código Civil.

Neste conspecto, Menezes Cordeiro defende que o Ordenamento Jurídico deverá garantir a protecção do *direito à vida*, na medida em que este constitui um bem supremo, *rectius*, o “direito máximo”, que cabe, naturalmente, ao seu titular. E tal justifica-se, outrossim, porquanto a responsabilidade civil, além de uma dimensão reparatória, comporta um traçado punitivo, retributivo e de prevenção.

Por conseguinte, na hipótese de “supressão do direito à vida”, a pretensão indemnizatória em sede de danos morais obedece ao direito sucessório, pelo que poderá ser intentada pelos herdeiros, *tout court*, de acordo com os art.ºs 2024.º e ss., do Código Civil, e não pelos indivíduos elencados no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil⁷⁵⁵.

Aqui chegados, importa, ainda, enunciar a posição doutrinal que defende que o direito de indemnização resultante do dano da morte do lesado é concedido, *de jure proprio*, aos familiares prefigurados no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil.

De facto, no parecer de Capelo de Sousa, o art.º 496.º, n.º2, do Código Civil, ao invés do Anteprojecto esboçado por Vaz Serra, em que, expressamente, se consagrava

⁷⁵⁴ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 135 a 139, que destaca que, no âmbito do art.º 496.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil, se deve exigir ao lesante o ónus da prova de que, em respeito às pessoas aí mencionadas, titulares do direito de indemnização, não figurava uma “*relação de afeto*” com a vítima. Em acréscimo, refere que não deve, como tal, acolher-se a tese que defende que o direito de indemnização pelos danos não patrimoniais resultantes da morte do lesado opera de acordo com as regras gerais do direito sucessório, já que, aqui, o Estado, enquanto herdeiro legítimo, poderia, inclusive, ser chamado a receber a respectiva compensação.

⁷⁵⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, págs. 181 a 188, considera que o ressarcimento do dano da morte revela-se premente ao nível jurisprudencial, permitindo, assim, compensações mais adequadas no que tange à ofensa do direito à vida; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 351 a 355, que entende que a perda do direito à vida corresponde a um dano autónomo, pelo que o respectivo direito de indemnização, autorizado, em certo passo, no art.º 3.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, e art.º 2.º a), da Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio, deverá transmitir-se aos herdeiros, por via sucessória, e nos moldes apregoados pelos art.ºs 2024.º e 2133.º, do Código Civil; para mais desenvolvimentos, GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, 6ª Edição, Coimbra Editora, 1991, págs. 96 e ss.; JOSÉ GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Quid Juris, 2009, págs. 25 a 27; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, pág. 602; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, pág. 114; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *(Im) pertinência da Autonomização dos Danos Puramente Morais? Considerações a Propósito dos Danos Morais Reflexos*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Janeiro/Março 2014, págs. 9 a 18.

que o direito de indemnização pelo dano da morte se transmitia por via sucessória, parece caminhar no sentido de que este emerge na esfera jurídica dos respectivos titulares enquanto direito próprio, desta feita, autorizado pelo legislador, e, portanto, não resulta do património do lesado⁷⁵⁶.

Por sua vez, para outro entendimento doutrinal, em relação ao qual, se destaca Oliveira Ascensão, o art.º 496.º, n.ºs 2 e 4, do Código Civil, subsume-se apenas aos danos não patrimoniais padecidos pelos familiares da vítima, já que, em face do art.º 68.º, n.º1, do Código Civil, com o termo da personalidade jurídica, não pode, *rectius*, falar-se em dano da morte, e, neste contexto, de um direito de indemnização⁷⁵⁷.

Na verdade, pela nossa parte, defendemos que a ofensa ao direito à vida, cuja tutela jurídica se encontra epigrafada no art.º 24.º, da CRP, e art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, contempla o dano da morte, *stricto sensu*, e, destarte, padecido pelo lesado, pelo que o competente direito de indemnização é, assim, transmitido, por via sucessória, e, portanto, *ex jure hereditario*, aos familiares ditados pelo legislador no art.º 496.º, n.ºs 2 a 4, do Código Civil.

Com efeito, a este propósito, não merece acolhimento a tese que propugna pela transmissão do respectivo direito de indemnização ao abrigo do regime geral do Direito das Sucessões, nos termos consagrados pelos art.ºs 2024.º e ss., e atento o art.º 2133.º, do Código Civil, na medida em que poderia, aqui, ser chamado a intervir, designadamente, como *herdeiro legítimo*, um familiar afastado, e sem relação de proximidade ou de *afecto* com a vítima, ou, até mesmo, neste passo, o próprio Estado.

⁷⁵⁶ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2000, págs. 316 a 325, considera que a tese expandida, nos termos da qual, o legislador determina a *aquisição originária* do direito de indemnização aos familiares próximos do lesado, nos moldes estabelecidos no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil, encontra, também, arrimo, no facto de que a disposição normativa em apreço está, na verdade, inscrita na secção respeitante aos ditames da Responsabilidade Civil e não já do Direito Sucessório; também, ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do STJ, de 25 de Maio de 1985, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 123.º, n.ºs 3795-3798, Coimbra Editora, 1991, págs. 192 e 251 a 253, entende que a alteração ao Anteprojecto do Código Civil, no art.º 496.º, supõe, invariavelmente, que o legislador “quis manifestamente chamar *estas* pessoas, por *direito próprio*, a receberem, como titulares *originários* do direito, a indemnização dos danos não patrimoniais causados à vítima (...); do mesmo autor, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 610 a 614; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 499 a 502; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 1987, págs. 493 e 494 e 527 a 529; FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, *ob. cit.*, págs. 156 a 164; HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *ob. cit.*, págs. 303 e 304.

⁷⁵⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Sucessões*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2000, págs. 243 e ss.; também, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, Lex, 1993, págs. 45 e ss.; *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, 2012, págs. 51 a 62, que refere, ainda, neste passo, o ressarcimento pelos danos não patrimoniais sofridos pelo lesado antes da morte, cujo direito se transmite por, via sucessória, aos familiares enunciados no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil.

Por outro lado, cremos que se afigura desprovida de significado a doutrina que, em seu turno, sustenta que o direito de indemnização que caberia ao lesado é atribuído pelo legislador, de forma imediata ou *directa*, aos indivíduos referidos no art.º 496.º, n.º2, do Código Civil, já que está, assim, subjacente a aquisição originária ou *de jure proprio* de um direito que, em rigor, cabe, apenas, à vítima.

Neste conspecto, e, sobretudo, no palco jurisprudencial, a questão assume um enorme relevo, porquanto os familiares, ainda que a título distinto, acabariam, de facto, por merecer o direito subjectivo a ser ressarcidos, num contexto geral, não só pelo dano da morte, mas também pelos seus próprios danos não patrimoniais, todavia ambos, aparentemente, respeitantes ao mesmo facto ilícito, circunstância essa que, na verdade, não se mostra conforme aos princípios basilares do instituto da responsabilidade civil.

Por conseguinte, apesar da ausência de menção expressa pelo legislador, temos que o escopo teleológico que presidiu à criação do art.º 496.º, do Código Civil, permite apurar, desde logo, e *a contrario* do disposto nos respectivos n.ºs 2 a 4, 2ª parte, o direito de indemnização do lesado por danos não patrimoniais por ofensas à integridade física e, outrossim, o dos seus familiares, nas circunstâncias em que não sobreveio morte.

Em acréscimo, nas hipóteses em que a violação da integridade física e vida do lesado venham a determinar a sua morte, cumpre referir os danos não patrimoniais *sofridos* pela vítima, antes da morte, e a própria perda da vida, pelo que o competente direito de indemnização transmite-se, *ex jure hereditario*, aos respectivos familiares, nos termos apregoados no art.º 496.º, n.ºs 2 a 4, 2ª parte, do Código Civil, sem prejuízo, neste contexto, dos danos não patrimoniais por estes padecidos, e cuja pretensão ressarcitória, como tal, emerge, *de jure proprio*.

Por outro lado, no Ordenamento Português, a jurisprudência tem, em regra, aceite a indemnização pelo dano da morte, *stricto sensu*, não figurando, todavia, um entendimento consensual quanto à titularidade do direito de indemnização, isto é, se por via sucessória, ou por direito próprio, autorizado pelo legislador⁷⁵⁸.

⁷⁵⁸ Cfr., no domínio sucessório, Acórdão do STJ, de 17 de Março de 1971, Relator: Fernando de Miranda, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 105.º, n.º 3469, Coimbra Editora, 1972, págs. 53 a 63; Acórdão do STJ, de 7 de Julho de 2009, Relator: Pires da Graça; Acórdão do STJ, de 14 de Julho de 2009, Relator: Sebastião Póvoas; enquanto direito dos familiares, Acórdão do STJ, de 5 de Fevereiro de 2009, Relator: Oliveira Rocha; Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2009, Relator: Garcia Calejo; Acórdão do STJ, de 12 de Setembro de 2013, Relator: Bettencourt de Faria, in *www.dgsi.pt*; também, CURA MARIANO, *A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro Já Concebido e os Imperativos Constitucionais da Tutela do Direito à Vida*, in *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, *ob. cit.*, págs. 97 e 98; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, págs. 184 a 188.

No que tange ao Direito Comparado Europeu, o ressarcimento pela perda da vida é negado na completude dos Ordenamentos, apenas se autorizando, caso seja, a indemnização do dano da morte *latu sensu*, isto é, consubstanciado no sofrimento e dor de terceiros, em virtude do falecimento do lesado⁷⁵⁹.

Destarte, no Ordenamento Italiano, a jurisprudência tem rejeitado a indemnização pela supressão da vida, concedendo, todavia, provimento, *jure successionis*, dos danos não patrimoniais padecidos pelo lesado antes do decesso, e, *de jure proprio*, pelos respectivos familiares, conquanto que medeie entre a prática do facto ilícito e a morte, um lapso de tempo substancial⁷⁶⁰.

Em sede do Direito Inglês, rege o *Fatal Accidents Act*, de 1976, alterado pelo *Administration of Justice Act*, de 1982, que veda a indemnização pelo dano da morte, em sentido estrito, e apenas se pronuncia de modo favorável, ao abrigo da Secção 1A, quanto ao ressarcimento do dano de luto ou *bereavement damage*, ao cônjuge, pelo que, tratando-se de menor, e que não haja contraído matrimónio, à autoridade parental, e, sendo ilegítimo, apenas à progenitora⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Cfr. HELMUT KOZIOL, *Wrongful Death - Basic Questions*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, ob. cit., págs. 33 e 34, que dita que, “(...) we have again to put the question whether there exists, in addition to or instead of the dependants’ claim, a claim of the victim himself to compensation of his loss of life (...)”. Por outro lado, “One has to point out that awarding compensation for this non-pecuniary loss will not achieve the aim of such compensation as the victim is not in a position to gain advantages and thus to compensate the bad feelings caused by the fatal injury. The advantage of such claims would solely be gained by the surviving dependants who inherit them.”. Na verdade, apesar do autor não descartar a possibilidade de uma acção de responsabilidade civil quanto ao ressarcimento pelo dano da morte, considera, desde logo, que será, invariavelmente, difícil apurar, no âmbito do *quantum* indemnizatório, o valor do bem jurídico vida. Em acréscimo, defende que, “(...) the legal system has to decide whether the surviving dependants shall have a claim in their own right or inherit a claim of the deceased victim.”; W.V.H. ROGERS, *Death and Non-Pecuniary Loss*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, ob. cit., págs. 53 e ss., destaca que, via de regra, é autorizado o ressarcimento pelos danos morais sofridos pelo falecido antes da morte, e cujo direito de indemnização se transmite por via sucessória, mas não já a perda da vida *per se*.

⁷⁶⁰ Cfr. MASSIMILIANO DE LUCA, ANGELA GALIONE, STEFANO MACCIONI, *La Responsabilità Medica, Profili penali, civili, contabili e disciplinari*, GRUPPO 24 ORE, 2011, págs. 330 a 332, que referem, no entanto, que a *Corte di Cassazioni* não estabelece “il limite temporale che giustifica o meno la risarcibilità iure ereditario, lasciando la determinazione di tale necessario elemento alla discrezionalità delle corti di merito”. Neste contexto, indicam, por exemplo, o Aresto do Tribunal de Cassação, de 21 de Julho de 2004, Sezione III, n.º 13585; ainda, MARIA MANUEL VELOSO, *Danos não Patrimoniais, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, ob. cit., pág. 525, que salienta que a posição jurisprudencial não tem sido perfilhada pela doutrina, que entende que, neste contexto, é apenas objecto de ressarcimento a lesão da integridade física e não do direito à vida, cuja respectiva ofensa é, na verdade, mais premente.

⁷⁶¹ Cfr. Secção 1A, do *Fatal Accidents Act* de 1976, “(1) An action under this Act may consist of or include a claim for damages for bereavement. (2) A claim for damages for bereavement shall only be for the benefit - (a) of the wife or husband of the deceased; and (b) where the deceased was a minor who was never married - (i) of his parents, if he was legitimate; and (ii) of his mother, if he was illegitimate. (...)”; Por outro lado, no que concerne aos danos patrimoniais, rege a indemnização pela perda de rendimentos em virtude da morte do lesado e as despesas respeitantes ao funeral, aos indivíduos enunciados na Secção 1 (3), e nos termos laminados na Secção 3, do *Fatal Accidents Act* de 1976; para mais desenvolvimentos,

Por sua vez, nos Ordenamentos Jurídicos Francês e Belga é autorizada a compensação respeitante aos danos morais, e, em rigor, ao *préjudice d'affection*, de terceiros próximos do lesado, não figurando, assim, no enquadramento normativo traçado pelo legislador um elenco dos respectivos titulares do direito de indemnização⁷⁶².

Doutro passo, no que concerne ao Sistema Jurídico Alemão, e, a partir de 1990, admite-se o ressarcimento pelos danos morais sofridos pelo lesado em fase anterior à morte, pelo que o respectivo direito de indemnização transmite-se aos herdeiros, de acordo com o regime geral do Direito Sucessório. Não obstante, é vedada a indemnização no que respeita aos danos não patrimoniais padecidos pelos familiares em virtude da morte do lesado⁷⁶³.

Neste apartado, cumpre, assim, referir que, em Direito Comparado, apenas nos EUA se admite, em alguns Estados, a indemnização pelo dano da morte, no âmbito das acções de *wrongful death*⁷⁶⁴.

CHRISTIANE C. WENDEHORST, *Wrongful Death and Compensation for Pecuniary Loss*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, *ob. cit.*, págs. 35 e ss..

⁷⁶² Cfr. W.V.H. ROGERS, *Death and Non-Pecuniary Loss*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, *ob. cit.*, págs. 56 e 57, destacando, também, neste conspecto, a Grécia, ainda que o direito de indemnização esteja, aqui, confinado aos familiares, nos termos do art.º 932.º, do Código Civil.

⁷⁶³ Neste sentido, cumpre referir o Direito Holandês, que veda, igualmente, a compensação pelo dano da morte e pelos danos morais dos familiares. Quanto à Áustria e Finlândia, rejeitam a indemnização pela perda da vida, e apenas admitem o ressarcimento pelos danos morais padecidos pelos familiares, na circunstância em que o facto ilícito tenha sido praticado com negligência grosseira ou com dolo; W.V.H. ROGERS, *Death and Non-Pecuniary Loss*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, *ob. cit.*, págs. 55 a 58, que perfilha do entendimento apregoado pelo Ordenamento Alemão, ao invés da posição estabelecida nos *Principles of European Tort Law* e no *Study Group on a European Civil Code*, coordenado por Von Bar, em que se propugna, de facto, pela compensação dos danos morais de terceiros próximos da vítima; MIQUEL MARTÍN CASALS, *Conceptos Perjudiciales (heads of damage) en la Indemnización por Muerte y por Lesiones Personales en Europa*, *indret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013, pág. 15, in www.indret.com, que refere, contudo, que, no Direito Alemão, pode ser autorizada a indemnização de danos morais por morte da vítima, nas hipóteses de “aflicción” e, portanto, choque emocional que tenha, assim, determinado *patologia médica*; MARIA MANUEL VELOSO, *Danos não Patrimoniais*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *ob. cit.*, págs. 524 e ss..

⁷⁶⁴ Na verdade, o ressarcimento pelos “*Hedonic Damages*” e, portanto, *supressão da vida*, está autorizado, desde logo, no “Statute” das acções de *wrongful death*, por exemplo, da Geórgia, New Mexico, Arkansas, Connecticut e New Hampshire, e, no palco federal, em sede de acções de responsabilidade civil, da Secção 1983 de Civil Rights; CINDY DOMINGUE-HENDRICKSON, *WRONGFUL DEATH - New Mexico Adopts Hedonic Damages in the Context of Wrongful Death Actions: Sears v. Nissan (Romero v. Byers)*, in *New Mexico Law Review*, Vol. 25, n.º2, 1995, págs. 385 a 397; JAMES M. FISCHER, *Understanding Remedies*, 2ª Edição, Lexis-Nexis, 2006, n.º 73.4.

3.5.2. O Direito de Indemnização pelo Dano da Morte do Nascituro

De facto, no Ordenamento Português está, assim, consagrado o direito de indemnização pelo dano da morte, *stricto sensu*, no que tange a pessoas jurídicas, e, portanto, titulares do direito à vida, prefigurado no art.º 24.º, da CRP, e no art.º 70.º, do Código Civil.

A este propósito, remanesce, no entanto, apurar se o nascituro concebido, enquanto bem juridicamente protegido, merece a protecção ou tutela do sistema jurídico na circunstância de supressão da vida *in utero* ou *in vitro*.

Na verdade, a posição doutrinal e jurisprudencial dominante veda, por completo, a pretensão dos progenitores por *wrongful fetal death*, desde logo, porque a tutela objectiva conferida ao nascituro em caso de lesões à integridade física não contende com o preceituado no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil.

Destarte, o nascituro, após o nascimento, adquire personalidade jurídica, e pode ser, aqui, titular de direitos subjectivos, entre os quais, se destaca o direito à integridade física e o direito à vida.

Neste conspecto, temos que as ofensas cometidas em momento pré-natal constituem, em rigor, lesões da própria criança, que, entretanto, veio a nascer viva, e, como tal, portadora de deficiências.

Por conseguinte, enquanto pessoa jurídica, e ainda que através do instituto da representação legal, poderá, desta feita, intentar uma acção de *prenatal injury*, de forma a obter o ressarcimento pelos danos patrimoniais e morais. Ademais, se a criança vier a falecer na sequência das lesões, nada obsta a que os progenitores sejam indemnizados, *inter alia*, pelo dano da perda da vida, ao abrigo dos art.ºs 70.º, n.º1, e 496.º, n.ºs 2 e 4, do Código Civil.

De todo em todo, na hipótese de nado-morto, cremos que, pelo menos para efeitos jurídicos, se afigura desprovido de significado falar-se de morte, já que o nascituro não chega a nascer, e, portanto, não dispõe da titularidade subjectiva do direito à vida. Ora, neste apartado, apenas se poderá autorizar a indemnização pelos danos morais da grávida (casal), designadamente, pela *perda fetal*⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, *ob. cit.*, págs. 355 e 356, que indica que a ofensa à integridade física do nascituro compreende um acto ilícito, pelo que, destarte, “A morte do nascituro dará lugar a direitos à indemnização por danos morais, funcionando o artigo 496.º. Além disso, todos os danos patrimoniais provocados aos pais do nascituro deverão ser ressarcidos. Quanto ao nascituro em si: não tendo havido nascimento, o direito à

A este respeito, cumpre referir o Acórdão do STJ, de 21 de Setembro de 2006, que dita que o sistema jurídico não prefigura um “direito autónomo à vida do feto”, pelo que apenas a progenitora terá ter direito a ser indemnizada pelos danos morais resultantes da morte do nascituro⁷⁶⁶.

Todavia, uma parte da doutrina tem defendido que a morte do nascituro constitui um dano que, como tal, deverá ser objecto de ressarcimento.

Neste apartado, pode referir-se, desde logo, Cura Mariano que considera que, mesmo nas circunstâncias em que, em face da lesão de um bem jurídico, não ocorra a violação de um direito subjectivo, nada obsta a que a responsabilidade civil seja chamada a intervir, justamente no âmbito da sua função sancionatória e, *maxime*, estando em apreço a compensação por danos não patrimoniais.

Com efeito, o autor sustenta que tal posição encontra, na verdade, arrimo no traçado normativo estabelecido no art.º 483.º, n.º1, 2ª parte, do Código Civil, em que se admite como facto ilícito a ofensa de normas de protecção destinadas a proteger interesses alheios, cabendo, aqui, *latu sensu*, a violação de “um dever geral de conduta de respeito pelo bem jurídico vida” do nascituro, ainda que, invariavelmente, num espaço de tutela objectiva.

Por outro lado, uma vez que o nascituro, ao abrigo do art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, não tem personalidade jurídica, e, portanto, não figura, desta feita, um património do lesado, que, no palco sucessório, permita a transmissão, *qua tale*, de um direito de indemnização pela perda da vida, este é, assim, conferido, *de jure proprio*, aos respectivos familiares, nos termos prefigurados pelos art.ºs 496.º, n.ºs 2 e 4, do Código Civil, já que o terreno consignado pelas expressões “*por morte da vítima*” e “*danos não*

indemnização do próprio não se constitui. Trata-se de uma consequência do artigo 66.º/1, justificada por razões sociais e dogmáticas (...); ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 263 e 264; VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 408 a 414; também, ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do STJ, de 25 de Maio de 1985, *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 123.º, n.ºs 3795-3798, *ob. cit.*, págs. 189 a 192, 251 a 256 e 278 a 281.

⁷⁶⁶ *Cfr.* Acórdão do STJ, de 21 de Setembro de 2006, Relator: Rodrigues da Costa; neste sentido, Acórdão do STJ, de 9 de Outubro de 2008, Relator: Bettencourt de Faria, que refere que o preceituado no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, “ao atribuir a personalidade jurídica, apenas ao nascido com vida”, apresenta-se conforme com o art.º 24.º, n.º1, da CRP, “quando diz que a vida humana é inviolável, uma vez que o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa. (...) Assim, não há lugar à reparação por perda do direito à vida de um feto que faleceu em consequência de acidente de viação.”.

patrimoniais sofridos pela vítima” contempla, na verdade, a supressão da vida do embrião ou feto⁷⁶⁷.

A este propósito, Capelo de Sousa defende que o nascituro concebido é um *bem juridicamente protegido*, pelo que merece protecção ou tutela no que respeita a ofensas à sua integridade física ou vida, designadamente, nas hipóteses de morte fetal, *in utero*, nos termos prefigurados no art.º 24.º, n.º1, da CRP, e art.º 70.º, do Código Civil. Ora, sobretudo, neste passo último, o Professor considera que se mostra premente a configuração de uma *personalidade jurídica parcial do nascituro*, por forma a garantir, ainda que, por via do instituto da representação legal, a eficácia jurídica perante terceiros do respectivo direito subjectivo da *vida intra-uterina*⁷⁶⁸.

Em acréscimo, Rita Lobo Xavier indica que, pese embora o facto de, ao abrigo do art.º, 66.º, n.º1, do Código Civil, só existir personalidade jurídica após o nascimento, a verdade é que, em rigor, esta *integra*, na sua completude, a tutela jurídica do indivíduo desde a concepção. Destarte, pode, assim, considerar-se, no âmbito de lesões pré-natais, a protecção da integridade física da pessoa jurídica, que nasceu com vida, e, outrossim, a vida intra-uterina, enquanto bem jurídico *per se*, e cuja tutela deverá ser autorizada, mesmo nas circunstâncias de nado-morto⁷⁶⁹.

No que tange ao direito de indemnização pela supressão da vida intra-uterina, defende que o mesmo deverá ser reconduzido à grávida, no âmbito da violação do respectivo direito de autodeterminação reprodutiva. De facto, no seu parecer, “Se um nascituro sofre lesões provocadas por terceiro que lhe provocam a morte”, o sistema

⁷⁶⁷ Cfr. CURA MARIANO, *A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro Já Concebido e os Imperativos Constitucionais da Tutela do Direito à Vida*, in *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, *ob. cit.*, págs. 103 a 112, refere, ainda, que a ausência de protecção jurídica do nascituro concebido em sede de Direito Penal, designadamente, no que tange ao tipo de ilícito de crime de aborto negligente, justifica, como tal, no plano indemnizatório, a actuação da responsabilidade civil. Neste passo, “o critério normativo de que a morte de um nascituro concebido não é um dano indemnizável revela-se inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 24.º, n.º1, e 2, da Constituição.”; neste sentido, JORGE MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2009*, in *O Direito*, Ano 142.º, n.º II, Almedina, 2010, págs. 408 a 412.

⁷⁶⁸ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *ob. cit.*, págs. 162 a 167 e 361 a 364, entende que o art.º 496.º, n.ºs 2 a 4, do Código Civil, contempla o direito de indemnização pela *supressão da vida* do nascituro. Por outro lado, destaca, ainda, que a posição avançada se estende, bem assim, aos embriões *in vitro*, pelo que a respectiva *lesão* ou *morte* prefigura um ilícito civil, que determina, como tal, o apuramento de responsabilidade civil, nos termos ditados pelos art.ºs 483.º, n.º1, e 70.º, n.º1, do Código Civil; neste sentido, PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, *ob. cit.*, págs. 50 e ss., que refere que “A todo o embrião humano deve reconhecer-se, em consequência da inviolabilidade (...) da vida humana e do respeito pela dignidade humana, o direito fundamental ao nascimento”, pelo que os embriões *in vitro* têm, bem assim, “um direito à implantação uterina” e, como tal, “direito à gestação”.

⁷⁶⁹ A este respeito, a autora defende que a personalidade jurídica se trata apenas de uma “categoria formal”, pelo que não constitui um mecanismo “adequado e operacional” para assegurar a tutela juscivilística do nascituro.

jurídico deverá, como tal, autorizar a respectiva compensação à progenitora dos danos não patrimoniais concernentes à “privação da vida do nascituro” e dos seus respectivos danos morais. Neste conspecto, “a tutela da vida do nascituro basta-se, pois, com a que lhe é conferida pelo direito da própria mãe a que a sua gravidez não seja interrompida.”⁷⁷⁰.

Finalmente, deixe-se, ainda, a posição de Álvaro Dias, que considera que, à parte da protecção jurídica do *interesse* ou integridade moral dos progenitores, não pode, como tal, descartar-se a tutela do próprio *bem do nascituro*, em face da prática do acto ilícito que veio a determinar a supressão da vida intra-uterina, ainda que em momento anterior ao período de viabilidade fetal⁷⁷¹.

Na verdade, ante o exposto, perfilhamos do entendimento doutrinal e jurisprudencial que veda a indemnização da perda da vida do nascituro, sem prejuízo, contudo, do ressarcimento dos danos morais dos progenitores em face da respectiva interrupção da gravidez e, portanto, nado-morto, nos termos prefigurados no art.º 496.º, n.º1, do Código Civil⁷⁷².

De facto, a tese em apreço mostra-se, em rigor, conforme, desde logo, ao traçado normativo inscrito no art.º 66.º, n.º1, do Código Civil, e, outrossim, ao regime jurídico de despenalização do aborto, nas situações ditadas no art.º 142.º, n.º1, do Código Civil.

⁷⁷⁰ Na verdade, salienta que a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro, ao estabelecer uma *juridificação* da relação materno-fetal, poderia revelar-se penosa, e arrastar implicações, designadamente, em sede de responsabilidade civil da progenitora, na eventualidade de conduta negligente. Cfr. RITA LOBO XAVIER, *O Direito Civil e a Protecção dos Nascituros: Algumas Considerações Acerca do Momento da Aquisição da Personalidade Jurídica no Direito Português*, in *Brotéria*, Vol. 147, 1998, págs. 76 a 84.

⁷⁷¹ Neste traçado, o autor destaca, ainda, a questão do *destino dos embriões excedentários*, pelo que, aparentemente, remete, outrossim, a posição expandida para o caso do nascituro concebido *in vitro*. Cfr. ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2001, págs. 496 a 500; do mesmo autor, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 207 a 218.

⁷⁷² Cfr., todavia, no palco jurisprudencial, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2013, Relator: Sílvia Pires, que julgou procedente a indemnização do dano da morte do nascituro e dos respectivos danos morais do progenitor, nos termos epigrafados pelos art.ºs 483.º, n.º1, 2ª parte, e 496.º, n.º2, do Código Civil.

CAPÍTULO III
A GINECOLOGIA ONCOLÓGICA
E A PROcriação Medicamente Assistida

1. Notas Introdutórias

No âmbito dos cuidados de saúde reprodutiva toma relevo premente a *Ginecologia Oncológica*, sobretudo, dada a sua estreita conexão com a fertilidade da mulher.

Com efeito, os principais problemas ético-jurídicos emergem, desde logo, ao nível do rastreio de patologias cancerígenas, que deve ser realizado nos termos apregoados pelos respectivos *protocolos* e *guidelines*, de forma a garantir, neste passo, um diagnóstico atempado e a prossecução ou não do correspondente tratamento médico, atento o direito de autodeterminação da paciente.

Neste conspecto, refira-se, também, que, se um concreto procedimento médico vier a ser executado de forma negligente, e, portanto, implicar lesões na integridade física da paciente, poderá, certamente, entrar em palco o instituto da responsabilidade civil.

Por outro lado, importa, ainda, destacar que, as mais das vezes, os procedimentos clínicos ou cirúrgicos executados em sede de doença oncológica podem determinar a perda temporária ou definitiva da fertilidade da mulher. Ora, tal cenário exige do médico a comunicação adequada desses riscos, e, outrossim, das técnicas de PMA existentes ao nível da preservação da fertilidade.

Destarte, a falha do dever de informação, que, assim, priva a mulher da possibilidade de realizar, antes do tratamento oncológico, os ditos procedimentos, terapêuticos e/ou de criopreservação, poderá desembocar numa acção de responsabilidade civil, e, como tal, num quadro de ressarcimento pelos danos resultantes da perda de fertilidade.

Ante o exposto, cumprirá efectuar um estudo que permita analisar os cuidados de saúde reprodutiva da mulher no terreno da Ginecologia Oncológica, legando um breve apontamento quanto às respectivas técnicas de preservação da fertilidade.

Em acréscimo, no que concerne à responsabilidade civil por violação do dever de esclarecimento, *maxime*, ao nível das consequências jurídicas do facto ilícito, afigura-se de crucial relevo destacar a figura da *perda de chance*, enquanto *chance de cura* ou *sobrevivência*, em casos de falha de diagnóstico de cancro, e/ou, noutro passo, *chance* de conceber de modo natural ou poder conceber de todo, já em sede de fertilidade.

2. Consulta de Ginecologia e Técnicas de Preservação da Fertilidade

No espaço da saúde reprodutiva da mulher, cumpre indicar a consulta de planeamento familiar, que integra os cuidados de saúde primários, e, nos termos da qual, é efectuado o rastreio do cancro da mama e do colo do útero⁷⁷³.

Destarte, na hipótese de resultado positivo, a paciente é encaminhada para uma consulta de planeamento familiar de referência, que tem lugar em Unidades Hospitalares com serviços de Ginecologia-Obstetrícia⁷⁷⁴.

Neste apartado, o médico deverá proceder a uma avaliação da condição de saúde da paciente e realizar exames de diagnóstico confirmativos da suspeita de patologia oncológica.

Ora, tratando-se, efectivamente, de doença neoplásica, entra em palco a consulta de *ginecologia oncológica*, cabendo ao médico, no exercício das suas funções, o cumprimento adequado do dever de esclarecimento, em respeito aos ditames prefigurados pelas *leges artis*.

Desta feita, mostra-se, aqui, relevante a prestação de informação sobre os competentes tratamentos médicos e/ou cirúrgicos e sua finalidade, vantagens e riscos *previsíveis e graves*, com destaque, neste passo, para a eventual perda de fertilidade. Além disso, deve, igualmente, ser gizada referência quanto às opções alternativas, em sede de procedimentos terapêuticos ou cirúrgicos, e, como tal, o seu respectivo alcance, benefícios e riscos. Finalmente, deve, ainda, ser remetida à paciente a informação necessária em relação a técnicas de preservação da fertilidade⁷⁷⁵.

A este propósito, importa salientar que a Medicina tem conhecido uma evolução premente no terreno da PMA e da *Ginecologia Oncológica*, dispondo, actualmente, de

⁷⁷³ De facto, em regra, no âmbito da Ginecologia Oncológica, figura, apenas, o rastreio da mama, sobretudo, com recurso a exame imagiológico, e o rastreio do colo do útero, através de *pap smear*; V., para mais desenvolvimentos, *Saúde Reprodutiva, Planeamento Familiar. Orientações Direcção-Geral da Saúde*, ob. cit., pág. 6; SPG, *Sociedade Portuguesa de Ginecologia, Cancro Ginecológico, Consensos Nacionais*, 2013, págs. 2 e ss.; FERNANDO MOTA, *Compêndio de Ginecologia Oncológica*, Lidel, 2012, págs. 31 e ss.; SARAH FELDMAN, *Making Sense of The New Cervical-Cancer Screening Guidelines*, in *The New England Journal of Medicine*, Vol. 365, n.º23, 2011, págs. 2145 a 2147.

⁷⁷⁴ Cfr. Art.º 4.º, n.º1, da Lei n.º 3/84, de 24 de Março, Educação Sexual e Planeamento Familiar; Art 6.º, n.º1, e n.º2, al. a), do Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17 de Outubro.

⁷⁷⁵ Cfr. D. MEIROW, H. BIEDERMAN, R.A. ANDERSON e W.H. WALLACE, *Toxicity of Chemotherapy and Radiation on Female Reproduction*, in *Clinical Obstetrics and Gynecology*, Vol. 53, n.º4, 2010, págs. 727 a 739; J. STROUD, D. MUTCH, J. RADER, M. POWELL, P. THAKER e P. GRIGSBY, *Effects of Cancer Treatment on Ovarian Function*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 92, n.º2, 2009, págs. 417 a 427.

procedimentos terapêuticos e cirúrgicos destinados a garantir a preservação da fertilidade da mulher, sobretudo, na eventualidade de tratamentos oncológicos.

Neste conspecto, pode indicar-se, desde logo, a prescrição de terapêutica hormonal, indutora da ovulação, sobretudo, Agonistas de GnRH, que determinam a produção de FSH e LH.

Por outro lado, no que tange a procedimentos médicos e/ou cirúrgicos invasivos, cumpre referir *a transposição de ovários*, que é uma técnica executada, em regra, por via laparoscópica, e que se consubstancia em afastar ou, *rectius*, transpor os ovários da zona pélvica, que, destarte, será objecto de radiação, no âmbito de tratamento de doença oncológica. Em acréscimo, legue-se, bem assim, nota de referência para a colheita de *tecido ovárico*, através de cirurgia por laparoscopia ou laparotomia, de forma a ser criopreservado, e, na sequência do tratamento da respectiva patologia neoplásica, reimplantado, autorizando, neste contexto, a salvaguarda do processo ovulatório, e, como tal, da fertilidade. Na verdade, também aqui cabe, inclusive, a *punção de gâmetas* da mulher antes da maturação ovocitária, designadamente, a partir do tecido extraído, seguida, desta feita, da inerente criopreservação⁷⁷⁶.

A este respeito, pode também enunciar-se a hipótese de *criopreservação de ovócitos e embriões*, mesmo nas circunstâncias em que não haja sido realizado procedimento terapêutico de hiperestimulação da ovulação.

De facto, ante o exposto, não resistem dúvidas de que a PMA dispõe de várias técnicas que, uma vez realizadas em tempo, poderão, como tal, obstar à *perda de chance de fertilidade* e/ou de conceber de modo natural⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ A este respeito, cumpre destacar que, não raras vezes, trata-se de um procedimento que apresenta, sobretudo, o risco de extracção de células cancerígenas, pelo que o respectivo tecido, uma vez implantado no paciente poderá comprometer a remissão da patologia; *Cfr.*, também, *The Practice Committee da ASRM, American Society for Reproductive Medicine* e da *SART, Society for Assisted Reproductive Technology, Ovarian Tissue and Oocyte Cryopreservation, in Fertility and Sterility*, Vol. 90, n.º 5, 2008, págs. 241 a 246.

⁷⁷⁷ *Cfr.* SHAUNA REINBLATT, BARNIS ATA, EINAT SP, SEANG L. e H. HOLZER, *Fertility Preservation for Cancer Patients: A Review of Current Options and Their Advantages and Disadvantages, in Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies, ob. cit.*, págs. 219 a 228, que referem que, no caso de pacientes com doença neoplásica, “counseling regarding the options of fertility (...) should be an integral part of their treatment.”

3. Responsabilidade Civil Médica em Ginecologia Oncológica e Perda de Chance

3.1. Enquadramento Geral e Pressupostos de Aplicação da Perda de Chance

No contexto da responsabilidade civil, a figura da perda de chance, enquanto, perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de precluir uma desvantagem, em virtude da prática do facto ilícito, tem sido chamada à intervenção, procurando, sobretudo, ultrapassar os obstáculos ditados pelo apuramento do respectivo nexo de causalidade.

De todo em todo, cumpre destacar que a questão tem motivado fortes divergências no plano doutrinal e jurisprudencial em sede de Direito Interno e em Direito Comparado, não só em respeito à sua aplicação, *tout court*, mas também quanto ao respectivo fundamento jurídico subjacente, e que pode, como tal, assentar na configuração de um adicional mecanismo de facilitação probatória, ou, doutro passo, num dano *per se*, distinto do dano final, mas que merece o competente ressarcimento indemnizatório.

No que tange ao preenchimento dos requisitos de responsabilidade civil, toma relevo premente o nexo de causalidade ou de imputação objectiva, que, na maioria dos sistemas jurídicos, se consubstancia em aferir, num plano concreto ou naturalístico, se o facto é *conditio sine qua non* do dano, para, depois, analisar, em abstracto, ou seja, de acordo com um critério normativo, se aquele constitui, bem assim, a sua respectiva causa⁷⁷⁸.

⁷⁷⁸ De facto, no primeiro caso, está em apreço a *Teoria da Equivalência das Condições*, que remonta ao século XIX, e fora enunciada por *Von Buri*. Na verdade, ao abrigo desta posição doutrinal, todas as condições apuradas no âmbito do processo causal comportam, desta feita, o mesmo peso, sendo, assim, equivalentes para a produção do dano. Já no que respeita ao segundo, trata-se da causalidade jurídica, cuja principal concepção doutrinal se subsume à *Teoria da Causalidade Adequada*, em finais do século XIX, propugnada por *Von Kries* e *Rümelin*, e que, em regra, segue uma *formulação negativa* expendida por *Enneccerus-Lehmann*, nos termos da qual, um facto só não será causa adequada do dano, se, num plano geral, isto é, perante o curso normal dos acontecimentos, tiver sido, como tal, determinado por situações excepcionais. Neste apartado, pode, ainda, indicar-se a *Teoria do Fim de Protecção da Norma*, avançada, no século XX, por *Ehrenzweig* e, depois, por *Rabel*, e que consiste em apurar se os danos resultantes do facto ilícito resultam da violação do bem jurídico tutelado no âmbito de protecção da norma; Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, Direito das Obrigações, Tomo III, *ob. cit.*, págs. 531 a 541; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 881 e ss.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008, págs. 922 e ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 358 a 362; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Vol. I, Principia, 2013, págs 77 a 145; no que concerne ao Direito da *Common Law*, LARA KHOURY, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, 2006, págs. 16 a 26, referindo que o nexo causal obedece, desde logo, ao *but-for test*, e, por sua vez, no que concerne ao terreno jurídico, à *proximate cause*; no Ordenamento Jurídico Brasileiro, RAFAEL DA

De facto, atendendo às exigências remetidas pelos Ordenamentos para que se considere provado o nexo causal, desde logo, no terreno reservado à *conditio sine qua non*, temos que a incerteza que pesa sobre a causalidade do facto ilícito em relação ao prejuízo, e que, como tal, dispensa, aqui, o recurso à causalidade jurídica, poderia, em rigor, determinar a improcedência da competente acção, ao abrigo da regra *all-or-nothing*⁷⁷⁹.

Não obstante, pela nossa parte, entendemos que a perda de chance não deverá operar como um instrumento jurídico destinado a *aligeirar* ou a libertar o lesado do respectivo ónus da prova, estabelecendo, desta feita, uma *causalidade probabilística*, que autoriza a indemnização parcial do respectivo dano final⁷⁸⁰.

Ora, em rigor, a perda de chance, supondo, desde logo, uma possibilidade ou oportunidade de alcançar uma vantagem ou de evitar um resultado desfavorável, a qual, na sequência do facto ilícito, é, assim, afastada, de modo irreversível, deve considerar-se como um dano autónomo, em relação ao prejuízo final, que encerra, como tal, neste quadro, um processo causal de verificação ou, *rectius*, de consecução incerta.

Neste sentido, é a perda de chance, *ipso facto*, que deve constituir objecto de indemnização, uma vez cumpridos os requisitos de responsabilidade civil, epigrafados no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

Por outro lado, a doutrina da perda de chance tem sido convocada no âmbito de várias circunstâncias judiciais.

A este propósito, importa, assim, destacar, no palco médico, a falha no dever de informação em relação ao diagnóstico de certa patologia ou na execução de certo

SILVA, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, Atlas, 3ª Edição, 2013, págs. 26 a 32, que destaca, no âmbito da causalidade normativa, a *Teoria do Dano Directo e Imediato*, nos termos do respectivo art.º 403.º, do Código Civil.

⁷⁷⁹ Cfr. CLARA ASUA GONZÁLEZ, *Pérdida de Oportunidad en La Responsabilidad Sanitaria*, Thomson Aranzadi, 2008, pág. 28, que indica que, em regra, “el nivel de probabilidad necesario para que se dé por cierta la relación de causalidad es muy elevado, el que corresponde a la regularidad o normalidad de los acontecimientos (*id quod plerumque accidit*)”, com excepção feita ao Direito da *Common Law*, que se basta à regra do *but-for test*; LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, in *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, 2009, págs. 48 e ss., que refere que, “la afirmación o la negación del nexo causal depende de un juicio de aceptabilidad enderezado a determinar si la probabilidad causal alcanza o no en el caso concreto un determinado umbral de certeza: el 50%, en el Derecho angloamericano en virtud del criterio *more probable than not* (...)” e de 80%, no Direito Comparado Europeu. Neste passo, “se tiene por cierto el hecho causal”, terá lugar a reparação total do respectivo dano, pelo que, na eventualidade de tal não suceder, é rejeitada, por completo, a acção de responsabilidade civil; do mesmo autor, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad, Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson Civitas, 2007, págs. 284 a 289.

⁷⁸⁰ Cfr. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o Dano da Perda de Chance*, in *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo II, 2005, pág. 38.

procedimento clínico ou intervenção cirúrgica, que acaba, como tal, por gorar a possibilidade ou *chance de cura* ou de *sobrevivência* do paciente⁷⁸¹.

Em acréscimo, o caso de *perda de chance* de ganhar um *concurso*, por exemplo, de *lotaria*, e de obter a vitória numa *competição desportiva*, de alcançar provimento no ingresso de determinada *actividade profissional*, de conseguir a respectiva *progressão na carreira* ou até um *incremento na remuneração*⁷⁸².

Doutro passo, já *no contexto forense*, a não interposição, em tempo, pelo advogado, da competente acção ou do recurso, ou a falha no preenchimento dos pressupostos formais ou legais necessários da inerente peça processual, vedando, ao mandante, ou cliente, a oportunidade ou *chance* de obter a *procedência* da sua pretensão⁷⁸³.

Finalmente, no domínio obrigacional, pode elencar-se, ainda, a *perda de chance* de realizar um contrato, e, neste passo, de receber os lucros ou proventos, ou, uma vez celebrado, de garantir a sua respectiva execução pela contraparte⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ Neste conspecto, pode ainda enunciar-se, na hipótese de violação da obrigação de informação quanto aos riscos de um tratamento cirúrgico, a *perda de chance de recusar a intervenção* ou de ser *devidamente esclarecido* antes de autorizar ou não a prossecução do respectivo acto médico, como, v.g., a interrupção da gravidez, em sede *wrongful birth* e *wrongful life*; Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de La Responsabilité*, Coordenação de Jacques Ghestin, 4ª Edição, LGDJ, 2013, págs. 135 a 139; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 187 e ss. e 265 a 277; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., págs. 416 e 417.

⁷⁸² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 184 e ss. e 188 e ss., que refere, desde logo, as situações de *corrida de cavalos*, em que, por falha no respectivo transporte, e não participação, de todo, ou, ao invés, por conduta inadequada do *jockey*, o proprietário e os apostadores perdem, assim, a chance de que aquele possa vencer e, neste passo, o respectivo prémio; no mesmo sentido, destacando, aqui, a jurisprudência Francesa, RAFAEL DA SILVA, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, ob. cit., págs. 158 e ss..

⁷⁸³ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, ob. cit., págs. 297; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 190; no caso de *pérdida de oportunidades procesales*, no âmbito de actos praticados pela Administração Pública, LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad*, ob. cit., págs. 221 e ss..

⁷⁸⁴ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, ob. cit., págs. 132 a 134, que, em sede do Direito Francês, tem lugar, sobretudo, “la perte de l’espoir de conclure un ou plusieurs contrats dont la victime attendait un profit ou un avantage (...)” ou de “poursuivre l’exécution d’un contrat lucratif”. Não obstante, “En cas de rupture des négociations contractuelles, si la jurisprudence se refusait à indemniser le gain manqué, trop aléatoire, elle acceptait généralement d’indemniser (...) la perte d’une chance de conclure le contrat projeté et donc de percevoir les profits qui en étaient espérés”, acrescentando, outrossim, que a *chambre commerciale* rejeita esta posição, acolhendo, somente, a indemnização do dano da *perda de chance* em relação à execução de um contrato já realizado; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública)*, Coimbra Editora, 2011, págs. 94, que indica o dano inerente à perda de oportunidade de *concretização* de contratos alternativos àquele cujas respectivas negociações não tenham logrado provimento. Ademais, a perda de chance quanto à outorga de um contrato “para que tendia um determinado processo negocial (ou procedimento adjudicatório público)”, ou, caso seja firmado, já no que concerne ao prejuízo correspondente ao interesse contratual positivo ou de cumprimento.

Aqui chegados, remanesce, ainda, efectuar uma análise no que tange aos pressupostos de aplicação da perda de chance e respectiva estrutura dogmática no plano da responsabilidade civil.

Na verdade, a *chance* traduz uma *aleatoriedade intrínseca*, na medida em que, apesar de compreender uma possibilidade de alcançar uma vantagem ou de evitar um desenlace negativo, verifica-se, contudo, uma incerteza quanto ao respectivo evoluir dos acontecimentos e produção do resultado final, caso não tivesse ocorrido o facto ilícito. Destarte, temos que figura, assim, permita-se, uma *possibilidade certa* de alcançar um determinado resultado, cuja concretização se revela, como tal, *incerta*⁷⁸⁵.

Ora, neste conspecto, não resistem dúvidas de que a *chance* se situa num espaço intermédio entre o facto ilícito e o dano final, circunstância essa que, em rigor, faz convocar a sua plena *autonomia*, e, portanto, autoriza a sua tutela jurídica para efeitos de apuramento de responsabilidade civil. Por outro lado, uma vez que é uma possibilidade que *existe* aquando da prática do facto ilícito, pode, igualmente, daqui retirar-se a sua própria *actualidade*⁷⁸⁶.

De todo em todo, e, partindo do entendimento propugnado, *maxime*, pela doutrina Francesa, cumpre referir que a *certeza* da chance deverá obedecer a um critério jurídico, nos termos do qual, se exige que a mesma seja *real e séria*.

Neste sentido, a chance é *real*, na medida em que resulta provado, no palco judicial, que existia, de facto, a possibilidade, *tout court*, do lesado obter aquele concreto resultado. Por outras palavras, tratando-se, nomeadamente, da falha de um diagnóstico de patologia cancerígena, importa, como tal, aferir, se a Medicina teria, aqui, desde logo, procedimentos e técnicas adequados a prover à respectiva cura ou sobrevivência.

Em seu turno, a chance é *séria* apenas se apresentar solidez ao nível da sua projecção ou eficácia jurídica, isto é, no que concerne, desta feita, ao grau de *probabilidade* ou de *verosimilhança* de materialização do resultado final, que não poderá, como tal, assentar num pressuposto de carácter eventual ou hipotético⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 208 e 209, referindo que a aleatoriedade que permeia a chance determina, bem assim, a sua própria *neutralidade*, já que se afigura possível, *ab initio*, a verificação de um evento favorável ou desfavorável.

⁷⁸⁶ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 209 a 211.

⁷⁸⁷ A este respeito, refira-se que a *chance* terá, assim, que compreender, desde logo, um valor que não corresponda a zero e que esteja, na verdade, situado abaixo daquele que autoriza o cumprimento do nexos causal entre o facto ilícito e o dano final; Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., 215 a 221 e 295 a 301, que defende que alguns autores propugnam pela configuração de um valor acima de 50% de chance de obter o competente resultado, ao passo que outros admitem a

De facto, ante o exposto, temos que a aplicação da doutrina em apreço se consubstancia na perda, definitiva e irreversível, por facto ilícito de terceiro, da chance ou oportunidade de concretização de um evento ou desenlace favorável, de natureza *aleatória* e, portanto, *incerta*, mas em que a respectiva *probabilidade* de ocorrência do resultado final é *real e séria*⁷⁸⁸.

Por outro lado, cumpre, destarte, apurar a respectiva configuração do dano da perda de chance, em sede de responsabilidade civil.

Na verdade, trata-se de um *dano autónomo* em relação ao prejuízo final, porquanto, corresponde à violação da chance, tomada, aqui, como entidade *a se*. De todo em todo, não sendo esta um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, nos termos apregoados pelo art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, afigura-se difícil autorizar, no plano judicial, que a respectiva ofensa constitua objecto de pretensão indemnizatória.

A este propósito, a doutrina maioritária, nos diferentes Ordenamentos Jurídicos, tem-se pronunciado no sentido de que a chance, sobretudo, porque traduz a obtenção de

aplicação de chances com um grau de probabilidade mais diminuto. Rute Teixeira Pedro considera, no entanto, que a aplicação de perda de chance não pode estar confinada, *ab initio*, a uma fórmula de carácter abstracto, mas deve supor a análise, em concreto, da respectiva circunstância fáctica e dos bens jurídicos protegidos. Ora, neste passo, rejeita a *seriedade* das chances à segunda potência, em que a *consumação* da chance não se basta à actuação do facto ilícito, mas pode também supor a probabilidade de ocorrência ou cumprimento de outros elementos que comprometem, assim, a própria existência da chance, que assume, desta feita, uma traçado meramente hipotético ou especulativo. Neste contexto, a autora refere que, além da “probabilidade de primeira ordem (*a first-order probability*) que a chance representa, acresce uma probabilidade de segunda ordem (*a second-order probability*) que torna incerta a existência dessa entidade” na respectiva esfera jurídica do indivíduo; GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil, ob. cit., págs. 140 a 142*, que indicam que, em relação à aplicação da figura da perda de chance, esta deverá ser *directa* em relação ao lesado e *certa*, ou seja, *réelle* e *sérieuse*; neste sentido, também, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública), ob. cit., págs. 115 e 116*; no palco do Direito da *Common Law*, nos EUA, TORY A. WEIGAND, *Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution, in Massachusetts Law Review, Vol. 87, n.º1, 2002, págs. 3 e 4 e 8 e ss.*, refere que, no plano do *but-for-test*, entra em palco o critério da *preponderance of the evidence*, nos termos do qual, caberá ao lesado o ónus da prova de que o facto ilícito foi “more likely than not”, ou seja, acima de 50%, de produzir o dano final. Por conseguinte, uma vez cumpridos os demais requisitos, terá lugar a reparação integral, pelo que, na hipótese contrária, será julgada improcedente a acção, em respeito ao epígrafado pela regra *all-or-nothing*. Neste conspecto, a *loss of chance* tem sido chamada a intervir, designadamente, em casos de responsabilidade civil médica, em que a respectiva probabilidade de alcançar o resultado final corresponda, assim, a valores abaixo de 50%, como, por exemplo, de 5% ou 10%; ainda, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o Dano da Perda de Chance, in Direito e Justiça, ob. cit., pág. 14*.

⁷⁸⁸ Cfr., também, MIQUEL MARTÍN-CASALS, *Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine, in European Review of Private Law, Vol. 16.º, n.º6, 2008, Kluwer Law International, pág. 1048*, que indica que, “There must be the loss of the opportunity that a favourable event – in the sense of a possibility of obtaining a certain gain or avoiding a certain harm or injury – must materialize.”; “There must be a certain degree of probability of the materialization of the gain or of the avoidance of the harm or injury (*chance réelle*).”; e, destarte, “The materialization of the favourable event (or avoidance of harm or injury) must be random (...) in the sense that, in the situation at stake, probability is a property of the situation itself, not only a means of managing lack of knowledge.”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, ob. cit., págs. 198 a 205*.

um resultado passível de ser avaliado na forma pecuniária, integra, *ab initio*, o património do lesado, pelo que a respectiva violação constitui um *dano emergente*⁷⁸⁹.

Não obstante, refira-se que a posição expendida, *tout court*, pode afastar da construção jurídica da perda de chance as situações em que esteja em causa o ressarcimento de danos não patrimoniais, que compreendem, em rigor, a violação de um interesse moral, não avaliável no plano pecuniário, mas que, ainda assim, é merecedor de compensação, ao abrigo do estabelecido, entre nós, no art.º 496.º, n.º1, do Código Civil.

Pela nossa parte, defendemos que o termo património deverá, aqui, ser considerado em sentido amplo, ou seja, enquanto *esfera jurídica* do indivíduo, e, portanto, acolhendo a completude de interesses protegidos pelo direito⁷⁹⁰.

Com efeito, uma vez que a chance prefigura uma oportunidade ou possibilidade *existente*, e, neste passo, *certa*, de alcançar um desenlace favorável ou de evitar um resultado negativo, terá, invariavelmente, que decantar-se do património do lesado.

Doutro passo, apesar de não ser um bem jurídico, a verdade é que a sua ofensa reporta-se à lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, pelo que merece, assim, por esta via, tutela do sistema jurídico.

Ademais, importa destacar que tal pressuposto se apresenta conforme com a respectiva autonomia da chance, porquanto do que se trata, em rigor, é do ressarcimento da *perda da oportunidade* de obter o resultado e não já do *dano final*⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Cfr., para uma análise deste contexto, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o Dano da Perda de Chance*, in *Direito e Justiça*, *ob. cit.*, págs. 42 e ss.; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 224 a 226.

⁷⁹⁰ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 209 a 215, que sustenta que a consagração da perda de chance enquanto parte do património implica que este seja tomado num âmbito conceptual alargado, incluindo, assim, “todos os valores juridicamente protegidos”.

⁷⁹¹ De facto, vertendo o exposto para o palco médico, busca-se, como tal, o ressarcimento da *possibilidade de sobrevivência* e não da *morte*, ainda que possa recolher-se a competente protecção jurídica da chance a partir do escopo teleológico da norma respeitante ao direito à vida, prefigurado no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil. Neste sentido, a chance está, invariavelmente, ligada ou relacionada a determinados *bens jurídicos*, pelo que a sua autonomia subsume-se, desde logo, a um conceito técnico que deverá ser apurado pelo julgador, designadamente, apenas, na sequência da incerteza estabelecida entre onexo de causalidade entre o facto ilícito e o prejuízo final. Em todo o caso, deixe-se a nota de referência de que, no palco obrigacional, nada impede que a sua autonomia resulte, como tal, dos termos epigrafados no contrato, facto esse que acabaria por remeter à chance um estatuto de bem jurídico; Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 382 e ss., que considera que, no âmbito da responsabilidade civil médica, e de bens pessoais, a protecção juscivilística consagrada no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e, como tal, no art.º 26.º, n.º1, da CRP, é, na verdade, extensível ao contexto da perda de chance, autorizando, desta feita, a sua *tutela reparatória*, ao abrigo do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil. No plano contratual, sustenta que a violação das chances integra o “conteúdo da obrigação assumida pelo médico”, em sede da prestação de cuidados de saúde; JORGE SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, *ob. cit.*, págs. 150 e 151, considera que, se a violação das *leges artis* aumenta o risco da produção do dano, o

Por sua vez, tendo por base que o dano compreende a supressão de uma vantagem ou utilidade do lesado, e que a perda de chance, por acto ilícito, veda, assim, ao seu *titular*, uma possibilidade que figura, *ex ante*, no seu património, não restam dúvidas que possa, aqui, revestir um traçado de *dano emergente*, nada obstando, contudo, à indemnização de danos não patrimoniais⁷⁹².

Neste apartado, refira-se, ainda, que a perda de chance é um *dano certo*, porque se consubstancia numa possibilidade *real e séria* de concretização do resultado final, e um *dano presente* ou *actual*, já que a ofensa e, portanto, a consumação da *chance* do património do indivíduo ocorre aquando da prática do facto ilícito⁷⁹³.

Com efeito, temos que a aplicação da perda de chance supõe, outrossim, o preenchimento dos requisitos de responsabilidade civil, nos termos do art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, mas reconduzidos a esse dano e não ao prejuízo final.

Em acréscimo, no que tange ao apuramento do montante indemnizatório, Rute Teixeira Pedro propugna que deve seguir-se um critério que tome em apreço a componente real e *séria* da chance, e que, portanto, se traduza, desde logo, no apuramento “da utilidade económica que seria alcançada com a verificação do resultado final e, por outro lado, da probabilidade de o alcançar”. De todo o modo, a autora

lesante “fica obrigado à reparação de acordo com a medida dessa elevação”, pelo que a indemnização é estabelecida “numa percentagem do dano, que, em concreto, corresponda àquela.”. No parecer do autor, tal justifica-se, na medida em que o facto ilícito determina, assim, uma ofensa aos bens jurídicos vida, integridade física e saúde, e, portanto, uma *lesão* ou *pré-lesão*, passível de responsabilidade civil; ainda, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso, ob. cit., pág. 104*, que destaca, no entanto, que a indemnização resultante da violação da *chance* só poderá ser autorizada nas circunstâncias em que esta constitua um *bem jurídico*. Com efeito, em sede contratual, a *perda de oportunidade* pode determinar o apuramento de responsabilidade “de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato”. No que concerne à responsabilidade extracontratual, o autor rejeita, a este propósito, a aplicação do art.º 483.º, n.º1, 1ª parte, sendo que, ao abrigo da 2ª parte, tal jaz na possibilidade de figurar uma “norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da “chance”. ”.

⁷⁹² Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 356, nota de rodapé 752; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, ob. cit.*, págs. 224 a 226; em sentido contrário, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública), ob. cit.*, págs. 249 e ss. e 360 e 361, que considera que o conceito de dano autónomo e emergente, ao abrigo do preceituado no art.º 566, n.º2, do Código Civil, que faz convocar a teoria da diferença, não poderá acolher-se em sede de danos patrimoniais, mas apenas, doutro passo, num quadro de ressarcimento de *perda de chance*, por danos não patrimoniais, como, por exemplo, em sede responsabilidade civil por acto médico; do mesmo autor, *A Perda de Chance – Análise Comparativa e Perspectivas de Ordenação Sistemática, in O Direito*, Ano 144.º, n.ºI, Almedina, 2012, págs. 34 e ss. e 53, nota de rodapé 63.

⁷⁹³ Cfr., para mais desenvolvimentos, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, ob. cit.*, págs. 225 e 226; também, PATRÍCIA HELENA DA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, 2010, in www.verbojuridico.com, págs. 78 e 79, que defende que se trata, igualmente, de um *dano subsidiário*, porquanto a sua indemnização apenas tem lugar quando não seja possível a reparação do prejuízo final.

considera que, a título subsidiário, poderá autorizar-se o recurso à *equidade*, nos termos epigrafados no art.º 566.º, n.º3, do Código Civil⁷⁹⁴.

Na verdade, cumpre, ainda, salientar que a indemnização pelo dano da perda da possibilidade de alcançar um determinado resultado tem por base o princípio da *reparação integral*, estabelecido nos art.ºs 564.º e 566.º, n.º1, do Código Civil, já que respeita à violação da chance, *per se*, não constituindo, destarte, uma *reparação parcial*, e, portanto, de *causalidade probabilística*, do prejuízo final⁷⁹⁵.

Pela nossa parte, defendemos que a perda de chance, apesar de convocar entraves no que respeita ao fundamento jurídico que subjaz à sua tutela, e, neste passo, de exigir do julgador alguma elasticidade quanto às regras e princípios basilares do instituto da responsabilidade civil, nada obsta que seja chamada a intervir, designadamente, em circunstâncias de incerteza do nexo de causalidade entre o facto e o dano final.

Não obstante, *de jure condendo*, mostra-se premente a construção de um regime legal que, além, de prefigurar a chance como *bem jurídico*, determine as condições da sua aplicação e do respectivo cálculo do *quantum* indemnizatório.

Ora, no âmbito da actividade médica, a perda de chance assume um papel fundamental, em virtude da respectiva natureza aleatória que permeia a obrigação de meios quanto a alcançar o resultado pretendido, e que, neste passo, poderá comprometer o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano final.

Por conseguinte, importa, assim, proceder a uma análise do entendimento jurisprudencial e doutrinal dos vários Ordenamentos no que respeita à aplicação da teoria da perda de chance, sobretudo, no palco da responsabilidade civil médica.

⁷⁹⁴ Cfr. Art.º 566.º, n.º3, do Código Civil, que dita que, “Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 227 a 232, destacando, aqui, no Direito Italiano, o respectivo art.º 1226.º, do Código Civil; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, ob. cit., pág. 104.

⁷⁹⁵ Cfr. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o Dano da Perda de Chance*, in *Direito e Justiça*, ob. cit., pág. 32, que refere, todavia, que o dano da perda de chance não pode ser considerado autónomo, porquanto resulta da “verificação e da extensão do dano final”, que acaba, destarte, por ser *antecipado*. Na verdade, o prejuízo que corresponde à perda de oportunidade só poderá ser aferido com recurso ao dano final, sendo que não pode falar-se, v.g., de perda de chance de sobrevivência, a menos que o paciente venha a falecer; também, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade pela Perda de uma Chance de Revitalização?*, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação de Catarina Serra, Almedina, 2014, pág. 182.

3.2. A Perda de Chance no plano Jurisprudencial e Doutrinal

3.2.1. França

A aplicação da teoria da perda de chance no Direito Francês recua ao século XIX, no âmbito do Acórdão da *Chambre des Requêtes*, de 17 de Julho de 1889, e do Aresto de 30 de Junho de 1902, que se reportam a uma circunstância em que foi autorizada a indemnização, no âmbito forense, em virtude da perda da possibilidade de interpor recurso num processo judicial, e de obter provimento na respectiva causa, por força de acto praticado por um *Huissier* ou Oficial de Justiça⁷⁹⁶.

De facto, na sequência das decisões referidas, a perda de chance foi, assim, chamada a intervir noutros domínios, estando, hoje, consagrada no respectivo sistema jurídico.

A este respeito, Geneviève Viney, Patrice Jourdain e Suzanne Carval, referem que a jurisprudência tem-se pronunciado de modo favorável, desde logo, quanto ao ressarcimento da perda de chance de “gagner à un jeu de hasard ou lors d’une compétition”, cabendo, aqui, por exemplo, as corridas de cavalos, dado o valor pecuniário do respectivo prémio. Por outro lado, indicam, ainda, no plano profissional, *inter alia*, as circunstâncias de “perte de la possibilité d’occuper un emploi ou de se présenter à un examen ou à un concours (...) de l’espoir d’entreprendre une activité rémunérée (...) d’embrasser une carrière déterminée” ou “de prendre un emploi plus lucratif”. No que respeita a um contexto negocial, a perda de chance de realizar um contrato ou de afiançar a sua respectiva execução. Em acréscimo, na hipótese de ofensa à integridade física, a perda de chance dos familiares de obter a prestação de alimentos pelo lesado. Finalmente, destacam, ainda, a propósito de cuidados de saúde, a indemnização da “*perte d’une chance de guérison ou de survie*” ou decorrente da falha de uma “*obligation d’information, de mise en garde ou de conseil*”⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ Cfr. Acórdão da *Chambre des Requêtes*, de 17 de Julho de 1889, S. 1891, 1, 399, e de 30 de Junho de 1902, S. 1907, 1, 436; YVES CHARTIER, *La Réparation Du Préjudice dans La Responsabilité Civile*, Dalloz, 1983, págs. 33 e 34, que, a este propósito, indica, também, Acórdãos em que a perda de chance resulta da conduta do Advogado; GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, ob. cit., págs. 130 e 131.

⁷⁹⁷ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, ob. cit., págs. 130 a 136; RAFAEL DA SILVA, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, ob. cit., págs. 158 e ss., que refere que a perda de chance dos familiares, no que respeita à obrigação de alimentos, consubstancia, na verdade, um dano *par ricochet*. Por outro lado, indica que a jurisprudência mais recente, como, por exemplo, o Acórdão da *Cour de Cassation*, de 5 de Janeiro de 1994, Resp. Civ. e Assur., 1994, commentaires, n.º166, tem vedado a respectiva indemnização, com o fundamento de que se trata, aqui, de um dano hipotético.

Destarte, no que tange à responsabilidade civil médica, o primeiro litígio corresponde ao Acórdão de 24 de Outubro de 1962, da *Cour d'Appel de Grenoble*, que respeita a uma situação de falha no diagnóstico de uma fractura no pulso, apesar de ter sido efectuada a respectiva radiografia. Não obstante, a patologia veio a ser confirmada, anos mais tarde, por outro médico, tendo por base o exame imagiológico realizado. O Tribunal entendeu a que a violação da obrigação de informação determinou “la non-application du traitement dont s’agit”, e, como tal, privou o lesado de uma “chance de guérison”⁷⁹⁸.

Na verdade, a posição jurisprudencial referida mereceu o acolhimento da *Cour de Cassation*, no Acórdão de 14 de Dezembro de 1965, num caso de falha do dever de informação em sede de diagnóstico, que, neste passo, impediu a realização do tratamento médico adequado, tendo sido, como tal, autorizada a competente indemnização dos prejuízos resultantes da “perte d’une chance de guérison”⁷⁹⁹.

Com efeito, trata-se de uma decisão que foi precursora de vários Acórdãos no palco da responsabilidade médica, mas que, em rigor, veio a desembocar numa aplicação da doutrina da perda de chance fora do âmbito tradicional, e, portanto, como instrumento de *causalidade probabilística*, destinado, assim, a prover uma reparação parcial na hipótese de *incerteza* no apuramento do nexo de causalidade entre o facto ilícito e respectivo prejuízo final⁸⁰⁰.

Neste passo, a doutrina tem apresentado fortes divergências, não figurando, assim, um entendimento consensual quanto ao recurso à doutrina da perda de chance no âmbito dos cuidados de saúde, e, em concreto, no que tange à *chance de guérison* ou de *survie*.

De facto, no parecer de Jean Penneau, o fundamento apregoado pela jurisprudência para autorizar a indemnização, nas hipóteses de *perda de chance* de cura

⁷⁹⁸ Cfr. ANDRÉ TUNC, *Obligations et Contrats Spéciaux*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º1, Janeiro-Março, 1963, págs. 334 e 335; GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, ob. cit., pág. 287; YVES CHARTIER, *La Réparation Du Préjudice dans La Responsabilité Civile*, ob. cit., pág. 35.

⁷⁹⁹ Cfr. Acórdão da *Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 14 de Dezembro de 1965, JCP, 1966, II, 14753, Comentário de René Savatier.

⁸⁰⁰ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, ob. cit., págs. 287 a 289, que referem, neste contexto, que os Tribunais “Pour éviter de refuser toute indemnisation (...) ont alors fait abstraction du dommage concret (le décès ou l’aggravation de l’état du malade) dont le lien de causalité avec la faute n’était pas certain et lui ont substitué un diminutif abstrait de ce préjudice (la perte d’une chance de ne pas mourir ou de guérir)”; YVES CHARTIER, *La Réparation Du Préjudice dans La Responsabilité Civile*, ob. cit., pág. 38; RAFAEL DA SILVA, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, ob. cit., pág. 84.

ou de sobrevivência, constitui, em rigor, um “artifice purement verbal” que é convocado, apenas, para suprir a *incerteza* do nexo de causalidade entre a *faute* e o dano final.

Por conseguinte, o autor defende que, no traçado clássico da perda de chance, o facto ilícito quebra o processo evolutivo dos acontecimentos e, desta feita, impede o julgador de apurar o resultado final, pelo que figura, aqui, invariavelmente, um nexo de causalidade entre a *faute* e a perda da oportunidade ou possibilidade de obter um desenlace favorável ou de evitar uma desvantagem.

Em seu turno, no que tange à perda de chance de *guérison* ou de *survie*, o respectivo processo jaz na sua fase última, ou seja, na deficiência ou na morte, pelo que não pode, como tal, falar-se de perda de oportunidade, restando, assim, decifrar se o nexo de causalidade em relação ao prejuízo final se reporta à *faute* do médico ou às complicações decorrentes da própria doença do paciente.

Neste contexto existe uma *incerteza* do nexo causal em relação a um dano que se apresenta *certo*, pelo que a utilização da perda de chance mostra-se, como tal, inadequada, sendo que o competente ressarcimento *parcial* do dano final contende com os princípios da “*obligation in solidum*”, estabelecidos no regime legal do Direito Francês⁸⁰¹.

Por outro lado, no que concerne a François Chabas, apesar de rejeitar a posição ditada pela jurisprudência Francesa, *tout court*, que, em certo passo, acaba por remeter a prestação de cuidados médicos para um quadro legal de obrigação de resultado, defende, no entanto, que a perda de chance de *guérison* ou de *survie* pode ser aplicada, uma vez cumpridos determinados pressupostos.

Na verdade, o autor indica que, no âmbito da figura da perda de chance, pode considerar-se uma *teoria verdadeira*, se aquela é tomada enquanto um dano autónomo, e uma *teoria falsa*, nas circunstâncias em que é vertida como um mecanismo ou elemento do nexo de causalidade.

⁸⁰¹ Cfr. JEAN PENNEAU, *La Responsabilité du Médecin*, 3ª Edição, Dalloz, 2004, págs. 32 a 34, refere, também, que, acolher o entendimento ditado pela jurisprudência, poderia traduzir-se numa “indemnisation systématique”, que só seria afastada na eventualidade de prova pelo médico de que “le dommage est dû à une circonstance extérieure à son action”, prefigurando, neste passo, uma inversão das regras do ónus probatório estabelecidas no respectivo sistema jurídico; do mesmo autor, *Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 24 de Março de 1981, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, pág. 547, que sustenta que, “Le prétendu préjudice intermédiaire – la chance perdue de survie ou de guérison” está associado, indelevelmente, ao dano final, como seja, a morte ou a deficiência; *La Réforme de La Responsabilité Médicale: Responsabilité ou Assurance*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42, n.º2, Abril-Junho, 1990, págs. 537 e ss.; RENÉ SAVATIER, *Une Faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, 29.e, Cahier-Cronique, pág. 125; *Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation Belge*, 2ª Chambre, 23 de Setembro de 1974, in *Juris-Classeur Périodique*, Ano 50.º, n.º3, 1976, pág. 18216.

Destarte, para François Chabas, tratando-se de responsabilidade civil médica, a aplicação da *teoria verdadeira* da perda de chance só poderá ser, aqui, chamada a intervir quando o paciente se encontre, antes da prática do facto ilícito, numa condição de saúde de mera *sobrevivência*, ou de escassa *oportunidade de cura*, pelo que a conduta do médico se basta, como tal, a afastar a respectiva *chance*, de modo irreversível, projectando, destarte, a sua álea intrínseca para um terreno de *certeza*.

Por sua vez, se o paciente apresenta *todas* as chances de *cura* ou de *sobrevivência*, não existe, a este respeito, a componente de *aleatoriedade* quanto à *perda* de uma *oportunidade* ou *possibilidade*, pelo que, desta feita, do que se trata é do ressarcimento do dano final, a morte ou deficiência, e na hipótese de prova do competente nexos causal⁸⁰².

Doutro passo, para Geneviève Viney, Patrice Jourdain e Suzanne Carval, o recurso da perda de chance no plano médico não se afigura uma técnica jurídica adequada a prover ao ressarcimento integral padecido pelo lesado, em respeito ao prejuízo final, concedendo, apenas, uma indemnização parcial, que é, na verdade, alheia, a qualquer critério jurídico.

Ora, a este propósito, sustentam que deve ser autorizada a reparação integral ao paciente, com base no princípio de que o acto médico determinou a *criação* culposa de um perigo ou de um risco⁸⁰³.

No que concerne à doutrina que acolhe o entendimento propugnado pela jurisprudência, legue-se, ainda, uma nota de referência para a posição de Jacques Boré, que sustenta que a perda de chance, em termos gerais, não constitui um dano autónomo, pelo que deverá ser aplicada no âmbito de uma *causalidade probabilística* em relação ao prejuízo final⁸⁰⁴.

Por outro lado, Yves Chartier afirma que a perda de chance é, em rigor, um dano, *per se*, e que, portanto, merece ser objecto de tutela jurídica e de ressarcimento, ainda

⁸⁰² Cfr. FRANÇOIS CHABAS, *La Perdita Di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile, in Responsabilità Civile e Previdenza*, Vol. LXI, n.º2, Março-Abril, 1996, págs. 230 e ss. e 238 e ss.; do mesmo autor, *Vers un Changement de Nature de la Responsabilité Médicale, in Juris-Classeur Périodique*, I, 1973, pág. 2737; *La Perte d'une Chance en Droit Français, in Colloque sur les Développements Récents du Droit de la Responsabilité Civile*, Centre d'Études Européennes, Genève, 1991, págs. 131 e ss..

⁸⁰³ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil, ob. cit.*, págs. 290 a 294, que defendem que o *aligeirar* do nexos de causalidade nas circunstâncias de *faute* que determinou a criação de um risco justifica-se, na sua completude, em virtude das dificuldades probatórias a cargo do paciente, no âmbito da actividade médica.

⁸⁰⁴ Cfr. JACQUES BORÉ, *L'Indemnisation Pour Les Chances Perdues: Une Forme d'Appréciation Quantitative de La Causalité d'un Fait Dommageable, in Juris-Classeur Périodique*, I, n.º 23, 1974, pág. 2620.

que tal corresponda, indelevelmente, a um valor parcial no que respeita ao prejuízo final sofrido pelo paciente⁸⁰⁵.

De facto, no Acórdão da *Cour de Cassation*, de 17 de Novembro de 1982, o Tribunal considerou que a utilização da *perda de chance* não deve reportar-se à concretização de um determinado *risco* pelo médico, e, portanto, como forma de suprir, *qua tale*, a respectiva falta de nexo de causalidade⁸⁰⁶.

Não obstante, em sede de responsabilidade civil médica, a perda de chance tem sido convocada pela jurisprudência Francesa, sobretudo, como instrumento facilitador da prova, autorizando, desde logo, num contexto de causalidade probabilística, uma indemnização parcial, ou, já na hipótese de criação de um risco, uma indemnização integral do respectivo dano final⁸⁰⁷.

Aqui chegados, importa destacar que o Sistema Jurídico Francês, por via da Lei 2002-303, de 4 de Março, veio estabelecer, em rigor, a *obrigação de informação* do médico nos cuidados de saúde, designadamente, nos art.^{os} L.1111-1 a L.1111-9, do *Code de la Santé Publique*.

Por outro lado, também aqui, é confirmada a posição expendida pela jurisprudência em relação à inversão das regras do ónus probatório, cabendo, assim, ao médico a prova de que cumpriu adequadamente o dever de informação quanto aos riscos do procedimento e/ou intervenção cirúrgica, ainda que recaia no paciente o ónus probatório do nexo de causalidade entre a respectiva *faute* e o dano final.

Na verdade, a aplicação da figura da perda de chance, neste contexto, emerge, desde logo, no Acórdão da *Cour de Cassation*, de 7 de Fevereiro de 1990, nos termos do qual, a falha da prestação de informação quanto aos riscos da respectiva intervenção cirúrgica privou o paciente “d’une chance d’échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s’est finalement réalisé, perte qui constituait un préjudice distinct des atteintes corporelles (...)”, tendo sido autorizada uma indemnização parcial

⁸⁰⁵ Cfr. YVES CHARTIER, *La Réparation Du Préjudice dans La Responsabilité Civile*, *ob. cit.*, págs. 38 e 39.

⁸⁰⁶ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, *ob. cit.*, pág. 291; PATRICE JOURDAIN, *Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelle*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 91, (1), Janeiro-Março, 1992, pág. 111, que salienta, no entanto, que na decisão em apreço não figurava, outrossim, nexo causal entre *faute* e a perda de chance; JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, *ob. cit.*, pág. 299.

⁸⁰⁷ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, *ob. cit.*, págs. 291 a 294; para mais desenvolvimentos, PATRICE JOURDAIN, *Responsabilité Civile*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º2, Abril-Junho 2010, págs. 330 a 334; NATHALIE SAUVAGE, *Perte de Chance de Survie et Responsabilité Médicale*, in *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 43, Junho de 2012, págs. 237 e ss..

em relação ao dano final⁸⁰⁸. Em acréscimo, a posição em apreço veio, desta feita, a ser adoptada pelo *Conseil d'État*, no Aresto de 5 de Janeiro de 2000⁸⁰⁹.

De todo em todo, a questão que tem sido colocada reside em apurar se o paciente, uma vez informado, teria, como tal, autorizado ou não a prossecução do procedimento clínico ou intervenção cirúrgica, pelo que, na primeira hipótese, seria descartada a aplicação da *perda de chance*.

Ora, partindo do entendimento de que o ónus probatório cabe, aqui, ao paciente, facilmente se compreende que, não raras vezes, a acção será julgada improcedente, convidando, assim, a uma impunidade do médico⁸¹⁰.

A este propósito, pode referir-se o Acórdão da *Cour de Cassation* de 20 de Junho de 2000, que acompanhou o traçado prefigurado pelo Tribunal de Apelação, e vedou a respectiva indemnização, numa hipótese em que o paciente, mesmo se devidamente informado, teria, no entanto, consentido na execução da intervenção cirúrgica⁸¹¹.

Por outro lado, também o Acórdão da *Cour de Cassation*, de 6 de Dezembro de 2007, se pronunciou de modo desfavorável, e negou provimento à indemnização da perda de chance e quanto ao dano moral resultante da falta de preparação do paciente para o respectivo prejuízo, tendo por base que, “le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l’obligation d’information du médecin, laquelle a pour objet d’obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d’échapper au risque qui s’est finalement réalisé”⁸¹².

Não obstante, importa referir que a posição da jurisprudência mais recente, como, por exemplo, o Acórdão da *Cour de Cassation*, de 9 de Fevereiro de 2012, tem adoptado, em rigor, a concepção tradicional, ditando, neste passo, que, em caso de falha da obrigação de informação quanto aos riscos de uma determinada intervenção cirúrgica,

⁸⁰⁸ Cfr. Acórdão da *Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 7 de Fevereiro de 1990, in *Bulletin Civil*, I, n.º39, Dalloz, 1991, 183, Comentário de Jean Penneau; no mesmo sentido, Acórdão da 1ª Chambre Civile, de 8 de Julho de 1997, in *Bulletin Civil*, I, n.ºs 238 e 239; Acórdão da 1ª Chambre Civile de 27 de Fevereiro de 2002, in *Juris-Classeur Périodique*, G, IV, 2002, pág. 3050.

⁸⁰⁹ Cfr. Acórdão do *Conseil d'État*, de 5 de Janeiro de 2000, in *Recueil Lebon*, pág. 5, Comentário de Chauvaux.

⁸¹⁰ Cfr. MIREILLE BACACHE, *Pour une Indemnisation au-delà de la Perte de Chance*, in *Recueil Dalloz*, Ano 184.º, n.º 28/7345.º, 17 de Julho de 2008, pág. 1910, que refere que, “Non seulement il n’existe pas de lien de causalité entre la faute et le dommage corporel subi par le patient du fait du risque réalisé mais en outre ce dernier ne souffre d’aucun préjudice distinct consistant dans la perte d’une chance de refuser l’opération et d’éviter ce dommage.”.

⁸¹¹ Cfr. Acórdão da *Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 20 de Junho de 2000, in *Bulletin Civil*, I, n.º193, Dalloz, 2000, 471, Comentário de Patrice Jourdain.

⁸¹² Cfr. Acórdão da *Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 6 de Dezembro de 2007, in *Bulletin Civil*, I, n.º 370, Dalloz, 2008, pág. 192, Comentário de Pierre Sargos.

deve ser concedido ao lesado o ressarcimento pela *perda de chance* “d’éviter le dommage” ao recusar a intervenção cirúrgica, e, portanto, “d’échapper au risque dont le patient n’a pas été avisé”⁸¹³.

Por sua vez, o Acórdão do *Conseil d’État*, de 24 de Setembro de 2012, considera, ainda, que, na hipótese de não figurar, aqui, em rigor, uma perda de chance, pode, todavia, ser autorizado o ressarcimento no que concerne ao *dano moral* resultante da falta de preparação do paciente para a eventual ocorrência do dano final⁸¹⁴.

De facto, no âmbito da responsabilidade civil médica, em concreto, por falha do dever de esclarecimento, a perda de chance é aplicada na sequência da *incerteza* que permeia o nexo de causalidade entre a *faute* do médico e o dano da integridade física do paciente.

Ora, neste passo, temos que a perda de chance emerge, assim, como uma técnica adequada a afiançar uma indemnização nas circunstâncias em que não resulte líquido no palco probatório se o paciente, uma vez informado de modo adequado, teria recusado o respectivo procedimento.

Por conseguinte, a questão é, assim, reconduzida ao cumprimento dos pressupostos do consentimento informado, sendo autorizada a indemnização, desde logo, pela perda da *oportunidade* de tomar uma decisão esclarecida em respeito ao procedimento clínico ou intervenção cirúrgica⁸¹⁵.

De todo em todo, nas hipóteses de decisão expressa do paciente quanto à prossecução do respectivo acto médico, ou quando não se encontrem preenchidos os requisitos da doutrina da perda de chance, a jurisprudência Francesa admite, na verdade, o ressarcimento pelo “*préjudice d’impréparation*” em relação ao dano final⁸¹⁶.

⁸¹³ De facto, temos que, em rigor, se encontra, aqui, prefigurada, *tout court*, a perda de oportunidade do paciente em não autorizar o respectivo acto médico, isto é, “d’échapper, par une décision peut-être plus judicieuse” ao competente dano final; *Cfr.* Acórdão da *Cour de Cassation*, de 9 de Fevereiro de 2012, 1^a Chambre Civile, n.º10-25915, *Gazette Du Palais*, 9-10 de Março, 2012, *pág.* 37, Comentário de F. Bibal.

⁸¹⁴ *Cfr.* Acórdão do *Conseil d’État*, de 24 de Setembro de 2012, n.º 350426, in *Juris-Classeur Périodique*, G, 2012, *pág.* 1252, Comentário de F. Vialla; no mesmo sentido, Acórdão da *Cour de Cassation*, 1^a Chambre Civile, de 3 de Junho de 2010, n.º09-13591, *Dalloz*, 2010, *pág.* 1522, Comentário de Pierre Sargos; GENEVIÈVE VINEY, PATRICE JOURDAIN, SUZANNE CARVAL, *Traité de Droit Civil*, *ob. cit.*, *págs.* 109 a 111 e 136 a 139; MIREILLE BACACHE, *Pour une Indemnisation au-delà de la Perte de Chance*, in *Recueil Dalloz*, *ob. cit.*, *págs.* 1908 a 1914.

⁸¹⁵ *Cfr.* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, *págs.* 268 a 270 e 313 e ss., que analisa o contexto Francês, embora se pronuncie de modo desfavorável à aplicação da figura da perda de chance nas hipóteses de consentimento informado, *maxime*, quando a produção do resultado final tenha por base, “decisivamente”, ou na sua completude, uma *escolha* ou *opção* do lesado.

⁸¹⁶ *Cfr.* MIREILLE BACACHE, *Pour une Indemnisation au-delà de la Perte de Chance*, in *Recueil Dalloz*, *ob. cit.*, *págs.* 1911 e 1912; ainda, JEAN PENNEAU, *La Responsabilité du Médecin*, *ob. cit.*, *págs.* 34 a 37, que defende que, nas hipóteses em que a intervenção se revela necessária e, portanto, “inéluçtable”, certamente que o paciente, mesmo informado, teria consentido na prossecução do acto

3.2.2. Itália

A teoria da perda de chance no Ordenamento Italiano tem merecido o acolhimento da doutrina e jurisprudência, pese embora algumas divergências no que tange à sua configuração dogmática e legal, designadamente enquanto dano emergente ou lucro cessante, nos termos ditados pelo art.º 1223.º do respectivo Código Civil.

Em todo o caso, a posição dominante entende que a perda de chance é um *dano emergente*, já que se consubstancia na ofensa de uma *possibilidade* de obter um resultado favorável ou de precluir uma desvantagem, que integra, desde logo, o património do lesado, e, bem assim, um *dano autónomo* em relação ao prejuízo final⁸¹⁷.

Neste contexto, pode referir-se o Acórdão da *Corte de Cassazione*, de 10 de Janeiro de 2007, que dita que, “il danno derivante dalla perdita di chance non è una mera aspettativa di fatto, ma una entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione (...)”⁸¹⁸.

Por outro lado, no que concerne à responsabilidade civil médica, nota de referência segue, desde logo, para o Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 4 de Março de 2004, numa circunstância de *perda de chance de sobrevivência*, em que foi, todavia, rejeitada a acção, porquanto o pedido formulado pelas partes, em sede processual,

médico, pelo que, neste contexto, teria lugar o ressarcimento pelo dano moral de falta de preparação para o dano final. No entanto, se este compreender uma deficiência ou invalidez que obste à realização da actividade profissional, o lesado poderá, ainda, ser ressarcido do respectivo dano patrimonial, já que se fora devidamente esclarecido dos riscos do procedimento médico, poderia ter remetido a sua execução para um momento distinto. Finalmente, se a intervenção não é necessária, a falha do dever de informação é causa do respectivo prejuízo, que deverá, assim, ser objecto de reparação integral.

⁸¹⁷ Cfr. ARMANDO PONTECORVO, *La Responsabilità per Perdita di Chance*, in *Giustizia Civile*, II, Ano XLVII, 1997, págs. 447 e 448; MASSIMO FRANZONI, *Trattato Della Responsabilità Civile*, (Coordenação de Massimo Franzoni), Vol. II, 2ª Edição, Giuffrè Editore, 2010, págs. 89 a 92; BARBARA VACCA, *La Perdita di Chance di Guarigione*, in *Trattato Dei Nuovi Danni*, (Coordenação de Paolo Cendon), Vol. II, *Malpractice Medica - Prerogative Della Persona - Voci Emergenti Della Responsabilità*, Cedam, 2011, págs. 701 a 703; no plano de *lucro cessante*, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve Della Responsabilità Civile*, Fatti Illeciti. Inadempimento. Danno Risarcibile, 3ª Edição, Cedam, 2005, págs. 648 e 649.

⁸¹⁸ Cfr. Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 10 de Janeiro de 2007, n.º 238, in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2007, págs. 776 e ss., Comentário de F. Malzani; no mesmo sentido, Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 19 de Novembro de 1983, n.º 6906, in *Giustizia Civile*, I, 1984, págs. 1841 e ss., Comentário de E. Cappagli, “è risarcibile il danno da perdita di una chance, già esistente nel patrimonio (...) al momento del comportamento illecito”; Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 19 de Dezembro de 1985, n.º 6506, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano LXXXIV, 1986, n.º 5 a 8, págs. 207 e ss., Comentário de V. Zeno-Zencovich; Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 4 de Março de 2004, n.º 4400, in *Giustizia Civile*, I, 2005, págs. 2115 e ss., Comentário de E. Giacobbe; DOMENICO CHINDEMI, *Il Danno da Perdita di Chance*, 2ª Edição, Giuffrè Editore, 2010, págs. 49 e 50, que indica o Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 21 de Julho de 2003, n.º 11322; GAIA CIPRIANI, *Il Nesso di Causalità nella Responsabilità Medica*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Vol. LXVIII, n.º 4-5, Julho-Outubro, 2003, págs. 1119 a 1123.

reportava-se à indemnização do prejuízo final e não já à perda de oportunidade, que constitui um dano autónomo⁸¹⁹.

Na verdade, cumpre referir que a doutrina da perda de chance foi chamada a intervir no Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 18 de Setembro de 2008, em respeito a uma falha de diagnóstico no âmbito de cuidados de saúde paliativos, pelo que, desta feita, o Tribunal concedeu provimento à respectiva pretensão indemnizatória remetida pelos familiares⁸²⁰.

3.2.3. Espanha

No Ordenamento Espanhol, a teoria da perda de chance é, em regra, aceite pela doutrina e jurisprudência, tendo lugar, sobretudo, ao nível da actividade forense e no terreno da responsabilidade civil médica⁸²¹.

Com efeito, pode, desde logo, indicar-se a STS de 16 de Dezembro de 1996, a propósito da não interposição, em tempo, pelo advogado, de uma acção de responsabilidade civil extracontratual, obstando, como tal, à *possibilidade* de alcançar provimento na respectiva pretensão indemnizatória⁸²².

⁸¹⁹ De facto, “la domanda per perdita di chances è (...) diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato”, sendo que aquela jaz no palco do dano, enquanto esta corresponde ao nexó de causalidade; Cfr. Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 4 de Março de 2004, n.º 4400, in *Giustizia Civile*, ob. cit., págs. 2115 e ss.; também, N. COGIOLLA, B. GARDELLA TEDESCHI e M. GRAZIADEI, in *Digest of European Tort Law*, Volume 2, ob. cit., págs. 1092 a 1095.

⁸²⁰ Cfr. Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 18 de Setembro de 2008, n.º 23846, in *Il Foro Italiano*, n.º 6, 2009, págs. 1813 e ss.; neste sentido, Acórdão da *Corte di Cassazione*, de 27 de Março de 2014, n.º 7195; ainda, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública)*, ob. cit., págs. 165 e 166, que destaca que a perda de chance no terreno do Direito Médico fora convocada, desde logo, pela jurisprudência penal da *Corte di Cassazione*, no Acórdão de 19 de Julho de 1991, n.º 371, respeitante ao litígio *Silvestri e Leone*, embora como instrumento facilitador do ónus da prova, e, portanto, de *causalidade probabilística*, nas circunstâncias de incerteza do apuramento do nexó causal; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 251 a 259; JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o Dano da Perda de Chance, in Direito e Justiça*, ob. cit., págs. 25 a 28.

⁸²¹ Cfr. ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, ob. cit., págs. 459 e ss.; LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad*, ob. cit., págs. 87 e ss.; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, indret, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2008, págs. 41 a 52, in www.indret.com; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, ob. cit., págs. 408 e ss..

⁸²² Cfr. STS de 16 de Dezembro de 1996, RJ 1996/8971; no mesmo sentido, STS de 3 de Outubro de 1998, RJ 1998/8587; Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad*, ob. cit., págs. 199 e ss. e 221 e ss.; JOSEP SOLÉ FELIU, *The Reception of The Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law*, in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º 6, 2008, Kluwer Law International, págs. 1107 a 1112, que refere, outrossim, a aplicação da perda de chance no âmbito do Direito do Trabalho, sobretudo, nas circunstâncias de despedimento em sede de contrato de trabalho temporário, como, v.g., a STS de 29 de Janeiro de 1997, RJ 1997/641, e 22 de Abril de 1998, RJ 1998/3730.

Por outro lado, no que tange aos cuidados de saúde, o primeiro litígio, no Supremo Tribunal Espanhol, corresponde ao Acórdão da STS de 10 de Outubro de 1998, em que um funcionário de uma empresa sofreu um acidente laboral, quando procedia à reparação de uma máquina industrial, vindo a sofrer uma amputação da mão direita. Na verdade, apesar das indicações proferidas pela enfermeira que procedeu à assistência, no sentido de que aquela devia ser conservada numa caixa de gelo normal, um colega de trabalho do paciente optou, no entanto, pela respectiva colocação de gelo sintético. De facto, uma vez na instituição hospitalar, refira-se que o estado avançado de conservação do membro superior impediu a realização, com sucesso, da cirurgia de reimplantação. Neste sentido, o Tribunal julgou a acção procedente, tendo condenado a enfermeira pela sua conduta negligente em não ter confirmado, aquando da chegada da ambulância, as respectivas condições de conservação do membro amputado, e, portanto, no ressarcimento do lesado dos danos resultantes da perda de oportunidade de obter um resultado favorável no procedimento médico⁸²³.

Em acréscimo, cumpre, ainda, destacar a utilização da figura da perda de chance nas hipóteses de falha do *dever de informação* quanto aos riscos do procedimento médico ou intervenção, como, *inter alia*, a STS de 10 de Maio de 2006, num caso de excisão de tumor num membro inferior, realizada de forma adequada, mas que veio a determinar lesões graves no paciente, e em que o Tribunal autorizou a indemnização, tendo por base que o não cumprimento da obrigação de informação privou “a la madre del menor” de tomar uma *decisión esclarecida* “antes de dar la autorización”⁸²⁴.

Neste apartado, a perda de chance surge, também, nas acções *wrongful birth* e *wrongful life*, em que a violação do dever de informação, em DPN, dos riscos de

⁸²³ Cfr. STS de 10 de Outubro de 1998, RJ 1998/8371; ainda, STS de 25 de Setembro de 1999, RJ 1999/7275; STS de 27 de Maio de 2003, RJ 2003/3929; ÁLVARO LUNA YERGA, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, *ob. cit.*, págs. 544 a 547; JOSEP SOLÉ FELIU, *The Reception of The Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law*, in *European Review of Private Law*, *ob. cit.*, págs. 1112 a 1114; JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Civil Médica*, *ob. cit.*, págs. 408 a 416.

⁸²⁴ Cfr. STS de 10 de Maio de 2006, RJ, 2006/2399; ainda, no terreno da perda de chance pela violação do direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, STS de 4 de Abril 2000, RJ 2000/3258, STS de 8 de Setembro de 2003, RJ 2003/6065, SAP Barcelona, 13 de Março de 2007, AC 2007/732; para mais desenvolvimentos, CLARA ASUA GONZÁLEZ, *Pérdida de Oportunidad en La Responsabilidad Sanitaria*, *ob. cit.*, págs. 98 a 110; MIQUEL MARTÍN CASALS e JORDI RIBOT, in *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 1099 e 1100, referem que, no palco da responsabilidade civil médica, a jurisprudência, em face da incerteza do nexa causal, concede indemnização pela *perda de chance*, tomada aqui enquanto dano autónomo (*head of damage*) de carácter não patrimonial. Não obstante, para os autores, tal prefigura, em rigor, “an alternative solution with the aim of avoiding the crucial issue, ie, the existence of the causal link (...)”.

anomalia fetal, privou a mãe da *oportunidade* de interromper a gravidez, vindo, como tal, a nascer uma criança portadora de deficiências.

Com efeito, podem, aqui, enunciar-se, desde logo, a STS de 6 de Julho de 2007, a STS de 21 de Fevereiro de 2006, e, bem assim, a SAP León de 15 de Setembro de 1998 e a SAP Cádiz, de 17 de Setembro de 2002⁸²⁵.

De todo em todo, no que respeita ao palco doutrinal, cumpre referir que a utilização da perda de chance nas hipóteses de falha do dever de esclarecimento, *maxime*, em sede de acções *wrongful birth* e *wrongful life*, tem apresentado fortes divergências, não figurando, em rigor, um entendimento consensual.

Na verdade, para alguma doutrina, entre a qual, se destaca, Ricardo de Ángel Yágüez e Fernández Hierro, a violação do dever de informação priva a mãe (o casal) da oportunidade de interromper a gravidez, e, neste passo, de evitar os danos patrimoniais e morais resultantes do nascimento da criança portadora de deficiências⁸²⁶.

Por outro lado, Martín Casals sustenta que, nas acções de *wrongful birth*, uma vez que a decisão de interromper a gravidez compete apenas à progenitora, não existe a componente de *aleatoriedade* em relação à concretização do resultado final, e, como tal, uma *possibilidade séria* de obter um desenlace favorável ou de evitar uma desvantagem, que tenha sido, como tal, afastada em virtude de acto médico⁸²⁷.

Em seu turno, nas acções de *wrongful life*, a teoria da perda de chance merece acolhimento, porquanto a criança portadora de deficiências não poderia, de todo, autorizar ou vedar a prossecução da interrupção da gravidez, pelo que estaria, aqui, contemplada, em rigor, a *perda da possibilidade* de “não existir”⁸²⁸.

⁸²⁵ Cfr. STS de 6 de Julho de 2007, RJ 2007/3658; STS de 21 de Fevereiro de 2006, RJ 2006/1046, SAP León, de 15 de Setembro de 1998, AC 1998/1504, SAP Cádiz, de 17 de Setembro de 2002, AC 2002/1929; Cfr. JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Civil Médica*, ob. cit., págs. 428 e ss.; CLARA ASUA GONZÁLEZ, *Pérdida de Oportunidad en La Responsabilidad Sanitaria*, ob. cit., págs. 110 a 119; LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad*, ob. cit., págs. 202 e 203.

⁸²⁶ Cfr. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad Civil por Actos Médicos, Problemas de Prueba*, ob. cit., pág. 244; MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, ob. cit., págs. 302 a 305.

⁸²⁷ Cfr. MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, ob. cit., págs. 200 e 201, que indica que, “It would be a loss of a chance if the sole decision of the mother were not enough to secure that the abortion were to take place, as for instance, if a judge had to take into account other factors, different from the disabled condition of the foetus – such as income level or social condition of the family – in order to allow or to deny” a respectiva interrupção da gravidez; também, JORDI RIBOT, *La Responsabilidad Civil por Falta de Consentimiento Informado*, in *Revista de Derecho Privado*, Novembro-Dezembro, 2007, pág. 40, que rejeita a aplicação da doutrina da perda de chance nas hipóteses em que esteja em apreço o consentimento informado do lesado.

⁸²⁸ Cfr. MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, ob. cit.,

Finalmente, no parecer de Andrea Macía Morillo, afigura-se difícil a aplicação da doutrina da perda de chance no terreno das acções de *wrongful birth*, já que não existe, em rigor, a *perda de uma oportunidade*⁸²⁹.

Destarte, no que tange às acções de *wrongful life*, a configuração um dano pela *perda de chance* de “não existir” é contrária aos ditames estabelecidos pelo sistema jurídico em respeito ao bem jurídico *vida*, pelo que deve ser negada a pretensão indemnizatória da criança⁸³⁰.

3.2.4. Reino Unido

No Ordenamento Jurídico Inglês, a doutrina da perda de chance é aplicada, sobretudo, no terreno forense, como, por exemplo, no litígio, *Sharif v. Garrett & Co.*, em 2001, numa hipótese de não interposição da acção, em tempo, pelo advogado, vedando, assim, a *oportunidade* de obter provimento em sede da competente pretensão ressarcitória⁸³¹.

A este propósito, deixe-se, ainda, uma nota de referência para o caso *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons*, em 1995, que respeita a uma circunstância de aquisição de uma empresa e respectivas propriedades, tendo ocorrido falha no dever de informação, por parte dos advogados, no âmbito da realização dos termos do contrato, obstando ao cliente a *possibilidade* de evitar o pagamento de indemnizações resultantes de processos judiciais remetidos por terceiros contra a parte vendedora⁸³².

Por outro lado, no que toca à responsabilidade médica, a jurisprudência tem rejeitado a doutrina da perda de chance.

Destarte, no litígio *Hotson v. East Berkshire AHA*, em 1987, que compreende uma situação de falha no diagnóstico e tratamento de uma fractura na *epífise femoral* esquerda, após acidente, vindo o paciente a padecer de uma lesão na anca, a House of

págs. 201 e 202, que admite, bem assim, a aplicação da perda de chance nos casos de *prenatal injury*; MIQUEL MARTÍN CASALS e JOSEP SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS de 7 de Junio de 2002*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ob. cit., págs. 1114 e 1115.

⁸²⁹ Cfr. ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 363 a 368, que, no entanto, considera que pode, aqui, decantar-se um caso de perda de chance remetido ao progenitor, na medida em que a decisão da interrupção da gravidez cabe, apenas, à mulher.

⁸³⁰ Cfr. ANDREA MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, ob. cit., págs. 433 a 435.

⁸³¹ Cfr. *Sharif v. Garrett & Co.* [2001] EWCA Civ 1269, [2002] 1 WLR 3118.

⁸³² Cfr. *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1002.

Lords julgou improcedente a acção, porquanto, ao abrigo dos ditames prefigurados pelo *but-for-test*, que exige o recurso ao princípio do *balance of probabilities* em relação a eventos passados, não ficou provado que o acto ilícito do médico fosse, em rigor, causa da respectiva patologia do lesado⁸³³.

Na verdade, tal entendimento foi acompanhado no caso *Gregg v. Scott*, em 2005, no que respeita à violação do dever de informação quanto ao diagnóstico de doença oncológica, e em *Wright (a child) v. Cambridge Medical Group*, em 2011, a propósito da falha no diagnóstico e tratamento de infecção⁸³⁴.

De facto, neste passo último, o Lord Neuberger destaca que, “while the question would be appropriate for reconsideration by the Supreme Court, I consider that, at this level, we should probably not expand the loss of a chance doctrine into the realm of clinical negligence.”⁸³⁵.

3.2.5. Alemanha

No Direito Alemão, a jurisprudência veda, em absoluto, a aplicação da doutrina da perda de chance, tendo por base que a possibilidade de obter uma vantagem ou de precluir uma desvantagem não constitui um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, nos termos laminados pelo art.º 823, n.º1, do Código Civil (BGB).

A este propósito, importa referir o Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão, de 23 de Setembro de 1982, que corresponde a uma situação em que o lesado foi excluído de uma competição, que poderia determinar uma progressão na sua carreira

⁸³³ Cfr. *Hotson v. East Berkshire AHA* [1987] 1 AC 750.

⁸³⁴ Cfr. *Gregg v. Scott* [2005] UKHL, 82 BMLR 52; *Wright (a child) v. Cambridge Medical Group* [2011] EWCA CIV 669, [2011] Med. L.R. 496; KEN OLIPHANT, *Loss of Chance in English Law, in European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º6, 2008, Kluwer Law International, págs. 1061 a 1068; LARA KHOURY, *Uncertain Causation in Medical Liability, ob. cit.*, págs. 98 a 104; EMILY JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, and Materials, ob. cit.*, págs. 131 a 135; JANE STAPLETON, *Loss of The Chance of Cure from Cancer, in Modern Law Review*, Vol. 68, n.º6, 2005, págs. 996 a 1006.

⁸³⁵ Cfr. *Wright (a child) v. Cambridge Medical Group* [2011] EWCA CIV 669, [2011] Med. L.R. 496; Na Escócia, refira-se o litígio *Robertson v. Forth Valley Health Board*, no Outer House do Court of Session, de 13 de Abril de 2004, numa circunstância de falha do dever de informação quanto à realização, em tempo, de exame de diagnóstico, em que foi julgada improcedente a pretensão do autor; M. HOGG, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 1108 e 1109; Na Austrália, a posição da jurisprudência tem caminhado no sentido de autorizar a indemnização pela perda de chance, no palco da responsabilidade médica, pelo que cumpre, aqui, referir o litígio, *Rufo v. Hosking*, [2004] NSWCA 391, no Tribunal de Apelação de New South Wales, e, em *obiter dictum*, *Chapell v. Hart* [1998] 195 CLR 232, no *High Court*; Por outro lado, no Canadá, a jurisprudência rejeita, via de regra, a aplicação da doutrina da perda de chance no palco médico. Neste passo, indique-se *Laferrière v. Lawson*, [1991] 78 DLR (4th), 609, no Supremo Tribunal; para mais desenvolvimentos, LARA KHOURY, *Uncertain Causation in Medical Liability, ob. cit.*, págs. 104 e ss..

profissional, tendo a acção sido julgada improcedente, pela falta de prova de que o autor, caso participasse, teria obtido a respectiva vitória⁸³⁶.

3.2.6. Estados Unidos da América

Nos EUA, a jurisprudência e a doutrina têm-se pronunciado de modo favorável no que tange à utilização da figura da perda de chance no palco da responsabilidade civil médica.

Neste passo, cumpre destacar que, em regra, a formulação tradicional que dita o apuramento da causalidade jaz, desde logo, no *but-for-test*, que se subsume, na verdade, num critério de “*preponderance of the evidence*”, em que caberá, assim, ao lesado provar que o acto ilícito foi “*more likely than not*”, acima de 50%, e, portanto, um “*substantial factor*”, em relação ao prejuízo final.

Com efeito, temos que alguns Estados adoptam a posição expendida, que, no plano indemnizatório, faz, assim, intervir a regra *all-or-nothing*, nos termos da qual, se for estabelecido o respectivo nexo de causalidade, terá lugar a reparação integral, pelo que, na hipótese contrária, a acção será julgada improcedente⁸³⁷.

Por outro lado, nas hipóteses em que o nexo de causalidade se situa em 50% ou abaixo, parte da jurisprudência segue uma teoria de “*Relaxed Causation*”, assente no Restatement (Second) of Torts, n.º 323 (a), em que se autoriza, via de regra, a indemnização total, quando a conduta negligente do médico determinou um

⁸³⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão, de 23 de Setembro de 1982, III ZR 196/80, BGHZ NJW 1983, 442; S. MARTENS e R. ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 1075 e 1076; Todavia, defendendo a utilização da perda de chance, NILS JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, n.º2, 1999, págs. 271 a 286; Por sua vez, na Áustria, a doutrina e jurisprudência maioritárias propugnam pela intervenção de uma teoria de *causalidade alternativa*, e, portanto, *solidária*, nos termos da qual, tem lugar uma indemnização parcial, respeitante à conduta negligente do médico, pelo que o ressarcimento no âmbito da *chance*, mediada, *ex ante*, pela própria condição de saúde do paciente ou dos riscos do tratamento, jaz na esfera jurídica do lesado, ao abrigo do disposto no § 1304 ABGB; Decisão do OGH de 9 de Novembro de 1989, 7 Ob 648/89, JBI 1990, 524; E. KARNER, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *ob. cit.*, págs. 1076 e ss.; F. BYDLINSKI, *Haftungsgrund und Zufall als Alternativ Mögliche Schadensursachen*, in *Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts*, *Festschrift für Gerhard Frotz*, (Coordenação de M. Enzinger, H.F. Hügel e W. Dillenz), Manz, 1993, págs. 3 e ss.; HELMUT KOZIOL, *Schadenersatz für den Verlust einer Chance?*, in *Festschrift für Hans Stoll*, (Coordenação de G. Hohloch, R. Frank, P. Schlechtriem), Mohr Siebeck, 2001, págs. 247 e ss.; *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012, págs. 140 a 162; em sentido contrário, Decisão do OGH de 8 de Julho de 1993, 2 Ob 590/92, JBI 1994, 540.

⁸³⁷ Por exemplo, Califórnia, Florida, Texas e Minnesota; Cfr., ainda, TORY A. WEIGAND, *Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution*, in *Massachusetts Law Review*, *ob. cit.*, pág. 7.

“incremento do risco” de produção do dano final, e, portanto, cerceou ao paciente as respectivas chances de cura ou de sobrevivência⁸³⁸.

A este respeito, podem, como tal, enunciar-se os litígios *Hamil v. Bashline*, em 1978, no Supremo Tribunal da Pennsylvania, e *Herskovits v. Group Health*, em 1983, no Supremo Tribunal de Washington⁸³⁹.

De todo em todo, para outro entendimento jurisprudencial, é, na verdade, convocada uma teoria de “*Pure Chance*”, em sede da qual, mesmo que não tenha sido estabelecido o nexó de causalidade ao abrigo do *but-for-test*, é, na verdade, concedida uma indemnização, no que concerne ao dano da *perda de chance* de alcançar uma vantagem ou de evitar um resultado negativo⁸⁴⁰.

Neste contexto, refira-se, por exemplo, o litígio *Lord v. Lovett*, em 2001, no Supremo Tribunal de New Hampshire, a propósito de falha no diagnóstico e tratamento da respectiva patologia do paciente⁸⁴¹.

3.2.7. Ordenamento Jurídico Português

No Direito Português, a jurisprudência tem caminhado no sentido de autorizar a pretensão indemnizatória resultante da perda de chance, sobretudo, no domínio *forense* e nas circunstâncias de *ingresso em actividade profissional* ou *progressão na carreira*.

A este propósito, cumpre referir o Acórdão do STJ, de 5 de Fevereiro de 2013, em sede de mandato forense, que dita que, “A doutrina da «perda de chance» ou da perda de oportunidade, propugna, em tese geral, a concessão de uma indemnização

⁸³⁸ Neste apartado, cabem, inclusive, as circunstâncias em que o acto ilícito afastou uma “*substantial possibility of survival*”, como, v.g., em *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966).

⁸³⁹ Cfr. *Hamil v. Bashline*, 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978); *Herskovits v. Group Health*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983); ROBERT S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri Law Review*, Vol. 59, n.º 4, 1994, págs. 969 a 978.

⁸⁴⁰ De facto, trata-se de uma concepção doutrinária que fora enunciada por Joseph King, em que a perda de chance constitui um dano autónomo, que merece tutela jurídica. Cfr. JOSEPH KING, “*Reduction of Likelihood*”, *Reformulation and Other Retrofitting of The Loss-of-a-Chance Doctrine*, in *The University of Memphis Law Review*, Vol. 28, 1998, pág. 508, que considera que, por esta via, é possível o ressarcimento de danos resultantes de “lost opportunities or reduced prospects when it is not possible to prove that it was more likely than not that but for the defendant’s tortious conduct the ultimate injury would have been averted or that some more favorable outcome would have been achieved.”; do mesmo autor, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 90, 1981, págs. 1353 a 1397.

⁸⁴¹ Cfr. *Lord v. Lovett*, 146 N.H. 232, 770 A.2d 1103 (2001); TORY A. WEIGAND, *Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution*, in *Massachusetts Law Review*, *ob. cit.*, págs. 8 e ss.; ROBERT S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri Law Review*, *ob. cit.*, págs. 979 a 984; DAVID A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest Law Review*, Vol. 36, 2001, págs. 605 a 655.

quando fique demonstrado, não o nexa causal entre o facto ilícito e o dano final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis (...). É um dano presente que consiste na perda de probabilidade de obter uma (...) vantagem, um acréscimo patrimonial, sendo, contudo, a perda de «chance» (...) um bem jurídico digno de tutela (...). Por outro lado, uma vez que o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do acto do lesante, inexistente violação das regras gerais da responsabilidade civil que vigoram no nosso ordenamento jurídico (...).”⁸⁴².

Destarte, indique-se, ainda, o Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2013, que refere que, “No cumprimento do mandato forense, o advogado deve colocar todo o seu saber e empenho na defesa dos interesses do seu constituinte (...) com respeito das regras de conduta”. De facto, “nesse cumprimento não se inclui, pelo menos em regra, a obrigação de *ganhar a causa*”. Contudo, a não interposição, em tempo, “do requerimento de prova determinou a improcedência da sua defesa e da reconvenção”, pelo que deve ser acolhida a pretensão ressarcitória da perda de oportunidade de obter provimento na acção, cujo respectivo cálculo do *quantum* indemnizatório será, como tal, aferido nos termos do art.º 566.º, n.º3, do Código Civil⁸⁴³.

Por outro lado, em sede de responsabilidade civil médica, deixe-se a nota de referência para o Acórdão do STJ, de 26 de Outubro de 2010, que, embora no caso em apreço tenha vedado a utilização da perda de chance, defende que a mesma está, na verdade, confinada a situações de carácter residual, como, *inter alia*, nas hipóteses de falha de diagnóstico de patologia que “diminuiu substancialmente as possibilidades de cura” do respectivo paciente⁸⁴⁴.

Aqui chegados, cumpre referir que a doutrina maioritária, entre a qual, se destaca Sinde Monteiro, Rute Teixeira Pedro, Álvaro Dias e Rui Cardona Ferreira,

⁸⁴² Cfr. Acórdão do STJ, de 5 Fevereiro de 2013, Relator: Hélder Roque.

⁸⁴³ Cfr. Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2013, Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza; também, na circunstância de exclusão de concurso de provimento para funções públicas, determinando a perda de oportunidade de ingresso em actividade profissional e/ou progressão na carreira, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 11 de Outubro de 2013, Relator: Carlos Medeiros de Carvalho; em sentido contrário, rejeitando a aplicação da figura da perda de chance, designadamente, no contexto forense, Acórdão do STJ de 29 de Maio de 2012, Relator: João Camilo; Acórdão do STJ de 18 de Outubro de 2012, Relator: Serra Baptista.

⁸⁴⁴ Cfr. Acórdão do STJ, de 26 de Outubro de 2010, Relator: Azevedo Ramos, *in* www.dgsi.pt.

propugna pela aplicação da figura da perda de chance, sobretudo, no que concerne à responsabilidade civil médica e prestação de cuidados de saúde⁸⁴⁵.

Não obstante, para outro entendimento, perfilhado por Paulo Mota Pinto e Júlio Vieira Gomes, afigura-se difícil, no quadro do nosso sistema jurídico e legal, autorizar a indemnização pela perda de chance, designadamente, enquanto dano autónomo em relação ao prejuízo final⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, ob. cit., págs. 297, considera que a pretensão ressarcitória do dano da perda de chance pode ser acolhida no nosso Ordenamento Jurídico, conquanto que estejam preenchidos os respectivos pressupostos jurídicos, estabelecidos pela jurisprudência e doutrina Francesas; do mesmo autor, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, ob. cit., págs. 151 e 152; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., págs. 302 a 319 e 441 a 464, que sustenta que a perda de chance merece tutela jurídica, e, como tal, deve ser objecto de ressarcimento. Na verdade, a aplicação da respectiva doutrina permite ultrapassar os obstáculos ditados pelo regime jurídico da responsabilidade civil, em sede de apuramento do nexos causal, e, portanto, a regra do “tudo ou nada”, afixando, neste passo, ao doente uma protecção no que tange a chances de *cura* ou de *sobrevivência*, que tenham sido afastadas pela conduta ilícita do médico. De todo em todo, a autora considera que, nos casos de violação do dever de informação quanto aos riscos de determinado procedimento ou intervenção cirúrgica, deve rejeitar-se a intervenção da perda de chance, se a decisão de autorizar ou não a prossecução do acto médico resulta, em exclusivo, do paciente, já que nestas circunstâncias não figura a componente de *aleatoriedade* da chance em relação à concretização do resultado final, sendo, em rigor, um caso de *informed choice* do paciente; ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, ob. cit., págs. 250 a 255, que considera que a *chance* prefigura uma “entidade económica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano actual e ressarcível”, conquanto que, neste passo último, estejam cumpridos os demais pressupostos de responsabilidade civil; *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 398 e ss., que admite a compensação de danos resultantes da perda da possibilidade de conceber de modo natural, em face das lesões remetidas pela conduta negligente do médico, v.g., em PMA; RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance – Análise Comparativa e Perspectivas de Ordenação Sistemática*, in *O Direito*, ob. cit., pág. 57, adopta uma “conceção estritamente normativa” da perda de chance, no sentido de que esta prefigura um bem jurídico ou um *direito*, e, portanto, cuja ofensa é passível de indemnização, apenas nas circunstâncias de danos não patrimoniais, *maxime*, no palco da responsabilidade médica. Por outro lado, no que tange aos danos patrimoniais, a perda de chance deverá ser convocada enquanto mecanismo destinado a aferir do nexos de causalidade, ao abrigo da *teoria da conexão do risco*, enunciada por *Roxin*, autorizando, neste passo, via de regra, uma indemnização parcial do respectivo dano final; também, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública)*, ob. cit., págs. 329 a 361; ainda, PATRÍCIA HELENA DA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, ob. cit., págs. 71 a 79 e 98 e ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, ob. cit., págs. 103 e 104; NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, 2014, págs. 91 a 98; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 429 a 431.

⁸⁴⁶ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, ob. cit., págs. 1106 e 1107, que considera ser desprovido de fundamento acolher-se a doutrina da perda de chance, desde logo, em virtude do “efeito de transformação do lesante em garante da mera probabilidade de sucesso do lesado, concedendo, pois, a este *mais* do que a *chance* (...) representava, e, portanto, do que exige a “justiça correctiva””. Neste apartado, o Professor defende que, “*de jure condendo*, não parece que exista já hoje entre nós *base jurídico-positiva* para apoiar a indemnização da perda de chances”, sendo, por isso, mais adequado o recurso à “inversão do ónus”, à “facilitação da prova, da causalidade e do dano (...) do que fundamentar a aceitação da “perda de chance” como tipo autónomo de dano, por criação autónoma do direito (...)”; JÚLIO VIEIRA GOMES, *Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, ob. cit., pág. 29, que, apesar de não descartar que, no âmbito dos cuidados de saúde, o paciente, sofre, de facto, um dano não patrimonial resultante do acto médico, a verdade é que figuram, em rigor, obstáculos em sede do *quantum* indemnizatório. Neste passo, defende que apenas “quando a *chance* ou oportunidade se tenha

3.3. A Perda de Chance e Dever de Informação nos Cuidados de Saúde Reprodutiva

Na verdade, a perda de chance tem sido convocada pela jurisprudência e doutrina no sentido de prover ao lesado uma indemnização pela *perda* de uma *possibilidade* ou *oportunidade* de alcançar um resultado favorável ou de evitar uma desvantagem, nas circunstâncias de *incerteza* do nexo de causalidade entre o acto ilícito e o prejuízo final, que, via de regra, ditaria a improcedência da acção, nos termos prefigurados pela regra *all-or-nothing*.

Por conseguinte, temos que a aplicação da perda de chance no âmbito de *cuidados de saúde* justifica-se, desde logo, porquanto a natureza aleatória que permeia a actividade médica acaba, na verdade, por adensar a dificuldade de prova do nexo causal, a cargo do paciente.

Ora, no que tange à Ginecologia Oncológica, cumpre referir, desde logo, as circunstâncias de *falha no rastreio* ou *diagnóstico* de determinada patologia neoplástica, que, como tal, afasta, de modo irreversível, as *chances de cura ou de sobrevivência do paciente*.

Neste apartado, podem, também, decantar-se as situações em que a não realização, em tempo, do *diagnóstico* ou *tratamento* da doença oncológica veda ao paciente a *possibilidade de conceber de modo natural* ou de poder *conceber de todo*.

De facto, trata-se, aqui, de uma *falha* ou *atraso* no diagnóstico de *cancro* no aparelho reprodutor da mulher, que, neste passo, exige um procedimento médico ou intervenção cirúrgica mais invasivos, como seja, uma *histerectomia total*, que arreda a *chance* do paciente de conceber por via natural, pelo que a sua *fertilidade* está confinada às técnicas de PMA e à maternidade de substituição.

Por outro lado, cabem, aqui, também, as hipóteses de *histerectomia total* e extracção dos *ovários*, em que resulta, como tal, a perda de chance de conceber, *tout court*, e, portanto, a respectiva *fertilidade*.

Na verdade, importa referir que, uma vez que a maternidade de substituição não é autorizada no Direito Interno e na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, temos que, nas situações elencadas, o prejuízo final corresponde à perda *definitiva* da fertilidade.

“densificado” e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente “certo” para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade (...).”

Destarte, partindo do entendimento que se afigura difícil apurar o nexo de causalidade entre o facto ilícito e a perda de *fertilidade*, justamente porque a *mulher* poderia ser já *infértil* ou *estéril*, a respectiva pretensão indemnizatória subsume-se, em rigor, à *perda da possibilidade de conceber*, desde que esta seja *real e séria*.

Por sua vez, indiquem-se, ainda, as circunstâncias de *violação do dever de informação* quanto aos *riscos de infertilidade do tratamento clínico e/ou intervenção cirúrgica*, que, desta feita, privou a mulher da *possibilidade* de tomar uma *decisão esclarecida* antes de autorizar ou não a prossecução do acto médico, que veio a desembocar na perda de fertilidade.

Com efeito, a paciente, se devidamente informada, poderia, desde logo, recusar a intervenção ou, ao invés, consentir na sua execução, mas ter a chance de realizar, *ex ante*, tratamentos de preservação da fertilidade, ou mesmo a criopreservação de gâmetas ou embriões.

Ora, a este propósito, facilmente se compreende que a perda de chance não pode reportar-se à *possibilidade de conceber*, já que supõe, à parte da conduta médica, a decisão da paciente em recorrer às técnicas de PMA, sem prejuízo, outrossim, da sua respectiva execução com sucesso.

De facto, trata-se, aqui, de um contexto de *chance* à segunda potência, que, neste passo, compromete a sua própria *existência* na esfera jurídica da mulher, apresentando um traçado hipotético, pelo que não merece tutela jurídica.

Por conseguinte, deverá ser também rejeitada a indemnização pela *perda da oportunidade* de *aceder* às respectivas *técnicas de preservação da fertilidade*, na medida em que a sua *consumação* é, ainda, remota, no que tange ao facto ilícito praticado pelo médico⁸⁴⁷.

Na verdade, cremos que a questão deve ser reconduzida apenas à *perda da oportunidade de decidir de modo esclarecido ou informado* no que respeita à consecução do respectivo procedimento médico e/ou intervenção cirúrgica, e que veio a determinar uma ofensa ao direito de autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde, nos termos epigrafados no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ Cfr., *supra*, nota de rodapé 787; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 298 a 300.

⁸⁴⁸ De facto, importa referir que, no âmbito de aplicação da teoria da perda de chance prefigurada pela doutrina e jurisprudência Francesas, a “perte d’une chance d’échapper, par une décision peut-être plus judicieuse” ao prejuízo final, corresponde, aqui, via de regra, à lesão na integridade física. Não obstante, temos que, no palco da Ginecologia Oncológica, na circunstância de violação do dever de informação em relação a procedimento clínico ou intervenção cirúrgica que veio a determinar a perda definitiva de

Destarte, no âmbito do dano final que se subsume à violação do *direito de autodeterminação* do indivíduo, o julgador terá que proceder, desde logo, ao apuramento da posição do respectivo paciente quanto a *recusar* ou *autorizar* o acto médico, circunstância essa que poderá, em rigor, colocar entraves quanto à *certeza* do nexo de causalidade.

Por outro lado, uma vez que se trata, em regra, de um procedimento médico ou cirúrgico *necessário*, em que está em jogo a integridade física e a vida do paciente, temos que a sua decisão passaria, indelevelmente, por consentir na sua respectiva execução, pelo que, à partida, seria negado provimento à acção.

De todo em todo, e exceptuadas as hipóteses em que figure, em rigor, uma declaração *expressa* da paciente quanto à sua posição, temos que a *incerteza* que permeia o nexo de causalidade constitui fundamento bastante para a aplicação da teoria da perda de chance, desta feita, no que concerne ao ressarcimento pela *perda da possibilidade de tomar uma decisão esclarecida* antes de autorizar ou não a realização do tratamento oncológico⁸⁴⁹.

Ora, importa referir que, apesar do teor da decisão, em sede de prestação de consentimento informado, respeitar, em exclusivo, à mulher, o que poderia, como tal, arredar a componente de *aleatoriedade intrínseca* da *chance*, a verdade é que, neste conspecto, a questão parece estar colocada um passo antes, desde logo, na própria *oportunidade de decidir* de forma esclarecida quanto ao procedimento clínico e/ou intervenção cirúrgica.

De facto, embora a perda de chance seja, aqui, convocada como técnica jurídica, que exige do julgador alguma elasticidade no que tange ao cumprimento dos respectivos pressupostos da sua aplicação, a par com os ditames prefigurados pelo instituto da responsabilidade civil, temos que, cautelosamente, pode ser autorizada a indemnização pelo dano moral consubstanciado na perda de *oportunidade de decidir de modo*

fertilidade, apenas poderá considerar-se, desde logo, a pretensão indemnizatória respeitante à ofensa do direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, *tout court*, ou já, quanto à perda de chance de tomar uma decisão esclarecida no que concerne ao acto médico.

⁸⁴⁹ Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad*, *ob. cit.*, págs. 104 e 105, nota de rodapé 184; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, *indret, Revista para el Análisis del Derecho*, *ob. cit.*, pág. 42; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *ob. cit.*, págs. 429 a 431, e nota de rodapé 1196, a propósito do consentimento hipotético; em sentido contrário, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, *ob. cit.*, págs. 313 e 314, considera que se trata, em rigor, de uma questão de *informed choice* e não de perda de chance; ainda, MIQUEL MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, *ob. cit.*, págs. 200 e 201; JORDI RIBOT, *La Responsabilidad Civil por Falta de Consentimiento Informado*, in *Revista de Derecho Privado*, *ob. cit.*, pág. 40.

esclarecido ou informado em relação ao competente acto médico, nos termos do art.º 496.º, n.º1, do Código Civil, já que se trata, em rigor, de um prejuízo que merece tutela do direito.

Por sua vez, o respectivo apuramento do *quantum* indemnizatório obedece ao prefigurado no art.º 496.º, n.º4, 1ª parte, sendo estabelecido pelo Tribunal com recurso à *equidade*.

Doutro passo, cumpre referir que nada impede que possa ter lugar, bem assim, o ressarcimento pelo dano moral decorrente da *falta de preparação do paciente* para o prejuízo final da *infertilidade*, ao abrigo do art.º 496.º, n.ºs 1 e 4, 1ª parte, do Código Civil⁸⁵⁰.

Aqui chegados, legue-se, ainda, um breve apontamento no que concerne aos exames de diagnóstico realizados em sede de Ginecologia Oncológica, em que, pese embora o facto de ter sido cumprido o dever de esclarecimento quanto aos competentes riscos, o procedimento é efectuado, no entanto, em violação das *leges artis*, vindo o paciente a ficar *infértil*.

Neste conspecto, temos que, na hipótese de *incerteza* do nexos causal entre o facto e o dano final, poderá ser autorizado o ressarcimento pela *perda da possibilidade de conceber de modo natural* ou de *poder conceber com recurso a técnicas de PMA*, conquanto que seja *real e séria*.

Finalmente, no palco da Medicina da Reprodução, podem indicar-se, também, as hipóteses em que o paciente, nos moldes prefigurados pelo art.º 14.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, tenha sido devidamente esclarecido antes de prestar o respectivo consentimento em relação a técnicas de PMA, que foram realizadas com *mala praxis*, desembocando, como tal, na perda definitiva da fertilidade.

De facto, uma vez que se trata de uma circunstância em que os beneficiários acedem às técnicas de PMA justamente por força de um quadro clínico de *infertilidade* ou de *impossibilidade de procriação por modo natural*, temos que emergem, assim, no palco da responsabilidade civil, dificuldades probatórias quanto à perda *definitiva* de fertilidade⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 317, que, apesar de rejeitar, neste passo, a intervenção da perda de chance, defende que pode ser autorizada, v.g., a indemnização pelo *préjudice d'impréparation*; também, JEAN PENNEAU, *La Responsabilité du Médecin*, ob. cit., págs. 34 a 37.

⁸⁵¹ Cfr. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., págs. 398 a 401; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, ob. cit., pág. 279.

A este respeito, poderia, ainda, considerar-se a indemnização pelo dano resultante da *perda da possibilidade de conceber em PMA*, na medida em que estejam cumpridos os respectivos pressupostos de *certeza da chance*.

Por outro lado, na hipótese de utilização de técnicas de PMA no âmbito da *dádiva de gâmetas*, em que o dador é, em regra, *fértil*, pode, desde logo, ser concedida indemnização pela violação da integridade física e do direito de autodeterminação reprodutiva, ao abrigo do prefigurado nos art.^{os} 70.º, n.º1, e 483.º, n.º1, do Código Civil, ou, em sede de perda de chance, o prejuízo decorrente da *perda da possibilidade de conceber de modo natural* ou de *poder conceber com recurso a técnicas de PMA*.

CONCLUSÕES

I – O Direito Médico está hoje consagrado no Ordenamento Português, afixando ao indivíduo a respectiva protecção ou tutela jurídica no âmbito da prestação de cuidados de saúde, por via de regulação legal, e do apuramento da Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar.

Na verdade, tal contexto emerge de um processo evolutivo, de carácter secular, que determinou, em rigor, uma inversão da posição *paternalista* ou de *supremacia* do médico em relação ao paciente e veio estabelecer a configuração de um regime jurídico que autoriza a sua punição nas hipóteses em que exerça a actividade em violação das normas legais e, como tal, dos ditames apregoados pelas *leges artis*.

Por outro lado, a figura jurídica do consentimento informado, enquanto mecanismo de autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde, pode decantar-se, sobretudo, a partir do litígio *Salgo v. Leland Stanford Jr.*, em 1957, em que o Juiz refere o dever informação do médico de comunicar ao paciente os elementos necessários para efeitos de uma decisão esclarecida ou *intelligent consent*, antes de autorizar ou não a prossecução do competente tratamento ou intervenção médico-cirúrgica.

II – No que tange à responsabilidade civil por factos ilícitos e, portanto, de imputação subjectiva, assente na culpa, legue-se a nota de referência que, na medicina privada, entra em palco, no domínio extracontratual, o prefigurado nos art.^{os} 483.º e ss. e 562.º e ss., do Código Civil, e, em sede contratual, o disposto nos art.^{os} 562.º e ss. e 798.º e ss., nada obstando ao *cúmulo* de responsabilidades na respectiva acção, que permite, assim, ao lesado uma adequada tutela dos seus direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos.

Por sua vez, a medicina pública, designadamente, no Serviço Nacional de Saúde, tem por base a prática de actos de gestão pública e, como tal, obedece ao regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, prevista na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

III – Nos cuidados de saúde, a obrigação assumida pelo médico prefigura uma *obrigação de meios*, já que este se propõe a actuar com o seu empenho, cuidado e diligência, provendo os competentes recursos tendentes à obtenção de certo resultado (cura), mas não se vinculando ao mesmo em relação ao paciente.

Neste passo, cumpre indicar que, em face das dificuldades probatórias a cargo do paciente, toma relevo premente a intervenção dos mecanismos de facilitação

probatória ou presunções judiciais, que permitem um *aligeirar* da prova, e, como tal, autorizam uma maior igualdade processual do paciente para com o médico, que, em regra, dispõe de conhecimentos técnicos para se eximir do apuramento de responsabilidade civil.

De todo em todo, a posição da doutrina e jurisprudência em Direito Interno e Direito Comparado tem caminhado no sentido de que cabe ao médico o ónus da prova do consentimento informado e da prestação de informação, quer se trate de responsabilidade extracontratual ou já contratual.

IV – Aqui chegados, refira-se que o dever de documentação ou, em concreto, de elaboração, registo e conservação do processo clínico, pode recolher-se, desde logo, a partir dos art.^{os} 573.º e 575.º, do Código Civil, no *telos* normativo da Base II e XIV, da Lei de Bases da Saúde, no art.º 100.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, e das *leges artis*, pelo que a respectiva violação pode determinar responsabilidade delitual ou obrigacional.

Por outro lado, o dever de documentação comporta um papel fundamental no que tange à *segurança* do paciente, no tratamento médico ou intervenção cirúrgica, de *assistência*, permitindo cuidados de saúde mais céleres e personalizados, de *gestão e administração de recursos* eficaz e uma acrescida qualidade na operacionalidade dos serviços, e de *investigação e estudos clínicos*, se autorizada, como tal, a respectiva consulta.

Neste apartado, importa destacar que, ao abrigo do art.º 3.º, n.º1, da Lei n.º12/2005, de 26 de Janeiro, a instituição de saúde é a *depositária* do processo clínico, enquanto suporte da informação, pelo que o paciente é o *proprietário* ou *titular* da informação de saúde.

Pela nossa parte, defendemos o *acesso directo* ou *imediato* ao processo clínico, que, no Sistema Jurídico Português, apenas pode ter lugar no âmbito da medicina pública, nos termos laminados pelo art.º 7.º, da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, sendo que na medicina privada rege o *acesso indirecto* ou *mediato*, nos moldes epigrafados pelo art.º 3.º, n.º3, da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

V – Em sede Constitucional, pode falar-se de um *direito à reprodução*, que, na verdade, emerge do traçado normativo dos art.^{os} 26.º, n.º1, e 36.º, n.º1, da CRP, e que integra uma componente positiva, enquanto direito de cada indivíduo de constituir família, e uma dimensão negativa, que se subsume no direito ao planeamento familiar.

No que tange ao palco juscivilístico, a Tutela Geral da Personalidade, inscrita no art.º 70.º, n.º1, permeia o *direito de autodeterminação* do paciente nos cuidados de saúde, e do qual resulta o *direito de autodeterminação reprodutiva*, cuja respectiva tutela jaz, bem assim, no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil.

VI – A este propósito, temos que a consulta de *planeamento familiar* supõe o cumprimento do dever de informação do médico no âmbito do diagnóstico pré-concepcional, e, portanto, quanto ao risco de doenças genéticas passíveis de ser transmitidas à descendência, sob pena de desembocar no terreno das acções de *wrongful birth* ou *wrongful life*.

Na verdade, refira-se que cabe, também, aqui, a prestação de informação sobre os métodos contraceptivos existentes e em relação aos riscos de ineficácia, pelo que a falha do dever de esclarecimento, a prescrição inadequada, aplicação incorrecta de Implante, DIU ou SIU, ou execução, com *mala praxis*, de cirurgia de esterilização definitiva, figurando uma concepção indesejada e, como tal, o nascimento de uma criança saudável, pode determinar a intervenção das acções de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*.

VII – Por outro lado, no que toca à medicina *materno-fetal*, importa salientar que, tratando-se da realização de *técnicas invasivas* de DPN, *apenas* a gestante deverá prestar o consentimento informado, pelo que o progenitor não é chamado à respectiva decisão de consentir, sendo que, no espaço reservado à interrupção da gravidez, no art.º 142.º, n.º1, do Código Penal, a acção decisória compete, em exclusivo, à mulher, tal-qualmente, aliás, se pronuncia o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro.

Neste passo, cumpre referir que se afigura desprovida de fundamento a tese que remete ao feto, viável ou não, a posição ou *estatuto* de paciente.

Ora, temos que cabe à gestante, enquanto paciente, o direito a ser devidamente informada antes de autorizar ou recusar a execução de determinado acto médico, em face dos bens jurídicos civis de autodeterminação nos cuidados de saúde reprodutiva e da sua integridade física e moral, abrigados no art.º 70.º, n.º1, do Código Civil, e art.º 25.º, n.º1, da CRP, e da liberdade de consciência e de religião, nos termos prefigurados pelo art.º 41.º, da CRP.

Destarte, na hipótese de conflito materno-fetal, a grávida tem o *direito de recusar* determinado procedimento ou intervenção médico-cirúrgica, mesmo que tal implique riscos para a sua vida ou saúde e/ou para o estado fetal, pelo que não merece

acolhimento qualquer medida coactiva ou sancionatória e, como tal, o recurso a *autorização judicial*, designadamente, para a execução *imposta* de parto por cesariana ou de transfusão de sangue.

Não obstante, pode admitir-se, aqui, cautelosamente, um aconselhamento médico *directivo*, de forma a afiançar a prossecução do respectivo tratamento clínico ou intervenção cirúrgica.

Por sua vez, indique-se que não figura, em rigor, um dever jurídico do médico de realizar uma *cesariana electiva* por *opção da grávida*, ao invés de parto normal, pelo que, exceptuadas determinadas circunstâncias em que estejam em apreço específicas indicações médicas ou terapêuticas, deve ser rejeitada a sua execução, na clínica privada e no hospital público.

VIII – No que concerne à *procriação medicamente assistida*, regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, trata-se, aqui, de um método *subsidiário* e não *alternativo* em relação à reprodução natural, pelo que as respectivas técnicas só podem ter lugar no âmbito de um diagnóstico de infertilidade, para efeitos de tratamento de patologia grave ou na hipótese de risco de transmissão de doenças, nomeadamente, de etiologia genética ou infecciosa.

Ora, nos termos do art.º 10.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, é autorizada a dádiva de gâmetas e embriões, pelo que, na ausência de um regime legal que prefigure o traçado do respectivo acto jurídico, pode ser chamado a intervir, neste passo, o contrato de *doação*, previsto nos art.ºs 940.º a 979.º, do Código Civil, e, sobretudo, em respeito aos princípios de *liberalidade* e de *gratuidade*, buscando, assim, precluir, ao abrigo do art.º 18.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, um contexto de mercantilização reprodutiva em sede de técnicas de PMA.

Por outro lado, no âmbito da PMA e da realização de FIV, ICSI, e DGPI, o consentimento informado é remetido para um único documento, aprovado pelo CNPMA, e que deve ser prestado por ambos os *beneficiários*, de acordo com epigrafado no art.º 14.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

De facto, importa referir que, na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, em Direito Comparado, o DGPI é autorizado, pelo menos, no que tange à selecção de embriões não portadores de anomalia grave antes da respectiva implantação na cavidade uterina.

No Sistema Jurídico Português, o art.º 28.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, indica que o DGPI apresenta como escopo principal a identificação de embriões não

portadores de anomalia grave, pelo que, nos termos do art.º 7.º, n.º3, do respectivo diploma legal, pode, ainda, ser utilizado na selecção de sexo, em virtude de risco de doença genética ou cromossomopática, e para efeitos de histocompatibilidade de grupo HLA ou *saviour child*.

A este propósito, defendemos o recurso ao DGPI para a *selecção de sexo* por *indicações médicas*, já que se cumpre, em rigor, a sua função primordial de diagnóstico de anomalia grave, ainda que direccionada a patologias respeitantes a alterações dos cromossomas sexuais, e nas hipóteses de compatibilidade de grupo HLA de *saviour child* ou *saviour sibling*, porquanto, subjaz, aqui, desde logo, uma finalidade terapêutica, e, portanto, de tratamento ou de cura.

Doutro passo, refira-se que deve ser rejeitada, em absoluto, a intervenção do DGPI em circunstâncias de *Select for Special Features* ou *Designed Babies*, e de *Selecting for Disability*, na medida em que consubstanciam uma violação dos limites éticos e jurídicos respeitantes à autonomia que cabe aos progenitores em sede de liberdade reprodutiva e planeamento familiar.

IX – No que tange à responsabilidade civil médica por falha no *dever de informação* em diagnóstico pré-concepcional, DPN e DGPI, a posição doutrinal e jurisprudencial maioritária dos vários Ordenamentos Jurídicos tem-se pronunciado de modo favorável em relação às acções de *wrongful conception* e *wrongful birth* e negado provimento às acções de *wrongful life*.

Destarte, cremos que as acções de *wrongful life* devem ser julgadas improcedentes, porquanto, não merece tutela jurídica um “direito à não existência” ou a “não existir”, que emerge, em regra, do substrato da pretensão da criança portadora de deficiências.

Por outro lado, refira-se que não se encontram cumpridos os pressupostos de responsabilidade civil, previstos no art.º 483.º, n.º1, do Código Civil, pelo que, autorizar a viabilidade das acções de *wrongful life*, implica reconduzir o instituto jurídico em apreço a uma função *assistencial*, que, na verdade, cabe à Segurança Social.

X – Na responsabilidade civil por *lesões pré-natais*, a jurisprudência em Direito Interno e Direito Comparado tem caminhado no sentido de acolher as acções de *prenatal injury* e de rejeitar as acções de *wrongful fetal death*, com excepção feita, neste passo último, aos EUA, em que, via de regra, se autoriza, como tal, o ressarcimento aos progenitores pelos danos resultantes da *morte* do nascituro.

De facto, em sede do Ordenamento Jurídico Português, indique-se que, nos cuidados de saúde reprodutiva, as lesões na integridade física da mulher e do progenitor decorrentes de acto médico podem determinar o apuramento de responsabilidade civil por factos ilícitos, nos termos estabelecidos nos art.^{os} 483.º e ss., do Código Civil, no âmbito de acções de *wrongful injury*.

Por sua vez, no que respeita ao nascituro, a doutrina maioritária defende, bem assim, a respectiva indemnização por danos patrimoniais e morais resultantes da lesão à integridade física em fase pré-natal, concretamente, no terreno confinado às acções de *prenatal injury*.

Neste apartado, temos que o nascituro concebido, portanto, *in utero* ou *in vitro*, é, em rigor, um *bem juridicamente protegido*, no sentido de que jaz, aqui, uma tutela jurídica *objectiva* e não a titularidade de um *direito à vida*, enquanto direito fundamental, epigrafado no art.º 24.º, da CRP.

Além disso, importa referir que, no Direito Interno, está sedimentado, no palco doutrinal e jurisprudencial, o direito de indemnização pela *supressão do bem jurídico vida* e, portanto, pelo dano da morte *stricto sensu*, em relação a pessoas jurídicas, titulares do direito à vida, nos termos do art.º 24.º, da CRP, e art.º 70.º, do Código Civil, pelo que, já em sede de medicina materno-fetal, nos casos de nado-morto, apenas deve ser autorizado o ressarcimento pelos danos morais da grávida (casal), designadamente, pela *perda fetal*.

XI – A figura da *perda de chance*, que se subsume num dano autónomo, tem sido remetida pela jurisprudência no sentido de prover ao lesado uma indemnização pela *perda* de uma *possibilidade* ou *oportunidade* de alcançar um resultado favorável ou de evitar uma desvantagem, nas circunstâncias de *incerteza* do nexos de causalidade entre o acto ilícito e o prejuízo final, que, à partida, ditaria a improcedência da acção, ao abrigo da regra *all-or-nothing*.

Na verdade, em sede de responsabilidade civil médica, nos cuidados de saúde reprodutiva, defendemos a aplicação da doutrina da perda de chance, designadamente, nas hipóteses de falha de diagnóstico de patologia neoplásica, e, como tal, de perda da possibilidade de *cura* ou de *sobrevivência*, no âmbito da violação do dever de informação quanto aos riscos de determinado tratamento clínico e/ou intervenção cirúrgica e, destarte, de perda da possibilidade de tomar uma *decisão esclarecida* no que respeita à consecução do procedimento médico, e, outrossim, na realização com, *mala praxis*, de exames de diagnóstico e de técnicas de PMA.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Fernando, *Selección Genética de Embriones, Entre la Libertad Reproductiva y la Eugenesia*, Comares, 2007.

ABELLÁN, Fernando, e SÁNCHEZ-CARO, Javier, *Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida, Manual de Casos Clínicos*, Comares, 2009.

ACEBEDO, Iciar Abad, AZCÁRATE, Javier Carnicero Giménez de, HUERTA, Javier Etreros, MONTALVO, Juan F. Muñoz, ALONSO, Clara Vaquerizo, *Algunas Consideraciones Sobre Seguridad de La Información en El Proyecto Europeo de Historia Clínica Digital (Proyecto epSOS)*, in *Derecho y Salud*, Asociación Juristas de la Salud, Vol. 18, n.º1, Janeiro-Junho, 2009, págs. 87 a 98.

AINBINDER, Steven W., *Parto Operatório*, in *Current, Obstetrícia e Ginecologia, Diagnóstico e Tratamento*, (Coordenação de Alan H. DeCherney e Lauren Nathan), 9ª Edição, McGraw-Hill, 2005, págs. 423 a 447.

ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações* (por: Sousa Ribeiro, Jorge Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença), Coimbra, 1983.

ALCOZ, Luis Medina, *La Teoría de La Pérdida de Oportunidad, Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson Civitas, 2007.

- *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, in *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, 2009, págs. 31 a 74.

ALMEIDA, Ferreira de, *Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, págs. 75 a 120.

ALMEIDA, Moitinho de, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, in *Scientia Iuridica*, XXI, 1972, págs. 327 a 355.

ALMEIDA, Renata Barbosa de, *Direito ao Planejamento Familiar e o Choque de Consentimentos Sobre o Uso dos Embriões: O Caso Evans versus Reino Unido sob a Égide do Direito Brasileiro*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º 12, 2009, págs. 91 a 107.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, págs. 123 a 131.

AMERICAN CONGRESS OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, ACOG, *Patient Choice in the Maternal-Fetal Relationship*, in *Ethics in Obstetrics and Gynecology*, 2ª Edição, 2004.

- Committee on Ethics, *Maternal Decision Making, Ethics, and The Law*, n.º 321, Novembro de 2005.

- Committee on Ethics, *Ethical Decision Making in Gynecology and Obstetrics*, n.º 390, Dezembro de 2007.

- Committee on Obstetric Practice, *Cesarean Delivery on Maternal Request*, n.º 559, Abril de 2013.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, ASRM, *The Ethics Committee, Access to Fertility Treatment by Gays, Lesbians, and Unmarried Persons*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 92, n.º4, 2009, págs. 1190 a 1193.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, ASRM, e SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, SART, *The Practice Committee, Ovarian Tissue and Oocyte Cryopreservation*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 90, n.º5, 2008, págs. 241 a 246.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações* (Colaboração de Rui de Alarcão), 3ª Edição, Almedina, 1966.

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Sujeitos e Objecto, Reimpressão, Almedina, 1997.

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Facto Jurídico, Em Especial Negócio Jurídico, 9ª Reimpressão, Almedina, 2003.

ANNAS, George, *Protecting The Liberty of Pregnant Patients*, in *The New England Journal of Medicine*, Vol. 316, n.º19, 1987, págs.1213 e 1214.

- *Judging Medicine*, Humana Press, 1988.

ANSTEY, K. W., *Are Attempts to Have Impaired Children Justifiable?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, n.º5, 2002, págs. 286 a 288.

APB, Associação Portuguesa de Bioética, Parecer n.º P/12/APB/08, *Sobre o Direito de Escolha da Via de Parto*, de 26 de Março de 2008, Relatores: Rui Nunes, Guilhermina Rego, Cristina Brandão, págs. 1 a 6.

ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999.

ARNICHES, Paloma, *La Posibilidad de Inscribir en el Registro Civil Español a los Nacidos en el Extranjero, de Una Madre de Alquiler*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º31, Julho-Dezembro, Bilbao, 2009, págs. 29 a 41.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000.

- *Direito Civil, Sucessões*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2000.

BACACHE, Mireille, *Pour une Indemnisation au-delà de la Perte de Chance*, in *Recueil Dalloz*, Ano 184.º, n.º 28/7345.º, 17 de Julho de 2008, págs. 1908 a 1914.

BAGIŃSKA, Ewa, *Poland*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2004*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2005, págs. 462 a 478.

- *Poland*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 373 a 393.

- *The Liability for Wrongful Conception and Wrongful Birth in Polish Law*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5, n.º10, 2008, págs. 39 a 49.

BAGIŃSKA, Ewa, e NESTEROWICZ, M., *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 927 a 929.

BARBAS, Stela, *Direito ao Património Genético*, Almedina, 1998.

- *Direito do Genoma Humano*, Reimpressão da Edição de Setembro de 2007, Almedina, 2011.

BARBOSA, Carla, *Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, n.º13, 2010, págs. 107 a 140.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Notas Esparsas Sobre Responsabilidade Civil Médica – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 119 a 150.

- *Responsabilidade Civil do Médico que Actua no SNS e Responsabilidade Civil do Médico que Exerce uma Profissão Liberal. A Determinação do Regime Legal Concretamente “Aplicável”*, Anotação ao Acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5, n.º10, 2008, págs. 161 a 179.

- *Responsabilidade Subjectiva, Responsabilidade Objectiva e Sistemas Securitários de Compensação de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, págs. 559 a 576.

- *A Jurisprudência Portuguesa em Matéria de Responsabilidade Civil Médica: O Estado da Arte*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 38, Abril/Junho, 2012, págs. 14 a 27.

- *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação, Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Vol. I, Principia, 2013.

- *(Im) pertinência da Autonomização dos Danos Puramente Morais? Considerações a Propósito dos Danos Morais Reflexos*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Janeiro/Março 2014, págs. 3 a 18.

BARROS, Margarida, *Cirurgia dos Anexos por Laparotomia*, in *Manual de Ginecologia*, (Coordenação de Carlos Freire de Oliveira), Volume II, Permanyer, 2011, págs. 481 a 509.

BARUCH, Susannah, *Preimplantation Genetic Diagnosis and Parental Preferences: Beyond Deadly Disease*, in *Houston Journal of Health Law & Policy*, Vol. 8, n.º2, 2008, págs. 245 a 270.

BEAUCHAMP, Tom L., e CHILDRESS, JAMES F. *Principles of Biomedical Ethics*, 7ª Edição, Oxford University Press, 2013.

BELDARRAÍN, Javier Larena, *El Proceso por responsabilidad civil médica: Consideraciones en materia probatoria*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado*, Direcção de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, págs. 305 a 321.

BELL, Dean, e BENNETT, Belinda, *Genetic Secrets and The Family*, in *Medical Law Review*, Vol. 9, n.º2, 2001, págs. 130 a 161.

BENN, P., WRIGHT, D., CUCKLE, H., *Practical Strategies in Contingent Sequential Screening for Down Syndrome*, in *Prenatal Diagnosis*, Vol. 25, n.º8, 2005, págs. 645 a 652.

BENÖHR-LAQUEUR, Susanne, *Fighting in The Legal Grey Area: An Analysis of The German Federal Court of Justice Decision in Case Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Poiesis & Praxis, International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment*, Vol. 8, n.º1, 2011, págs. 3 a 8.

BERGMANN, Otto, KIENZLE, Hans Friederich, (Hrsg.), *Krankenhaustaftung Organisation, Schadensverhütung und Versicherung – Leitfaden für die Tägliche Praxis*, 3ª Edição, Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, 2010.

BERKOWITZ, Jonathan M., e SNYDER, Jack W., *Racism and Sexism in Medically Assisted Conception*, in *Bioethics*, Vol. 12, n.º1, 1998, págs. 25 a 44.

BILBAO, Alfonso Atela, *Consentimiento informado y lex artis ad hoc: Casuística en Bizkaia*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado*, Direcção de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, págs. 161 a 176.

BIONEWS, *HFEA allow PGD for HLA tissue typing*, in *BioNews*, n.º 268, 22 de Julho de 2004, in www.bionews.org.uk.

- 'Saviour sibling' born to Fletcher family, in *BioNews*, n.º 317, 18 de Julho de 2005, in www.bionews.org.uk.

- 'Saviour sibling' perfect genetic match for brother, in *BioNews*, n.º 320, 8 de Agosto de 2005, www.bionews.org.uk.

BLACKBURN-STARZA, Antony, *Increase in US couples using PGD for social sex-selection*, in *BioNews*, n.º 377, 25 de Setembro de 2006, in www.bionews.org.uk.

BLOCK, Norman M., *Wrongful Birth: The Avoidance of Consequences Doctrine in Mitigation of Damages*, in *Fordham Law Review*, Vol. 53, n.º5, 1985, págs. 1107 a 1125.

BORÉ, Jacques, *L'Indemnisation Pour Les Chances Perdues: Une Forme d'Appréciation Quantitative de La Causalité d'un Fait Dommageable*, in *Juris-Classeur Périodique*, I, n.º 23, 1974, pág. 2620.

BORGES, Agostinho, *Ecocardiografia Fetal – Indicações e Metodologia*, in *Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Luís Mendes da Graça), 4ª Edição, Lidel, 2010, págs. 305 a 312.

BORGHETTI, JS., *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 880 e 881, 910 e 911, 940 a 942.

BOYLE, Robert J., e SAVULESCU, Julian, *Ethics of Using Preimplantation Genetic Diagnosis to Select a Stem Cell Donor for an Existing Person*, in *The British Medical Journal*, Vol. 323, n.º 7323, 2001, págs. 1240 a 1243.

BRANCO, Jorge, *Contraceção Hoje em Portugal, Separata do Manual Sobre Contraceção* (David Serfaty), Artes Gráficas, 2007.

BRAVERMAN, Philip, *Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?*, in *Fordham Law Review*, Vol. 47, n.º3, 1978, págs. 418 a 436.

BRAZIER, Margaret, *Human (s) (as) Medicine (s)*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, (Coordenação de Sheila A.M. Mclean), Ashgate, 2006, págs.187 a 202.

BRAZIER, Margaret, & CAVE, Emma, *Medicine, Patients and The Law*, 5ª Edição, Penguin Books, 2011.

BRITO, Diogo, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007.

BROCK, Dan, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms – The Case of Wrongful Handicaps*, in *Bioethics*, Vol. 9, n.º 3-4, 1995, págs. 269 a 275.

BRUER, Robert S., *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri Law Review*, Vol. 59, n.º4, 1994, págs. 969 a 996.

BUCHANAN, Allen, BROCK, Dan, DANIELS, Norman, e WIKLER, Daniel, *From Chance to Choice, Genetics & Justice*, Cambridge University, 2001.

BUI, The-Hung, e MEINER, Vardiella, *State of The Art in Prenatal Diagnosis*, in *The Janus Face of Prenatal Diagnostics*, (Coordenação de Marianne Leuzinger-Bohleber, Eve-Marie Engels e John Tsiantis), Karnac, 2008, págs. 61 a 86.

BURNEY, Richard O., SCHUST, Daniel J., YAO, Mylene W.M., *Infertilidade*, in *Tratado de Ginecologia*, (Coordenação de Jonathan S. Berek), 14ª Edição, Editora Guanabara, 2008, págs. 877 a 940.

BURROW, Sylvia, *On The Cutting Edge: Ethical Responsiveness to Cesarean Rates*, in *The American Journal of Bioethics*, Vol. 12, n.º7, 2012, págs. 44 a 52.

BUXTON, Jess, *Permission for another UK ‘saviour sibling’ granted*, in *BioNews*, n.º 357, 5 de Maio de 2006, in www.bionews.org.uk.

BYDLINSKI, F., *Haftungsgrund und Zufall als Alternativ Mögliche Schadensursachen*, in *Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift für Gerhard Frotz*, (Coordenação de M. Enzinger, H.F. Hügel e W. Dillenz), Manz, 1993, págs. 3 a 10.

BYK, Christian, *Preimplantation Genetic Diagnosis: An Ambiguous Legal Status For an Ambiguous Medical and Social Practice*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 28, Janeiro-Junho, Bilbao, 2008, págs. 85 a 103.

CALLENS, Stefaan, e WILDE, Sarah de, *L'Accès Au Dossier Médical : Un Nouveau Droit, in Évolution des Droits du Patient, Indemnisation Sans Faute des Dommages Liés Aux Soins de Santé: Le Droit Médical en Mouvement*, (Coordenação de Geneviève Schamps), Bruylant, LGDJ, 2008, págs. 157 a 186.

CAMPBELL, Tom, e CABRERA, Laura, *The Weak Moral Basis for Strong PGD Regulation, in Regulating Pre-Implantation Genetic Diagnosis, A Comparative and Theoretical Analysis*, (Coordenação de Sheila A.M. Mclean e Sarah Elliston), Biomedical Law and Ethics Library, Routledge, 2013, págs. 17 a 38.

CAMPOS, Diogo Ayres de, e RAMALHO, Carla, *Classificação da “Gravidez de Risco”, in Protocolos de Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Diogo Ayres de Campos, Nuno Montenegro, Teresa Rodrigues), 2ª Edição, Lidel, 2008, págs. 3 e 4.

CAMPOS, Diogo Leite de, *A Indemnização do Dano da Morte*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. L, 1974, págs. 247 a 297.

- *A Vida, a Morte e a sua Indemnização*, in *BMJ*, n.º 365, 1987, págs. 5 a 20.

- *Lições de Direitos da Personalidade*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXVII, 1991, págs. 129 a 223.

- *O Estatuto Jurídico do Nascituro*, in *ROA*, Ano 56, Lisboa, 1996, págs. 877 a 886.

- *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – Ou a Omnipotência do Sujeito*, in *ROA*, Ano 66, Lisboa, Dezembro 2006, págs. 1017 a 1032.

- *Os Danos Causados pela Morte e a sua Indemnização*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 133 a 137.

- *A Capacidade Sucessória do Nascituro (Ou A Crise do Positivismo Legalista)*, in *Pessoa Humana e Direito*, (Coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato), Almedina, 2009, págs. 47 a 54.

- *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Reimpressão da Edição de 1997, Almedina, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de, e BARBAS, Stela, *O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica*, in *ROA*, Ano 61, Lisboa, Dezembro 2001, págs. 1257 a 1268.

CARR, Claudia, *Unlocking Medical Law and Ethics*, Hodder Education, 2012.

CARROLL, Deborah, *Stallman v. Youngquist: The Illinois Supreme Court Rejects Maternal Civil Liability*, in *DePaul Law Review*, Vol. 39, 1989, págs. 199 a 228.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, Centelha, 1981.

- *Para uma Teoria da Pessoa Humana (Reflexões Para uma Desmitificação Necessária)*, in *O Homem e o Tempo, Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, (Coordenação de J.A. Pinto Ribeiro), Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, págs. 527 a 545.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, (Coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha), 3ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

CASALS, Miquel Martín, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, 2000, págs. 179 a 208.

- *Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine*, in *European Review of Private Law*, Vol. 16.º, n.º6, 2008, Kluwer Law International, págs. 1043 a 1050.

- *Conceptos Perjudiciales (heads of damage) en la Indemnización por Muerte y por Lesiones Personales en Europa*, indret, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2013, págs. 1 a 48, in www.indret.com.

CASALS, Miquel Martín, e FELIU, Josep Solé, *Anticoncepciones Fallidas e Hijos no Previstos*, *indret*, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º3, 2001, págs. 1 a 16, in www.indret.com.

- *Comentario a la STS de 7 de Junio de 2002*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 60, Outubro-Dezembro 2002, págs. 1097 a 1121.

- *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 - Arrêts 278, 279 and 280, Spanish case note*, in *European Review of Private Law*, Vol. 11, n.º2, 2003, Kluwer Law International, págs. 201 a 220.

- *Comentario a la Sentencia de 29 de Mayo de 2003*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 64, Janeiro-Abril 2004, págs. 193 a 218.

- *Comentario a la STS 18 de Mayo de 2006*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 73, Janeiro-Abril 2007, págs. 517 a 542.

- *Medical Liability in Spain*, in *Tort and Insurance Law*, Vol. 29, *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, (Coordenação de Bernhard A. Koch), De Gruyter, 2011, págs. 451 a 523.

CASALS, Miquel Martín, e RIBOT, Jordi, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *Essential Cases on Damage* (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 887 a 889, 915 a 919, 948 e 949, 1095 a 1100.

CASCÃO, Rui Miguel, *O Dever de Documentação do Prestador de Cuidados de Saúde e a Responsabilidade Civil*, in *Lex Medicinæ*, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4.º, n.º8, 2007, págs. 27 a 35.

CHABAS, François, *Vers un Changement de Nature de la Responsabilité Médicale*, in *Juris-Classeur Périodique*, I, 1973, pág. 2737.

- *La Perte d'une Chance en Droit Français*, in *Colloque sur les Développements Récents du Droit de la Responsabilité Civile*, Centre d'Études Européennes, Genève, 1991, págs. 131 e ss.

- *La Perdita Di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Vol. LXI, n.º2, Março-Abril, 1996, págs. 227 a 245.

CHALMERS, Don, *Regulatory Legitimacy: The Case for Controlling and Restricting Access to PGD for Sex-Selection Purposes*, in *Regulating Pre-Implantation Genetic Diagnosis, A Comparative and Theoretical Analysis*, (Coordenação de Sheila A.M. Mclean e Sarah Elliston), Biomedical Law and Ethics Library, Routledge, 2013, págs. 148 a 170.

CHAOUI, Rabih, e BENOIT, Bernard, *Three-Dimensional and Four-Dimensional Ultrasound Application in Prenatal Diagnosis*, in *European Practice in Gynaecology and Obstetrics, Ultrasound in Obstetrics and Gynaecology*, (Coordenação de Juriy W. Wladimiroff e Sturla H. Eik-Nes), Elsevier, 2009, págs. 259 a 270.

CHARTIER, Yves, *La Réparation Du Préjudice dans La Responsabilité Civile*, Dalloz, 1983.

CHERRY, A. L., *The Free Exercise Rights of Pregnant Women Who Refuse Medical Treatment*, in *Tennessee Law Review*, Vol. 69, n.º3, 2002, págs. 563 a 622.

CHERVENAK, Frank A., e McCULLOUGH, Laurence B., *Perinatal Ethics: A Practical Method of Analysis of Obligations to Mother and Fetus*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 66, n.º3, 1985, págs. 442 a 446.

- *Ethical Issues in Recommending and Offering Fetal Therapy*, in *Western Journal of Medicine*, Vol. 159, n.º3, 1993, págs. 396 a 399.

- *Court-Ordered Cesarean Delivered*, in *The Beginning of Human Life*, (Coordenação de Fritz K. Beller e Robert F. Weir), Springer, 1994, págs. 257 a 272.

- *Ethics in Obstetrics and Gynecology*, Oxford University Press, 1994.

- *The Fetus as a Patient: An Essential Concept for The Ethics of Perinatal Medicine*, in *American Journal of Perinatology*, Vol. 20, n.º8, 2003, págs. 399 a 404.

CHERVENAK, Frank A., McCULLOUGH, Laurence B., e SKUPSKI, D., *An Ethical Justification for Emergency: Coerced Cesarean Delivery*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 82, n.º6, 1993, págs. 1029 a 1035.

CHINDEMI, Domenico, *Il Danno da Perdita di Chance*, 2ª Edição, Giuffrè Editore, 2010.

CHORÃO, Mário Bigotte, *O Nascituro e a Questão do Estatuto do Embrião Humano no Direito Português, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Almedina, 2000, págs. 635 a 644.

CIPRIANI, Gaia, *Il Nesso di Causalità nella Responsabilità Medica, in Responsabilità Civile e Previdenza*, Vol. LXVIII, n.º 4-5, Julho-Outubro, 2003, págs. 1104 a 1123.

CLAYTON, Ellen Wright, *What the Law Says About Reproductive Genetic Testing and What It Doesn't, in Women and Prenatal Testing: Facing the Challenges of Genetic Technology*, (Edição de Karen H. Rothenberg e Elizabeth J. Thomson), Ohio State University Press, 1994, págs. 131 a 178.

CLÉMENT, Cyril, *La Jurisprudence Perruche Exhumée, et Après?*, in *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 20, Setembro de 2006, págs. 261 a 266.

COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992.

COGGIOLA, N., TEDESCHI, B. Gardella, e GRAZIADEI, M., *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 885 e 886, 914 e 915, 946 a 948, 1092 a 1095.

COHEN, Jacques, WELLS, Dagan, e MUNNÉ, Santiago, *Removal of 2 Cells from Cleavage Stage Embryos is Likely to Reduce the Efficacy of Chromosomal Tests that are Used to Enhance Implantation Rates, in Fertility and Sterility*, Vol. 87, n.º3, 2007, págs. 496 a 503.

COHEN, Wayne R., S., Barry, *Medical Negligence Lawsuits Relating to Labor and Delivery, in Medical Legal Issues in Perinatal Medicine: Part I, Clinics in Perinatology*, Vol. 34, n.º2, (Coordenação de Isaac Blickstein, Judith L. Chervenak, Frank A. Chervenak), Saunders, 2007, págs. 345 a 360.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, Parecer n.º 107, de 15 de Outubro de 2009, *Opinion on Ethical Issues in Connection with Antenatal Diagnosis: Prenatal Diagnosis (PND) and Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD)*, in www.ccne-ethique.fr.

CONSELHO DA EUROPA, Recomendação n.º R (90) 13, de 21 de Junho de 1990, “*On Prenatal Genetic Screening, Prenatal Genetic Diagnosis and Associated Genetic Counselling*”, in www.coe.int.

- *Background Document on Preimplantation and Prenatal Genetic Testing, Clinical Situation, Legal Situation*, 2010, in www.coe.int.

CONSELHO NACIONAL DE DISCIPLINA DA ORDEM DOS MÉDICOS, *Acórdão*, in *Revista da Ordem dos Médicos*, Ano 27, n.º 122, Setembro de 2011, págs. 18 a 20.

- *Carta ao Conselho Nacional de Disciplina da OM*, in *Revista da Ordem dos Médicos*, Ano 27, n.º 125, Dezembro de 2011, págs. 66 a 68.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA E DEONTOLOGIA MÉDICAS, Secção Norte da Ordem dos Médicos, *Ficheiros Clínicos – Enquadramento Legal*, 2000, págs. 42 a 45.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, CNECV, Parecer n.º 43/CNECV/04, *Sobre o Projecto de Lei n.º 28/IX Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde*, Maio de 2004.

- *Relatório – Procriação Medicamente Assistida* (A. Almeida Santos, M. Reneaud, Rita A. Cabral), Julho de 2004.

- Parecer n.º 44/CNECV/04, *Procriação Medicamente Assistida*, Julho de 2004.

- *Relatório Sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”* (Fernando J. Regateiro), n.º 51, Abril de 2007.

- Parecer n.º 51/CNECV/07, “*Diagnóstico Genético Pré-Implantação*”, Abril de 2007.

- Parecer n.º 53/CNECV/07, *Sobre os Projectos de Lei nº 126/X (Estabelece os Princípios da Investigação Científica em Células Estaminais e a Utilização de Embriões)*, e nº 376/X (*Estabelece o Regime Jurídico de Utilização de Células Estaminais, para Efeitos de Investigação e Respectivas Aplicações Terapêuticas*), Julho de 2007.

- Parecer n.º 63/CNECV/2012, *Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição*, Março de 2012.

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida, CNPMA, *Declaração Interpretativa Relativamente às Implicações da Entrada em Vigor da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, no Acesso às Técnicas de PMA*, 18 de Junho de 2010, in www.cnpma.org.pt.

- *Fertilização in Vitro ou Microinjeção Intracitoplasmática de Espermatozoides para Diagnóstico Genético Pré-implantação - Consentimento Informado*, Maio de 2012, in www.cnpma.org.pt.

COOK, Moses, *From Conception Until Birth: Exploring The Maternal Duty to Protect Fetal Health*, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 80, n.º4, 2002, págs. 1307 a 1340.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil II, Direito das Obrigações*, Tomo III, Almedina, 2010.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Parte Geral, Pessoas, 3ª Edição, Almedina, 2011.

CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful Birth e Wrongful Life: De Nicolas Perruche a Kelly Molenaar*, in *sub judice*, Justiça e Sociedade, n.º 38, *Direito da Saúde e Biodireito*, Janeiro-Março de 2007, págs. 101 a 108.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, Lex, 1993.

- *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, 2012.

CORTÉS, Julio César Galán, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001.

- *Responsabilidad Civil Médica*, 3ª Edição, Editorial Aranzadi, 2011.

COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2011.

COSTA, Patrícia Helena da, *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, 2010, in www.verbojuridico.com, págs. 1 a 111.

CRAVEN, Ciaran, *Byrne v Ryan, Pregnancy and Children and Limitations on Recoverability for Actionable Wrongs*, Parte 1, in *Quarterly Review of Tort Law*, Vol. 2, n.º3, 2007.

CUNHA, J. M. Damião da, Art.º 140.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, (Coordenação de Jorge de Figueiredo Dias), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 221 a 235.

DAHL, E., GUPTA, RS., BEUTEL, M., STOESEL-RICHTER, Y., BROSIG, B., TINNEBERG, HR., JAIN, T., *Preconception Sex Selection Demand and Preferences in The United States*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 85, n.º2, 2006, págs. 468 a 473.

DANTAS, Eduardo, *A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico. A Cirurgia Plástica como Obrigação de Meio*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4.º, n.º7, 2007, págs. 69 a 79.

- *How Informed Should Consent Be? A Brief Analysis on Consent and Autonomy Under The European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º17, 2012, págs. 51 a 63.

DANTAS, Eduardo, e RAPOSO, Vera Lúcia, *Aspects Juridiques de la Procréation Post Mortem en Perspective Comparative Brésil-Portugal*, in *Revue Générale de Droit Médical*, n.º40, Setembro de 2011, págs. 35 a 51.

DAVIS, Dena S., *Genetic Dilemmas, Reproductive Technology, Parental Choices, and Children's Futures*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2010.

DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et Fin)*, Tomo V, Paris, 1925.

DEODATO, Sérgio, *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Almedina, 2008.

DEPARTMENT OF HEALTH & SOCIAL SECURITY, *Report Of The Committee of Inquiry into Human Fertilisation And Embriology*, Chairman:- Dame Mary Warnock, 1984, in www.hfea.gov.uk

DEVOLDER, K., *Preimplantation HLA Typing: Having Children to Save Our Loved Ones*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, n.º10, 2005, págs. 582 a 586.

DIAS, Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica 21, Coimbra Editora, 1996.

- *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Nótula antes do Art.º 131.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, (Coordenação de Jorge de Figueiredo Dias), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 4 a 34.

DIAS, Jorge de Figueiredo, e BRANDÃO, Nuno, Art.º 142.º, do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, (Coordenação de Jorge de Figueiredo Dias), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 266 a 297.

DIAS, Jorge de Figueiredo, e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in *BMJ*, n.º332, 1984, págs. 21 a 79.

- *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações “de lege ferenda”*, in *Scientia Iuridica*, XXXIII, 1984, págs. 100 a 107.

DICKENS, Bernard M., *Legislation for Assisted Reproductive Technologies*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 15 a 28.

DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE, *Saúde Reprodutiva, Infertilidade, Orientações Direcção-Geral da Saúde*, Lisboa, 2008.

- *Saúde Reprodutiva, Planeamento Familiar. Orientações Direcção-Geral da Saúde*, Lisboa, 2008.

DOLCINI, Emilio, *La Legge Sulla Fecondazione Assistita Oggi, Tra Giurisprudenza Di Merito e Corte Costituzionale*, no Seminário “*La fecondazione assistita: prospettive ed incertezze dopo Corte cost. n.438/2008 e Corte cost.n.151/2009: tutela dell’embrione e del feto nel diritto italiano ed il ruolo dellagiurisprudenza di legittimità civile e penale*”, CSM, Roma, 17 settembre 2009, págs. 1 a 13, in www.personaedanno.it.

DOMINGUE-HENDRICKSON, Cindy, *WRONGFUL DEATH - New Mexico Adopts Hedonic Damages in the Context of Wrongful Death Actions: Sears v. Nissan (Romero v. Byers)*, in *New Mexico Law Review*, Vol. 25, n.º2, 1995, págs. 385 a 397.

DONOVAN, Katherine, e GILBAR, Roy, *The Loved Ones: Families, Intimates and Patient Autonomy*, in *Legal Studies*, Vol. 23, n.º2, 2003, págs 332 a 358.

DOVEY, S., SNEERINGER, R.M., PENZIAS, A.S., *Clomiphene Citrate and Intrauterine Insemination: Analysis of More Than 4100 Cycles*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 90, n.º6, 2008, págs. 2281 a 2286.

DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas?, A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003.

DUBUISSON, B., DURANT, I.C., e SCHMITZ, Nicolas, *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 911 a 913, 942 a 943.

DUCH, Josep Corbella i, *Responsabilidad Civil de los Centros Sanitarios*, Atelier, Barcelona, 2008.

DUGUET, Anne-Marie, *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions*, in *European Journal of Health Law*, n.º 9, 2002, págs. 139 a 149.

EDWARDS, L., STANLEY, J., e WELLS, Patricia, *Tort Law*, 5ª Edição, Delmar Cengage-Learning, 2012.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, 2009.

- *Relatório Sobre a Carta de Direitos dos Utentes*, 2011.

ESKANDARI, Niloofar, e CADIEUX, Mary, *Infertilidade*, in *Current, Obstetrícia e Ginecologia, Diagnóstico e Tratamento*, (Coordenação de Alan H. DeCherney e Lauren Nathan), 9ª Edição, McGraw-Hill, 2005, págs. 837 a 846.

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, ESHRE, *PGD Consortium, Best Practice Guidelines for Clinical Preimplantation Genetic Diagnosis*

(PGD) and Preimplantation Genetic Screening (PGS), in *Human Reproduction*, Vol. 20, n.º1, 2005, págs. 35 a 48.

FADEN, Ruth R. e BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986.

FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 1987.

- *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, Coimbra Editora, 2004, págs. 115 a 195.

FARINE, D., e KELLY, E.N., *The Pregnant Patient with Malignant Disease: Maternal-Fetal Conflict*, in *Cancer in Pregnancy: Maternal and Fetal Risks*, (Coordenação de G. Koren, M. Lishner e D. Farine), Cambridge University Press, 1996, págs. 15 a 26.

FEINBERG, Joel, *Harm to Others, The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, New York: Oxford University Press, 1984.

FELDMAN, Sarah, *Making Sense of The New Cervical-Cancer Screening Guidelines*, in *The New England Journal of Medicine*, Vol. 365, n.º23, 2011, págs. 2145 a 2147.

FELIU, Josep Solé, *The Reception of The Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law*, in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º6, 2008, Kluwer Law International, págs. 1105 a 1117.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 5ª Edição, Universidade Católica, 2010.

- *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição, Quid Juris, 2012.

FERRARIO, Andrea, *Il Danno da Nascita Indesiderata*, Giuffrè Editore, 2011.

FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública)*, Coimbra Editora, 2011.

- *A Perda de Chance – Análise Comparativa e Perspectivas de Ordenação Sistemática*, in *O Direito*, Ano 144.º, n.ºI, Almedina, 2012, págs. 29 a 57.

FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal No Exercício da Medicina Em Equipa: O Princípio da Confiança e o Princípio da Divisão do Trabalho*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Studia Iuridica 99, Coimbra Editora, 2009, págs. 417 a 435.

- *Teamwork and Patient Safety: Is The Surgeon The Captain of The Ship?*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, IV EAHL Conference, Volume Especial, 2014, págs. 153 a 163.

FINEL, Laure, *La Responsabilité du Médecin en Matière de Diagnostic des Anomalies Foetales*, in *Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social*, Vol. 33, n.º2, 1997, págs. 223 a 238.

FISCHER, David A., *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest Law Review*, Vol. 36, 2001, págs. 605 a 655.

FISCHER, James M., *Understanding Remedies*, 2ª Edição, Lexis-Nexis, 2006.

FLEISCHER, Holger, *Schadensersatz für Verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, in *Juristenzeitung*, Heft, 1999, págs. 766 a 775.

FORD, Norman M., *The Prenatal Person, Ethics From Conception to Birth*, Blackwell Publishing, 2002.

FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Reimpressão da Edição de Fevereiro de 2004, Almedina, 2007.

- *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, 2006.

- *A Protecção Juscivil da Vida Pré-Natal, Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião*, in *Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2008, págs. 133 a 155.

- *A Própria Vida como Dano? - Dimensões Cíveis e Constitucionais de uma Questão-Limite -*, in *Pessoa Humana e Direito*, (Coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato), Almedina, 2009, págs. 259 a 294.

FRANZONI, Massimo, *Trattato Della Responsabilità Civile*, (Coordenação de Massimo Franzoni), Vol. II, 2ª Edição, Giuffrè Editore, 2010.

FREITAS, Tiago Figo, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal. O Conceito de Pessoa Revisitado*, FDUC, Coimbra, 2011.

FROST, Laura J., e REICH, Michael R., *Norplant: Access to Contraceptives*, in *Access: How do Good Health Technologies Get to Poor People in Poor Countries?*, Harvard Center for Population and Development Studies, 2008, págs. 115 a 140.

GARCÍA, Manuel Ángel de Las Heras, *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica*, Tomo I, Editorial Dykinson, S.L., 2005.

GASPAR, António Henriques, *A Responsabilidade Civil do Médico*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, págs. 335 a 355.

GAVAGHAN, Colin, *Defending The Genetic Supermarket: Law and Ethics of Selecting The Next Generation*, Biomedical Law and Ethics Library, Series Editor, Sheila A.M. McLean, 2007.

GENICOT, Gilles, *Droit Médical et Biomédical*, *Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, Larcier, 2010.

GIESEN, Dieter, *International Medical Malpractice Law: A Comparative Law Study of Civil Liability Arising From Medical Care*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

- *Arzthaftungsrecht. Die Zivilrechtliche Haftung aus Medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, 5ª Edição, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2007.

GIESEN, Ivo, *Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and The Politics of Tort Law Systems*, in *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law (THRHR)*, Vol. 72, 2009, págs. 257 a 273.

GIESEN, Ivo, e ENGELHARD, Esther, *Medical Liability in the Netherlands*, in *Tort and Insurance Law*, Vol. 29, *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, (Coordenação de Bernhard A. Koch), De Gruyter, 2011, págs. 361 a 410.

GILBAR, Roy, *Communicating Genetic Information In The Family: The Familial Relationship as The Forgotten Factor*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 33, n.º 7, 2007, págs. 390 a 393.

GILES, J., e VIDAL, C., *Fecundación in vitro e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, (Coordenação de José Remohí, José Bellver, Roberto Matorras, Agustín Ballesteros, Antonio Pellicer), 4ª Edição, Editorial Panamericana, 2012, págs. 341 a 347.

GLOVER, Jonathan, *What Sort of People Should There Be?*, Penguin, 1984.

GOMES, Júlio Vieira, *Sobre o Dano da Perda de Chance*, in *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo II, 2005, págs. 9 a 47.

- *Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, Dezembro de 2012, págs. 17 a 29.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 14ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, Gabriel António, *Da Personalidade Jurídica do Nascituro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano XLI, n.º1, 2000, págs. 525 a 539.

GONZÁLEZ, Asua Clara, *Responsabilidad Civil Médica*, in *Tratado de Responsabilidad Civil*, (Coordenação de Fernando Reglero Campos), Thomson Aranzadi, 2ª Edição, 2003, págs. 1031 a 1107.

- *Pérdida de Oportunidad en La Responsabilidad Sanitaria*, Thomson Aranzadi, 2008.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Volume II, Direito das Obrigações, Quid Juris, 2012.

GONZÁLEZ, R., MOLINA, N.M., CAMPOS, I., MAGÁN, R., RUZAFÁ, C., *Inducción de la Ovulación y Coito Programado*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, (Coordenação de José Remohí, José Bellver, Roberto Matorras, Agustín Ballesteros, Antonio Pellicer), 4ª Edição, Editorial Panamericana, 2012, págs. 307 a 316.

GOUVEIA, Jaime Cardoso de, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1932.

GRAÇA, Luís Mendes da, *Rastreamento Pré-Natal de Aneuploidias: Perspectiva Obstétrica*, in *Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Luís Mendes da Graça), 4ª Edição, Lidel, 2010, págs. 94 a 100.

- *Aspectos Éticos em Medicina Materno-Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, 2010, págs. 123 a 130.

- *Técnicas Invasivas de Diagnóstico e Terapêutica do Feto*, in *Medicina Materno-Fetal*, 2010, págs. 295 a 304.

- *Ventosa obstétrica*, in *Medicina Materno-Fetal*, 2010, págs. 684 a 688.

- *Cesariana*, in *Medicina Materno-Fetal*, 2010, págs. 689 a 696.

- *Terapêutica Cirúrgica Fetal*, 2010, págs. 723 a 729.

GREEN, Ronald M., *Babies by Design, The Ethics of Genetic Choice*, Yale University Press, 2007.

GREEN, Yosi, *Informed Consent for Treatment of Fertility*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 53 a 62.

GREWAL, Michelle, e BURKMAN, Ronald T., *Contraceção e Planejamento Familiar*, in *Current, Obstetrícia e Ginecologia, Diagnóstico e Tratamento*, (Coordenação de Alan H. DeCherney e Lauren Nathan), 9ª Edição, McGraw-Hill, 2005, págs. 535 a 551.

GRUBB, Andrew, e LAING, Judith, *Principles of Medical Law*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2004.

GUIMARÃES, José Miguel, *As Dificuldades do Acesso de Casais Homossexuais à Procriação Medicamente Assistida*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012, págs. 1 a 17.

GUTIÉRREZ, Ainhoa, *La historia clínica como prueba en el proceso judicial por responsabilidad médica*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica*

Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado, Dirección de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, págs. 323 a 334.

HABIBA, M., KAMINSKI, M., FRÈ, M. Da, MARSAL, K., BLEKER, O., LIBRERO, J., GRANDJEAN, H., GRATIA, P., GUASCHINO, S., HEYL, W., TAYLOR, D., CUTTINI, M., *Caesarean Section on Request: A Comparison of Obstetricians' Attitudes in Eight European Countries*, in *International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, Vol. 113, n.º6, 2006, págs. 647 a 656.

HALDAR, N., CRANSTON, D, TURNER, E., MACKENZIE, I, GUILLEBAUD, J, *How Reliable is a Vasectomy? Long-Term Follow-Up of Vasectomised Men*, in *The Lancet*, Vol. 356, n.º 9223, 2000, págs. 43 e 44.

HARPER, Joyce C., *Introduction to Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Preimplantation Genetic Diagnosis*, (Coordenação de Joyce C. Harper), 2ª Edição, Cambridge University Press, 2009, págs. 1 a 47.

HARPER, P. S., *Insurance and Genetic Testing*, in *The Lancet*, Vol. 341, n.º 8839, 1993, págs. 224 a 227.

HARRIS, John, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics*, Routledge, 1985.

- *Wonderwoman and Superman, The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, 1992.

- *Enhancing Evolution, The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, 2010.

HARRIS, Lisa, *Rethinking Maternal-Fetal Conflict: Gender and Equality in Perinatal Ethics*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 96, n.º5, 2000, págs. 786 a 791.

HEALY, John, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, Sweet and Maxwell, London, 1999.

HENSEL, Wendy, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, págs. 141 a 195.

HERNANDO, Pablo, SEOANE José Antonio, e ASÍS, José Francisco de, *La Reserva de Las Anotaciones Subjetivas: ¿Derecho o Privilegio?*, in *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 20, n.º1, 2006, págs. 31 a 38.

HERRING, Jonathan, *Medical Law and Ethics*, 8ª Edição, Oxford University, 2012.

HEWSON, Barbara, *Informed Choice in Maternity Care*, in *Informed Choice in Maternity Care*, (Coordenação de Mavis Kirkham), Palgrave, Macmillan, 2004, págs. 31 a 56.

HIERRO, Manuel Fernández, *Sistema de Responsabilidad Médica*, 5ª Edição, Comares, 2007.

HILDT, Elisabeth, *Autonomy and Freedom of Choice in Prenatal Genetic Diagnosis, in Medicine, Health Care and Philosophy, A European Journal*, Vol. 5, 2002, Kluwer Academic Publishers, págs. 65 a 71.

HOGG, M., *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 892 a 893, 921 a 924.

HOLM, Søren, *Wrongful Life, The Welfare Principle and The Non-Identity Problem: Some Further Complications*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, (Coordenação de Sheila A.M. McLean), Ashgate, 2006, págs. 407 a 419.

HONDIUS, Ewoud, *The Kelly Case, Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment, in Health Law, Human Rights and The Biomedicine Convention*, (Coordenação de J.K.M. Gevers, E.H. Hondius, J.H. Hubben), Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

HÖRSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 5ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, 2009.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, ETHICS COMMITTEE, *Ethical Issues in the Creation and Selection of Preimplantation Embryos to Produce Tissue Donors*, 22 de Novembro de 2001, págs. 1 a 13, in www.hfea.gov.uk.

- HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, *HFEA to Allow Tissue Typing in Conjunction With Preimplantation Genetic Diagnosis*, 13 de Dezembro de 2001, in www.hfea.gov.uk.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY e HUMAN GENETICS COMMISSION, *Outcome of the Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis*, Novembro de 2001, págs. 1 a 28, in www.hfea.gov.uk.

HUREAU, J., e POITOUT, D., *L'expertise Médicale en Responsabilité Médicale et en Réparation d'un Préjudice Corporel*, 3ª Edição, Elsevier-Masson, 2010.

IMTHURN, Bruno, ACHERMANN, Josef, ARTER, Marianne Klug, e MACAS, Ervin, *Preimplantation Diagnosis in Switzerland - Birth of a Healthy Child After Polar Body Biopsy*, in *Swiss Medical Weekly*, n.º134, 2004, págs. 259 a 261, in www.smw.ch.

JACKSON, Anthony, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol., 17, 1995, págs. 535 a 613.

JACKSON, Emily, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Hart Publishing, 2001.

- *'Informed Consent' to Medical Treatment and The Impotence of Tort*, in *First do no Harm: Law, Ethics and Healthcare*, (Coordenação de Sheila A.M. Mclean), Ashgate, 2006, págs. 273 a 286.

- *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2010.

JANSEN, Nils, *The Idea of a Lost Chance*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, n.º2, 1999, págs. 271 a 296.

JAYAKODY, Sujatha, *Couple try for 'saviour sibling' to help son with Diamond Blackfan Anaemia*, in *BioNews*, n.º 598, 7 de Março de 2011, in www.bionews.org.uk.

JOURDAIN, Patrice, *Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelle*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 91, (1), Janeiro-Março, 1992, págs. 107 e ss.

- *Responsabilité Civile*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º2, Abril-Junho 2010, págs. 328 a 343.

JUSTO, Santos, *Lex Aquilia, in Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume I, Coimbra Editora 2006, págs. 14 a 51.

LAGO, José Manuel Busto, *Consentimiento Informado y Responsabilidad Civil, in Julgar, Consentimiento Informado, Número Especial*, 2014, págs. 157 a 182.

LÓPEZ, Pedro Rodríguez, *La Autonomía del Paciente. Información, Consentimiento y Documentación Clínica*, Dilex, Madrid, 2004.

LUELMO, Andrés Domínguez, *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica*, 2ª Edição, Editorial Lex Nova, 2007.

KARNER, E., *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 877 e 878, 907 e 908, 1076 a 1078.

KARPIN, Isabel, e SAVELL, Kristin, *Perfecting Pregnancy, Law, Disability, and The Reproduction*, Cambridge University Press, 2012.

KAUR, Harpreet, e RAO, Kamini A., *Right to Reproduce, in Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 43 a 52.

KENNEDY, Ian, e GRUBB, Andrew, *Medical Law*, 3ª Edição, Butterworths, 2000.

KERN, Gisela Hildegard, *O Valor Absoluto da Vida Humana – Limite Para a Responsabilidade Civil, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, págs. 79 a 88.

KHOURY, Lara, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, 2006.

KILLINGER, Elmar, *Die Besonderheiten der Arzthaftung im Medizin*, Springer, 2009.

KING, Jaime Staples, e MOULTON, Benjamin, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making, in American Journal of Law & Medicine*, Vol. 32, n.º4, 2006, págs. 429 a 501.

KING, Joseph, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 90, 1981, págs. 1353 a 1397.

- “Reduction of Likelihood”, *Reformulation and Other Retrofitting of The Loss-of-a-Chance Doctrine*, in *The University of Memphis Law Review*, Vol. 28, 1998, págs. 491 a 560.

KLEIN, R. D., e MAHONEY, M. J., *Medical Legal Issues in Prenatal Diagnosis*, in *Medical Legal Issues in Perinatal Medicine: Part I, Clinics in Perinatology*, Vol. 34, n.º2, (Coordenação de Isaac Blickstein, Judith L. Chervenak, Frank A. Chervenak), Saunders, 2007, págs. 287 a 297.

KOCH, Bernhard A., *Medical Liability in Austria*, in *Tort and Insurance Law*, Vol. 29, *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, (Coordenação de Bernhard A. Koch), De Gruyter, 2011, págs. 1 a 59.

KOZIOL, Helmut, *Schadenersatz für den Verlust einer Chance?*, in *Festschrift für Hans Stoll*, (Coordenação de G. Hohloch, R. Frank, P. Schlechtriem), Mohr Siebeck, 2001, págs. 233 a 250.

- *Wrongful Death - Basic Questions*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 28 a 34.

- *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012.

LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil*, 12ª Edição, Munique, 1981.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9ª Edição, Almedina, 2010.

- *O Dano da Vida*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, Dezembro de 2012, págs. 3 a 15.

- *Direito das Obrigações*, Vol. III, 8ª Edição, Almedina, 2013.

LEÓN, Carmen González, *La Protección del Paciente y el Consentimiento Informado*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º12, 2009, págs. 15 a 32.

LEVY, Neil, *Against Sex Selection*, in *Southern Medical Journal*, Vol. 100, n.º1, 2007, págs. 107 a 109.

LIAO, S.M., *The Ethics of Using Genetic Engineering for Sex Selection*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, 2005, págs. 116 a 118.

- *Is There a Duty to Share Genetic Information?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 35, n.º5, 2009, págs. 306 a 309.

LIÈVRE, Astrid, e MOUTEL, Grégoire, *Le Dossier Médical: Concepts et Evolutions (Droits des Patients et Impact sur La Relation Soignants-Soignés)*, Maio de 2010, págs. 1 a 25, in www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr.

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição de 1987, Colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2010.

- *Código Civil Anotado*, Vol. VI, Reimpressão da Edição de 1998, Coimbra Editora, 2011.

LINDENBERGH, S., e VOS, H. TH, *Digest of European Tort Law*, Volume 2, *Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 883 e 884, 913 a 914, 945 e 946.

LIU, S., LISTON, Robert M., JOSEPH, K.S., HEAMAN, Maureen, SAUVE, Reg, e KRAMER, Michael S., *Maternal Mortality and Severe Morbidity Associated With Low-Risk Planned Cesarean Delivery versus Planned Vaginal Delivery At Term*, in *Canadian Medical Association Journal*, Vol. 176, n.º4, Fevereiro de 2007, págs. 455 a 460.

LÓPEZ, Yolanda Ríos, *Aportación de Historias Clínicas*, in *La Prueba Documental*, (Coordenação de Núria Ginés Castellet), Facultad de Derecho ESADE, Bosch Editor, 2010, págs. 377 a 400.

LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina – Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. II, FDUC, Coimbra, 2003.

- *Filho (s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 3.º, n.º6, 2006, págs. 5 a 48.

- “O Nosso Pai é o Dador n.º XXX”: A Questão do Anonimato dos Dadores de Gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, n.º13, 2010, págs. 5 a 42.

- Há mais Vida para Além da Letra: A Questão das Chamadas Homoparentalidades e a (Re) leitura da Lei de Procriação Medicamente Assistida, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11, Julho de 2010, págs. 273 a 293.

LOUREIRO, Teresa, MATIAS, Alexandra, e MONTENEGRO, Nuno, *Rastreo de Anomalias Cromossómicas*, in *Protocolos de Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Diogo Ayres de Campos, Nuno Montenegro, Teresa Rodrigues), 2ª Edição, Lidel, 2008, págs. 34 a 36.

LOZANO, Rose-Marie, *La Protection Européenne des Droits de l’Homme Dans le Domaine de la Biomédecine*, Ceric, La Documentation Française, Paris, 2001.

LUCA, Massimiliano de, GALIONE, Angela, MACCIONI, Stefano, *La Responsabilità Medica, Profili penali, civili, contabili e disciplinari*, GRUPPO 24 ORE, 2011.

MACHADO, Maria Helena, *Assistência Pré-Natal*, in *Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Luís Mendes da Graça), 4ª Edição, Lidel, 2010, págs. 149 a 161.

MACKENZIE, Robin, *From Sanctity to Screening: Genetic Disabilities, Risk and Rhetorical Strategies in Wrongful Birth and Wrongful Conception Cases*, in *Feminist Legal Studies*, Vol. 7, n.º2, 1999, Kluwer Academic Publishers, págs. 175 a 191.

MAGLI, M. Cristina, GIANAROLI, Luca, FERRARETTI, Anna P., TOSCHI, Marco, ESPOSITO, Francesca, e FASOLINO, M. Carmen, *The Combination of Polar Body and Embryo Biopsy Does Not Affect Embryo Viability*, in *Human Reproduction*, Vol. 19, n.º5, 2004, págs. 1163 a 1169.

MANSO, Luís Duarte, *O Consentimento Informado no Diagnóstico Pré-Natal*, FDUC, Coimbra, 2011.

- O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 8, n.º16, 2011, págs. 135 a 157.

- *Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-Natal – O Caso das Acções de “Wrongful Birth”*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º18, 2012, págs. 161 a 182.

MANSON, Neil C., e O’NEILL, Onora, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, 1ª Edição, Reimpressão, Cambridge University Press, 2008.

MARIANO, Cura, *A Indemnização do Dano da Morte do Nascituro Já Concebido e os Imperativos Constitucionais da Tutela do Direito à Vida*, in *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, págs. 93 a 112.

MARINA, Simón, MARINA, Fernando, e MARINA, David, *Access to Fertility Treatment by Lesbian Couples*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 245 a 256.

MARQUES, José Dias, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lições ao Curso de 1956-1957 da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, 1958.

- *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª Edição, Lisboa, 1992.

MARTENS, S., e ZIMMERMANN, R., Volume 2, *Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 875 e 876, 905 e 906, 937 e 938, 1075 e 1076.

MARTÍN, Javier Valero, *Medicina Perinatal y Diagnóstico Prenatal*, in *Cuadernos de Bioética*, n.º70, Vol. XX, 3ª, Setembro-Dezembro, 2009, págs. 441 a 450.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações*, Programa 2010/2011, Apontamentos, 3ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2010/2011.

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego, *A Responsabilidade Penal do Cirurgião Plástico e a Conduta do Paciente*, Coimbra Editora, 2011.

MASON, J.K., *The Troubled Pregnancy, Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge University Press, 2007.

MASON, J. K., e LAURIE, G. T., *Law and Medical Ethics*, 8ª Edição, Oxford University Press, 2010.

MATALLÍN, MP, ELENO, I., FERNÁNDEZ-PEINADO, A., PARDO, C., BERNABEU, I., CREMADES, N., MARTÍNEZ-ESCORIZA, JC, *Estudio Comparativo del Uso de Agonistas de GnRH vs Antagonistas en Pacientes Normorespondedoras Sometidas a Estimulación Ovárica Controlada en Ciclos de FIV/ICSI*, in *Revista Iberoamericana de Fertilidad y Reproducción Humana*, Vol. 25, n.º1, Janeiro-Fevereiro, 2008, págs. 35 a 41.

MATHIEU, Deborah, *Preventing Prenatal Harm, Should The State Intervene*, 2ª Edição, Georgetown University Press, 1996.

MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, 2011.

- *Responsabilidade Civil Médica: Breves Reflexões em torno dos Respective Pressupostos – Ac. Do TRP de 11.9.2012, Proc. 2488/03*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho/Setembro, 2013, págs. 48 a 71.

MATSUI, H., e GARDINER, H., *Fetal Intervention for Cardiac Disease: The Cutting Edge of Perinatal Care*, in *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*, Vol. 12, n.º6, 2007, págs. 482 a 489.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François, *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Vol. 1, 7ª Edição, Montchrestien, Paris, 1985.

McARTHUR, Steven J., LEIGH, Don, TRAVERSA, Maria, MARSHALL, James, e JANSEN, Robert P.S., *Embryo Biopsy for PGD: Current Perspective*, in *Practical Manual of In Vitro Fertilization, Advanced Methods and Novel Devices*, (Edição de Zsolt Peter Nagy, Alex C. Varghese e Ashok Agarwal), 1ª Edição, Springer, 2012, págs. 473 a 481.

McDOUGALL, R., *Acting Parentally: An Argument Against Sex Selection*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, n.º10, 2005, págs. 601 a 605.

McFARLIN, Barbara, *Elective Cesarean Birth: Issues and Ethics of an Informed Decision*, in *Journal of Midwifery & Women's Health*, Vol. 49, n.º5, 2004, págs. 421 a 429.

McLEAN, Sheila A.M., *Autonomy, Consent and The Law*, Biomedical Law and Ethics Library, Routledge, 2010.

MEE, Jennifer, *Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule*, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 70, n.º3, 1992, págs. 887 a 914.

MEIROW, D., BIEDERMAN, H., ANDERSON, R.A., e WALLACE, W.H., *Toxicity of Chemotherapy and Radiation on Female Reproduction*, in *Clinical Obstetrics and Gynecology*, Vol. 53, n.º4, 2010, págs. 727 a 739.

MELO, Helena Pereira de, *Problemas Jurídicos Suscitados pela Inseminação Artificial com Recurso a Dador de Gâmetas*, in *Genética e Reprodução Humana*, (Coordenação de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo), Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2000, págs. 159 a 255.

MÉMETEAU, Gérard, *Clinique Privée: Incompétence du Médecin et Obligation d'Information*, *Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1ª Chambre Civile, de 11 de Junho de 2009, in *Recueil Dalloz*, Ano 186.º, n.º 6/7411, 11 de Fevereiro de 2010, págs. 363 a 367.

MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. 1, (1978-1979), Lisboa, AAFDL, 1995.

MEREDITH, Sheena, *Policing Pregnancy, The Law and Ethics of Obstetric Conflict*, Ashgate, 2005.

MERRICK, Janna C., e BLANK, Robert H., *Reproductive Issues in America: A Reference Handbook*, Contemporary World Issues, ABC-CLIO, 2003.

MILLIGAN, Eleanor, *The Ethics of Consent and Choice in Prenatal Screening*, Cambridge Scholars Publishing, 2011.

MIRANDA, Jorge, *O Tribunal Constitucional em 2009*, in *O Direito*, Ano 142.º, n.º II, Almedina, 2010, págs. 405 a 460.

MITCHELL, John J., *Maternal-Fetal Conflict: A Role for The Healthcare Ethics Committee*, in *HEC Forum*, Vol. 6, n.º2, 1994, Kluwer Academic Publishers, págs. 93 a 107.

MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4ª Edição, Almedina, 1995.

MONIZ, Helena, *Privacy and Intra-Family Communication of Genetic Information*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 21, Julho-Dezembro, Bilbao, 2004, págs. 103 a 124.

- *Notas Sobre Biobancos com Finalidades de Investigação Biomédica*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5.º, n.º10, 2008, págs. 51 a 65.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Reimpressão da Edição de 1985, Almedina, 2011.

- *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990.

- Anotação ao Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, *Direito a não Nascer?*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, Coimbra Editora, 2002, págs. 377 a 384.

- *Cour de Cassation, 13 Juillet 2001 - Arrêts 278, 279 and 280, Portuguese case note*, in *European Review of Private Law*, Vol. 11, n.º2, 2003, Kluwer Law International, págs. 220 a 224.

MONTEIRO, Fernando Pinto, “*Direito à não Existência, Direito a não Nascer*”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 2006, págs. 131 a 138.

MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989.

- *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, págs. 134 a 152.

- *Responsabilidade por Informações Face a Terceiros*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIII, Coimbra, 1997, págs. 35 a 60.

- *Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, (Curso de Mestrado), Coimbra, 2001.

- *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, págs. 349 a 380.

- *Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 453 a 481.

MOQUET-ANGER, Marie-Laure, *Responsabilité Médicale à l'Hôpital*, in *Médecine & Droit*, n.º 35.º, 1999, págs. 16 a 21.

MOR, Sagit, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, in *Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 63, (Coordenação de Austin Sarat), Emerald Books, 2014, págs. 113 a 146.

MORILLLO, Andrea Macía, *La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- *La Responsabilidad Civil Médica. Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 27, 2007, págs. 3 a 37.

- *Panorama de La Responsabilidad Civil de Los Profesionales Sanitarios por Wrongful Birth y Wrongful Life*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º12, Julho de 2009, págs. 167 a 206.

MOTA, Fernando, *Compêndio de Ginecologia Oncológica*, Lidel, 2012.

MURPHY, Deidre J., *Operative Delivery, Clinical Obstetrics & Gynaecology*, (Coordenação de Brian A. Magowan, Philip Owen e James Drife), 2ª Edição, Saunders Elsevier, 2009, págs. 379 a 386.

MURTAUGH, Michael T., *Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event*, in *Pace Law Review*, Vol. 27, n.º2, 2007, págs. 241 a 304.

NATIONAL INSTITUTE FOR HEALTH AND CARE EXCELLENCE, NICE, *Hysteroscopic Sterilisation by Tubal Cannulation and Placement of Intrafallopian Implants, Guidance*, Setembro de 2009, in www.nice.org.uk.

NELSON, Lawrence, e MILLIKEN, Nancy, *Compelled Medical Treatment of Pregnant Women, Life, Liberty, and Law in Conflict*, in *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 259, n.º7, 1988, págs. 1060 a 1066.

NETO, Luísa, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra Editora, 2004.

NETO, Miguel Kfourri, *Responsabilidade Civil do Médico*, 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NORDGREN, Anders, *Prenatal Genetic Counselling: Conceptual and Ethical Issues*, in *The Janus Face of Prenatal Diagnostics*, (Coordenação de Marianne Leuzinger-Bohleber, Eve-Marie Engels e John Tsiantis), Karnac, 2008, págs. 307 a 325.

NUNES, Manuel António do Rosário, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2ª Edição, Almedina, 2007.

NYS, H.F.L., e DUTE, J.C.J, *A Wrongful Existence in The Netherlands*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, n.º4, 2004, págs. 393 e 394.

ODUNCU, F.S., KIMMIG, R., HEPP, H., EMMERICH, B., *Cancer in Pregnancy: Maternal-Fetal Conflict*, in *Journal of Cancer Research and Clinical Oncology*, Vol. 129, n.º3, 2003, págs. 133 a 146.

OLIPHANT, Ken, *Loss of Chance in English Law*, in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º6, 2008, Kluwer Law International, págs. 1061 a 1071.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só Uma (Duas)! (O Contrato de Gestação)*, Coimbra Editora, 1992.

- *Procriação com Dador. Tópicos para uma Intervenção*, in *Procriação Assistida, Colóquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, págs. 33 a 40.

- *Prática Médica, Informação e Consentimento*, in *Coimbra Médica*, Vol. 14, n.ºs 3-4, Série IV, Maio-Agosto, 1993, págs. 165 a 170.

- *Auto-Regulação Profissional dos Médicos*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3923, Coimbra Editora, 2001, págs. 34 a 40.

- *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2005.

- *No-Patient Safety in Reproductive Medicine*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, IV EAHL Conference, Volume Especial, 2014, págs. 119 a 130.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Sobre o Conceito de Ilicitude do art.º 483.º, do Código Civil*, in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, págs. 521 a 544.

- *Responsabilidade pela Perda de uma Chance de Revitalização?*, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação de Catarina Serra, Almedina, 2014, págs. 153 a 188.

ORBÁN, Carmen Blas, *Responsabilidad Profesional del Médico, Enfoque para el Siglo XXI*, J.M. Bosh Editor, 2003.

ORDEM DOS ENFERMEIROS, Parecer EP02/07, de 15 de Março de 2007, *Consentimento Informado para Intervenções de Enfermagem*.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *International Conference on Population and Development*, Cairo, Setembro de 1994, in www.un.org.

- *Fourth World Conference on Women*, Beijing, Setembro de 1995, Platform for Action, C. Women and Health n.ºs 94 a 96, in www.un.org.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology*, 2009, in *Fertility and Sterility*, Vol. 92, n.º 5, Novembro de 2009, págs. 1520 a 1524, in www.who.int.

ORTIZ, Ana, *A propósito de la protección jurídica de los datos personales de salud. Luces y sombras de la historia clínica en el marco normativo español*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado*, Dirección de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, págs. 77 a 107.

OSSWALD, Walter, *Diagnóstico Genético e Medicina Predizente. Diagnóstico Prénatal*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, (Coordenação de Oliveira Ascensão), Almedina, 2005, págs. 17 a 23.

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Almedina, 1999.

OUZOUNIAN, J.G., MILLER, D.A., PAUL, R.H., *Amnioinfusion in Women with Previous Cesarean Births: A Preliminary Report*, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Vol. 174, n.º 2, 1996, págs. 783 a 786.

PAPP, Zoltán, VÁRKONYI, Tibor, e VÁRADI, Valéria, *Preimplantation Genetic Diagnosis of Late-Onset Diseases*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 175 a 188.

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford University, 1984.

PARKER, Michael, *The Best Possible Child*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 33, n.º5, 2007, págs. 279 a 283.

PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008.

PENNEAU, Jean, *Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation, 1ª Chambre Civile, de 24 de Março de 1981*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, págs. 546 a 548.

- *La Réforme de La Responsabilité Médicale: Responsabilité ou Assurance*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42, n.º2, Abril-Junho, 1990, págs. 525 a 544.

- *La Responsabilité du Médecin*, 3ª Edição, Dalloz, 2004.

PENNINGS, G., SCHOTS, R., LIEBAERS, I, *Ethical Considerations on Preimplantation Genetic Diagnosis for HLA Typing to Match a Future Child as a Donor of Haematopoietic Stem Cells to a Sibling*, in *Human Reproduction*, Vol. 17, n.º3, 2002, págs. 534 a 538.

PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004.

- *Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Perspectiva Europeia*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XV, n.º16, 2006, págs. 9 a 24.

- *Responsabilidade Civil dos Médicos: Danos Hospitalares – Alguns Casos da Jurisprudência*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 53 a 67.

- *Portugal*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2007*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 476 a 496.

- *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, no dia 18 de Julho de 2008, in *Estudo Geral - Repositório Digital da Produção Científica da Universidade de Coimbra*, págs. 1 a 33.

- *Existing Challenges in Medical Liability: Causation, Burden of Proof and Informed Consent*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5, n.º10, 2008, págs. 107 a 114.

- *A Transposição da Directiva Sobre Ensaios Clínicos de Medicamentos para Uso Humano no Direito Português*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º11, 2009, págs. 5 a 28.

- *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC, Coimbra, 2012.

PEREIRA, André Dias, e Ferreira, Ana Elisabete, *Recent Trends in Medical Law in Portugal. Artificial Reproduction Techniques and Donation of Organs: The Principle of Bioethical Self-Determination and Procedural Control*, in *Actions Pour La Santé et La Recherche Médicale en Faveur Des Personnes Vulnérables et Des Pays Émergents, VI^e Forum Des Jeunes Chercheurs*, (Coordenação de Anne-Marie Duguet), Les Études Hospitalières, 2012, págs. 243 a 257.

PÉREZ, Mariano Alonso, *La Relación Médico-Enfermo, Presupuesto de Responsabilidad Civil (en torno a la “lex artis”)*, in *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, (Coordenação de Juan Antonio Moreno Martínez), Madrid, Editorial Dykinson, 2000, págs. 13 a 56.

PERRY, Ronen, *It's a Wonderful Life*, in *Cornell Law Review*, Vol. 93, 2008, págs. 329 a 400.

- *Israel*, in *European Tort Law 2012*, (Coordenação de Ken Oliphant e Barbara C. Steininger), De Gruyter, 2013, págs. 745 a 777.

PINHEIRO, Jorge, *Procriação Medicamente Assistida*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. 1, Almedina, 2005, págs. 753 a 785.

PINKERTON, JoAnn V., e FINNERTY, James J., *Resolving The Clinical and Ethical Dilemma Involved in Fetal-Maternal Conflicts*, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Vol. 175, n.º2, 1996, págs. 289 a 295.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, 2ª Reimpressão, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, págs. 149 a 246.

- *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, págs. 153 a 204.

- *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4.º, n.º7, 2007, págs. 5 a 25.

- *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. 3, Coimbra Editora, 2007, págs. 915 a 946.

- *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008.

POMBO, Eugenio Llamas, *La Responsabilidad Civil del Médico, Aspectos Tradicionales y Modernos*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.

PONTECORVO, Armando, *La Responsabilità per Perdita di Chance*, in *Giustizia Civile*, II, Ano XLVII, 1997, págs. 447 a 459.

PRADA, Ignacio Flores, *Algunas Consideraciones sobre el Régimen Jurídico-Procesal de Los Informes Clínicos*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.ºs 15-17, Dezembro de 2013, págs. 17 a 39.

PRIETO, Fernando Pantaleón, *Causalidad e Imputación Objetiva: Criterios de Imputación*, in *Centenario del Código Civil*, Vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1561 a 1591.

PROENÇA, José Gonçalves de, *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Quid Juris, 2009.

QUILL, E., *Ireland*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2007*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 352 a 372.

- *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 893 e 894.

QUINN, T.M., HUBBARD, A.M., ADZICK, N.S., *Prenatal Magnetic Resonance Imaging Enhances Fetal Diagnosis*, in *Journal of Pediatric Surgery*, Vol. 33, n.º4, 1998, págs. 553 a 558.

RAKOWSKI, Eric, *Who Should Pay for Bad Genes?*, in *California Law Review*, Vol. 90, n.º 5, 2002, págs. 1345 a 1414.

RAM, N.R., *Britain's New Preimplantation Tissue Typing Policy: An Ethical Defence*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 32, n.º 5, 2006, págs. 278 a 282.

RAMALHO, Carla, BRAGANÇA, Ermelinda, MATIAS, Alexandra, e LOUREIRO, Teresa, *Consulta Geral – Vigilância de Rotina na Gravidez de Baixo Risco*, in *Protocolos de Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Diogo Ayres de Campos, Nuno Montenegro, Teresa Rodrigues), 2ª Edição, Lidel, 2008, págs. 5 a 7.

RAO, Radhika, *Surrogacy Law in The United States: The Outcome of Ambivalence*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, (Coordenação de Rachel Cook, Shelley Day Sclater, Felicity Kaganas), Hart Publishing, 2003, págs. 23 a 34.

RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005.

- *Em nome do Pai (... da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art.º 6 da Lei n.º 32/2006*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º7, 2007, págs. 37 a 51.

- *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Direito à Vida*, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, Abril-Junho 2007, Coimbra Editora, págs. 59 a 87.

- *“Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o meu Embrião” – Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º8, 2007, págs. 59 a 84.

- *Vende-se Gâmeta em Bom Estado de Conservação (O “Obscuro” Mercado das Células Reprodutivas)*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6.º, n.º12, 2009, págs. 47 a 74.

- *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIX, n.º 21, 2010, págs. 61 a 99.

- *Direitos Reprodutivos: Homossexualidade, Celibato e Parentalidade*, in *Família, Consciência, Secularismo e Religião*, (Coordenação de Guilherme de Oliveira, Jónatas Machado, Rosa Martins), Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, págs. 61 a 86.

- *O Direito à Imortalidade, O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião in vitro*, Vols. I e II, FDUC, Coimbra, 2012.

- *Responsabilidade Médica em Sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)*, in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro de 2012, págs. 71 a 125.

- *Aqueles que Nasceram (Breve Excurso sobre o Enquadramento Penal das Lesões Pré-Natais)*, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, págs. 1065 a 1109.

- *O Fim da “Letra de Médico”: Problemas Suscitados pelo Processo Clínico Electrónico em Sede de Responsabilidade Médica*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 10.º, n.º19, 2013, págs. 51 a 77.

- *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia, e PEREIRA, André Dias, *Primeiras Notas Sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)*, in *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 3, n.º6, 2006, págs. 89 a 104.

REDDY, U.M., FILLY, R.A., e COPEL, J.A., *Prenatal Imaging: Ultrasonography and Magnetic Resonance Imaging*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 112, n.º1, 2008, págs. 145 a 157.

REECE, E. A., *First Trimester Prenatal Diagnosis: Embryoscopy and Fetoscopy*, in *Seminars in Perinatology*, Vol. 23, n.º5, 1999, págs. 424 a 433.

REINBLATT, Shauna, ATA, Barnis, SP, Einat, L., Seang, e HOLZER, H., *Fertility Preservation for Cancer Patients: A Review of Current Options and Their Advantages and Disadvantages*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 219 a 231.

REIS, Rafael Vale e, *Responsabilidade Civil dos Médicos nos Estabelecimentos Públicos de Saúde – Origens Históricas*, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, págs. 289 a 316.

- *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra Editora, 2008.

- *The Right to Know One’s Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective*, in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º5, 2008, Kluwer Law International, págs. 779 a 799.

REPRODUCTIVE HEALTH SUPPLIES COALITION, *Contraceptive Implants*, Product Brief, Julho de 2013, págs. 1 a 3, in www.rhsupplies.org.

REYS, Lesseps Lourenço dos, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Série III, Vol. 5, n.º5, págs. 305 a 312.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.

RIBOT, Jordi, *La Responsabilidad Civil por Falta de Consentimiento Informado*, in *Revista de Derecho Privado*, Novembro-Dezembro, 2007, págs. 29 a 62.

RICHARDS, Erica, *Loss of Potential Parenthood as a Statutory Solution to the Conflict Between Wrongful Death Remedies and Roe v. Wade*, in *Washington and Lee Law Review*, Vol. 63, n.º2, 2006, págs. 809 a 848.

ROBERTO, Luciana Mendes, *Dos Aspectos Éticos do Consentimento Informado em Reprodução Assistida: Diagnóstico Genético Pré-Implantacional – Legislação Brasileira e Portuguesa*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5, n.º 9, 2008, págs. 95 a 113.

ROBERTS, Melinda A., *What is The Wrong of Wrongful Disability? From Chance to Choice to Harms to Persons*, in *Law and Philosophy*, Vol. 28, n.º1, Springer, 2009, págs. 1 a 57.

ROBERTSON, John A., *Preconception Gender Selection*, in *The American Journal of Bioethics*, Vol. 1, n.º1, 2001, págs. 2 a 9.

- *Extending Preimplantation Genetic Diagnosis: Medical and Non-Medical Uses*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 29, n.º4, 2003, págs. 213 a 216.

- *Protecting Embryos and Burdening Women: Assisted Reproduction in Italy*, in *Human Reproduction*, Vol. 19, n.º 8, 2004, págs. 1693 a 1696.

ROBERTSON, John A., KAHN, Jeffrey P., WAGNER, John E., *Conception to Obtain Hematopoietic Stem Cells*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 32, n.º3, Maio-Junho de 2002, págs. 34 a 40.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Rodrigues, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, in *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, págs. 161 a 252.

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, 2001.

RODRÍGUEZ, José Antonio Seoane, *¿A QUIÉN PERTENECE LA HISTORIA CLÍNICA? Una Propuesta Armonizadora desde el Lenguaje de los Derechos*, in *Derecho y Salud*, Asociación Juristas de La Salud, Vol. 10, n.º2, 2002, págs. 231 a 254.

RODRÍGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda, *La Cirugía Estética y Su Responsabilidad*, Comares, 1997.

ROGERS, W.V.H., *Death and Non-Pecuniary Loss*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 52 a 60.

ROSA, Pires da, *Não Existência – Um Direito!*, in *Julgar*, n.º21, Setembro-Dezembro, Coimbra Editora, 2013, págs. 47 a 53.

ROWLANDS, Sam, *Legal Aspects of Contraceptive Implants*, in *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, Vol. 36, n.º4, 2010, págs. 243 a 248.

RUBIO, C., MARTÍN, J., RODRIGO, L., CERVERO, A., MILÁN, M., PÉREZ, I., FLORENSA, M., BRONET, F., MARTÍNEZ, M., BELLVER, J., REMOHÍ, J., *Diagnóstico Genético Preimplantacional*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, (Coordenação de José Remohí, José Bellver, Roberto Matorras, Agustín Ballesteros, Antonio Pellicer), 4ª Edição, Editorial Panamericana, 2012, págs. 373 a 385.

RUDA, Albert, *'I Didn't Ask to be Born': Wrongful Life from a Comparative Perspective*, in *Journal of European Tort Law*, Vol. 1, n.º2, 2010, págs. 204 a 241.

- *The DES Daughters in Spain: Liability for Damage Caused by the Exposure to a Defective Drug in Utero*, in *European Review of Private Law*, Vol. 21, n.º2, 2013, Kluwer Law International, págs. 625 a 642.

RUTHERFORD, Anthony, *Infertility*, in *Clinical Obstetrics & Gynaecology*, (Coordenação de Brian A. Magowan, Philip Owen e James Drife), 2ª Edição, Saunders Elsevier, 2009, págs. 67 a 81.

SALLER, DN Jr, e CANICK, JA, *Current methods of prenatal screening for Down Syndrome and other fetal abnormalities*, in *Clinical Obstetrics and Gynecology*, Vol. 51, n.º1, 2008, págs. 24 a 36.

SAMANTHA, Jo & SAMANTHA, Ash, *Medical Law*, Palgrave Macmillan, 2011.

SANCHÉZ, I, AMORÓS D., LUCCO F., GONZÁLEZ, S., BALLESTEROS, A., PELLICER, A., *Inseminación Artificial Conyugal*, in *Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Aspectos Clínicos*, (Coordenação de José Remohí, José Bellver, Roberto Matorras, Agustín Ballesteros, Antonio Pellicer), 4ª Edição, Editorial Panamericana, 2012, págs. 317 a 332.

SAUVAGE, Nathalie, *Perte de Chance de Survie et Responsabilité Médicale*, in *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 43, Junho de 2012, págs. 237 a 253.

SAVAGE, W., *Cesarean Section The Women or Her Doctor*, in *Ethical Issues In Maternal-Fetal Medicine*, (Coordenação de Donna L. Dickenson), 2002, Cambridge University Press, págs. 263 a 283.

SAVATIER, René, *Une Faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, 29.e, Cahier-Cronique, págs. 123 a 126.

- *Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation Belge, 2ª Chambre, 23 de Setembro de 1974*, in *Juris-Classeur Périodique*, Ano 50.º, n.º3, 1976, pág. 18216.

SAVULESCU, Julian, *Sex Selection: The Case For*, in *The Medical Journal of Australia*, Vol. 171, n.º7, 1999, págs. 373 a 375.

- *Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children*, in *Bioethics*, Vol. 15, n.º5-6, 2001, págs. 413 a 426.

- *Deaf Lesbians, "Designer Disability", and the Future of Medicine*, in *The British Medical Journal*, Vol. 325, n.º 7367, 2002, págs. 771 a 773.

SAVULESCU, Julian, e DAHL, Edgar, *Sex Selection and Preimplantation Diagnosis, A Response to The Ethics Committee of The American Society of Reproductive Medicine*, in *Human Reproduction*, Vol. 15, n.º9, 2000, págs. 1879 a 1880.

SAVULESCU, Julian, e KAHANE, G., *The Moral Obligation to Create Children With The Best Chance of The Best Life*, in *Bioethics*, Vol. 23, n.º5, 2009, págs. 274 a 290.

SCHIPANI, Sandro, *Contributi Romanistici al Sistema Della Responsabilità Extracontrattuale*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

SCOTT, Rosamund, *Maternal Duties Toward The Unborn? Soundings From The Law of Tort*, in *Medical Law Review*, Vol. 8.º, n.º1, 2000, págs. 1 a 68.

- *Rights, Duties and The Body, Law and Ethics of The Maternal-Fetal Conflict*, Hart Publishing, 2002.

- *Choosing Between Possible Lives, Law and Ethics of Prenatal and Preimplantation Genetic Diagnosis*, Hart Publishing, 2007.

SCOTT, R.T., e D. NAVOT, *Enhancement of Ovarian Responsiveness with Microdoses of Gonadotropin-Releasing Hormone Agonist During Ovulation Induction for in vitro Fertilization*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 61, n.º5, 1994, págs. 880 a 885.

SERMON, Karen, STEIRTEGHEM, André Van, LIEBAERS, Inge, *Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *The Lancet*, Vol. 363, n.º 9421, 2004, págs. 1633 a 1641.

SERRA, Vaz, *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*, in *BMJ*, n.º 85, 1959, págs. 115 a 239.

- Anotação ao Acórdão do STJ, de 17 de Março de 1971, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 105.º, n.º 3469, Coimbra Editora, 1972, págs. 63 e 64.

SEYMOUR, John, *Childbirth and The Law*, Oxford University, 2000.

SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética, Fundamentos e Ética Biomédica*, Principia, 2009.

SHARPE, Neil F. e CARTER, Ronald F., *Genetic Testing, Care, Consent, and Liability*, Wiley-Liss, 2006.

SHAW, Josephine, *Informed Consent: A German Lesson*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, n.º 4, 1986, págs. 864 a 890.

SHELDON, Sally, e WILKINSON, Stephen, *Should Selecting Saviour Siblings be Banned?*, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, n.º6, 2004, págs. 533 a 537.

SHELDON, Tony, *Court Awards Damages to Disabled Child for Having Been Born*, in *The British Medical Journal*, Vol. 326, n.º 7393, 2003, pág. 784.

- *Dutch Supreme Court Backs Damages for Child for Having Been Born*, in *The British Medical Journal*, Vol. 330, n.º 7494, 2005, pág. 747.

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Reimpressão, Almedina, 1999.

SILVA, Rafael da, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, Atlas, 3ª Edição, 2013.

SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra Editora, 2010.

SIMÕES, Fernando Dias, *Vida Indevida? As Acções por Wrongful Life e a Dignidade da Vida Humana*, in *Revista de Estudos Politécnicos, Tékhné*, Vol. VIII, n.º13, 2010, págs. 187 a 203.

SITHOLE, Sandra, *Liability of Medical Practitioners to Children Born with Congenital Defects – a Discussion of Stewart v. Botha*, in *South African Journal of Bioethics and Law*, Vol. 2, n.º2, Dezembro de 2009, págs. 41 e 42.

SMITH, J.F., HERNANDEZ, C., WAX, J.R., *Fetal Laceration Injury at Cesarean Delivery*, in *Obstetrics and Gynecology*, Vol. 90, n.º3, 1997, págs. 344 a 346.

SOCIEDADE PORTUGUESA DE GINECOLOGIA, SPG, *Consenso Sobre Reprodução, Reunião de Consenso Nacional Sobre Contraceção*, SPDC, SPMR, Estoril, 2011.

- *Cancro Ginecológico, Consensos Nacionais*, 2013.

SOUSA, Luís Filipe Pires de, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à Tramitação Deste Tipo de Acções, (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial)*, in *Revista do CEJ*, 2.º semestre, 2011, págs. 37 a 80.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, págs. 147 a 185.

SOUSA, Mário, VII Reunião de Núcleos/Centros de Diagnóstico Pré-Natal, Associação Portuguesa de Diagnóstico Pré-Natal, subordinada ao tema *Clonagem & Células Estaminais*, partes I, II e III, 2005, in www.apdpn.org.pt.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, págs. 123 a 144.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

- *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2000.

SOUTTER, Pat, *Gynaecological Surgery and Oncology*, in *Risk Management and Litigation in Obstetrics and Gynaecology*, (Coordenação de Roger V. Clements), Royal Society of Medicine Press, 2001, págs. 281 a 295.

SPERLING, Daniel, *Management of Post-Mortem Pregnancy: Legal and Philosophical Aspects*, Ashgate, 2006.

STANLEY, Jonathan Dyer, *Fetal Surgery and Wrongful Death Action on Behalf of The Unborn: An Argument for a Special Standard*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 56, n.º5, 2003, págs. 1523 a 1555.

STAPLETON, Jane, *Loss of The Chance of Cure from Cancer*, in *Modern Law Review*, Vol. 68, n.º6, 2005, págs. 996 a 1006.

STEINBOCK, Bonnie, *Life Before Birth, The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2011.

STEWART, Cameron, KERRIDGE, Ian, e PARKER, Malcolm, *The Australian Medico-Legal Handbook*, Elsevier, 2008.

STONE, Jay, *First 'saviour sibling' stem cell transplant performed in UK*, in *BioNews*, n.º 590, 10 de Janeiro de 2011, in www.bionews.org.uk.

STRETTON, Dean, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin Law Review*, Vol. 10, n.º 1, 2005, págs. 319 a 364.

- *Harriton v. Stephens, Waller v. James, Wrongful Life and The Logic of Non-Existence*, in *Melbourne University Law Review*, Vol. 30, n.º 3, 2006, págs. 972 a 1001.

STROUD, J., MUTCH, D., RADER, J., POWELL, M., THAKER, P., e GRIGSBY, P., *Effects of Cancer Treatment on Ovarian Function*, in *Fertility and Sterility*, Vol. 92, n.º2, 2009, págs. 417 a 427.

STUBBLEFIELD, Phillip G., CARR-ELLIS, Sacheen, KAPP, Nathalie, *Planejamento Familiar*, in *Tratado de Ginecologia*, (Coordenação de Jonathan S. Berek), 14ª Edição, Editora Guanabara, 2008, págs. 189 a 237.

SVITNEV, K., *Legal Control of Surrogacy – International Perspectives*, in *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, (Coordenação de Joseph G. Schenker), De Gruyter, 2011, págs. 149 a 163.

SYMONDS, Sheryl Anne, *Wrongful Death of The Fetus: Viability Is Not a Viable Distinction*, in *University of Puget Sound Law Review*, Vol. 8, n.º 103, 1984, págs. 103 a 122.

TAVARES, Joaquina, *Ecografia 3D-4D e Ressonância Magnética em Medicina Fetal*, in *Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Luís Mendes da Graça), 4ª Edição, Lidel, 2010, págs. 248 a 257.

TAVARES, Maria da Purificação, *Diagnóstico Pré-Natal de Alterações Genéticas*, in *Medicina Materno-Fetal*, (Coordenação de Luís Mendes da Graça), 4ª Edição, Lidel, 2010, págs. 85 a 93.

TELLES, Galvão, *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, 6ª Edição, Coimbra Editora, 1991.

- *Sucessões, Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

THORNHILL, Alan R., *Cleavage-Stage Embryo Biopsy*, in *Practical Manual of In Vitro Fertilization, Advanced Methods and Novel Devices*, (Edição de Zsolt Peter Nagy, Alex C. Varghese e Ashok Agarwal), 1ª Edição, Springer, 2012, págs. 461 a 471.

TRIGO, Maria da Graça, *Responsabilidade Civil do Comitente (ou Responsabilidade por Facto de Terceiro)*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 153 a 169.

TUNC, André, *Obligations et Contrats Spéciaux*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º1, Janeiro-Março, 1963, págs. 326 a 363.

ULFBECK, V., e SIIG, K., *Digest of European Tort Law, Volume 2, Essential Cases on Damage*, (Coordenação de Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann), De Gruyter, 2011, págs. 895 e 896, 924 e 925, 953 e 954.

VACCA, Barbara, *La Perdita di Chance di Guarigione*, in *Trattato Dei Nuovi Danni*, (Coordenação de Paolo Cendon), Vol. II, *Malpractice Medica - Prerogative Della Persona - Voci Emergenti Della Responsabilità*, Cedam, 2011, págs. 701 a 712.

VARELA, João de Matos Antunes, Anotação ao Acórdão do STJ, de 22 de Outubro de 1981, e Assento do STJ, de 21 de Junho de 1983, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 116.º, n.ºs 3715-3717, Coimbra Editora, 1984, págs. 317 a 320, 338 a 347, e 377 a 381, e Ano 117.º, n.ºs 3718-3719, Coimbra Editora, 1984, págs. 26 a 32, e 50 a 57.

- Anotação ao Acórdão do STJ, de 25 de Maio de 1985, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 123.º, n.ºs 3795-3798, Coimbra Editora, 1991, págs. 189 a 192, 251 a 256, e 278 a 281.

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, 2000.

- *A Condição Jurídica do Embrião Humano Perante o Direito Civil*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Almedina, 2000, págs. 619 a 634.

VARELA, Maria Gil, *Contraceção Hormonal*, in *Manual de Ginecologia*, (Coordenação de Carlos Freire de Oliveira), Volume II, Permanyer, 2011, págs. 75 a 93.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006.

- *A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, 2008, págs. 139 a 164.

- *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, Almedina, 2009.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª Edição, Almedina, 2012.

VELARDE, Asunción Marín, *Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado*, Direcção de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, págs. 53 a 66.

VELOSO, Maria Manuel, *Danos não Patrimoniais*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, págs. 495 a 559.

VEN, Katrin Van Der, MONTAG, Marcus, e VEN, Hans Van Der, *Polar Body Diagnosis – A Step in The Right Direction?*, in *Deutsches Ärzteblatt International*, 105 (11), Março de 2008, págs. 190 a 196, in www.aerzteblatt.de.

VICENTE, Marta Nunes, *Algumas Reflexões Sobre as Acções de Wrongful Life: A Jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, n.º11, 2009, págs. 117 a 141.

- *Wrongful Life Actions: The “Ethical Maze” Between Slippery Slopes and The Non-Identity Problem*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, n.º17, 2012, págs. 243 a 255.

VILLE, Y., KHALIL, A., HOMPHRAY, T., MOSCOSO, G., *Diagnostic Embryoscopy and Fetoscopy in The First Trimester of Pregnancy*, in *Prenatal Diagnosis*, Vol. 17, n.º13, 1997, págs. 1237 a 1246.

VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice, CARVAL, Suzanne, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de La Responsabilité*, Coordenação de Jacques Ghestin, 4ª Edição, LGDJ, 2013.

VISINTINI, Giovanna, *Trattato Breve Della Responsabilità Civile, Fatti Illeciti. Inadempimento. Danno Risarcibile*, 3ª Edição, Cedam, 2005.

WEIGAND, Tory A., *Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution*, in *Massachusetts Law Review*, Vol. 87, n.º1, 2002, págs. 3 a 21.

WELLINGTON, Kate, *Maternal Liability for Prenatal Injury: The Preferable Approach for Australian Law?*, in *Tort Law Review*, Vol. 18, n.º2, Julho de 2010, págs. 89 a 101.

WENDEHORST, Christiane C., *Wrongful Death and Compensation for Pecuniary Loss*, in *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2006*, (Coordenação de Helmut Koziol e Barbara C. Steininger), Springer Wien New York, 2008, págs. 35 a 51.

WESTCOTT, Mary, 'Wrongful Life': *The High Court Decisions in Harriton v Stephens and Waller v James; Waller v Hoolahan*, Brisbane, Queensland Parliamentary Library, Fevereiro de 2007, págs. 1 a 24.

WEYRAUCH, Samantha, *Inside The Womb: Interpreting The Ferguson Case*, in *Duke Journal of Gender Law & Police*, Vol. 9, 2002, págs. 81 a 90.

WILKINSON, Stephen, *Sexism, Sex Selection and 'Family Balancing'*, in *Medical Law Review*, Vol. 16, n.º3, 2008, págs. 369 a 389.

- *Choosing Tomorrow's Children, The Ethics of Selective Reproduction*, Clarendon Press, Oxford University, 2010.

WOOLFSON, Julian, *Antenatal Care*, in *Risk Management and Litigation in Obstetrics and Gynaecology*, (Coordenação de Roger V. Clements), Royal Society of Medicine Press, 2001, págs. 143 a 165.

XAVIER, Rita Lobo, *O Direito Civil e a Protecção dos Nascituros: Algumas Considerações Acerca do Momento da Aquisição da Personalidade Jurídica no Direito Português*, in *Brotéria*, Vol. 147, 1998, págs. 76 a 84.

YAGÜE, Francisco Lledó, *Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del "cirujano" en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico*, in *Responsabilidad Médica Civil y Penal por Presunta Mala Práctica Profesional, El contenido reparador del consentimiento informado*, Dirección de Francisco Lledó Yagüe e Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2012, págs. 21 a 32.

YÁGÜEZ, Ricardo de Ángel, *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte I), in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º4, Janeiro-Junho, Bilbao, 1996, págs. 105 a 117.

- *Diagnósticos Genéticos Prenatales y Responsabilidad* (Parte II), in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º5, Julho-Dezembro, Bilbao, 1996, págs. 141 a 156.

- *Responsabilidad Civil por Actos Médicos, Problemas de Prueba*, Civitas, 1999.

- *Ante La Cuarta Sentencia de la Sala Primera en Materia de Wrongful Birth: ¿Es Posible Hablar Ya de Una “Jurisprudencia”?*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º22, Janeiro-Junho, Bilbao, 2005, págs. 179 a 206.

- *El “Resultado” de la Obligación del Médico. ¿ Ideas Sensatas Que Pueden Volverse Locas”?*, in *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, Madrid, 2006, págs. 419 a 468.

- *La Quinta Sentencia del Tribunal Supremo en un Caso de Wrongful Birth: Se Puede Decir Ya Que Existe Una “Jurisprudencia” en la Materia*, in *Práctica de Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV, n.º38, 2006, págs. 5 a 23.

- *La Responsabilidad Civil del Abogado*, indret, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º1, 2008, págs. 1 a 54, in www.indret.com.

YERGA, Álvaro Luna, *La Prueba de La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria, Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, 2004.

Sites Consultados:

www.aerzteblatt.de

www.apdnp.org.pt

www.bionews.org.uk

www.boe.es

www.bundesgerichtshof.de

www.bundesrat.de

www.bundestag.de

www.ccne-ethique.fr

www.cneqv.pt
www.cnpma.org.pt
www.coe.int
www.courdecassation.fr
www.dgsi.pt
www.echr.coe.int
www.ejustice.just.fgov.be
www.epsos.eu
www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr
www.eur-lex.europa.eu
www.gddc.pt
www.gmc-org.uk
www.hfea.gov.uk
www.indret.com
www.legifrance.gouv.fr
www.legislation.gov.uk
www.nice.org.uk
www.personaedanno.it
www.rhsupplies.org
www.smw.ch
www.tribunalconstitucional.pt
www.un.org
www.unesco.org
www.verbojuridico.com
www.who.int
www.wma.net/en/

Jurisprudência:

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Pretty v. UK (2346/02), de 29 de Abril de 2002, (2002) 35 EHRR 1; [2002] ECHR 427; [2002] 2 FCR 97; (2002) 66 BMLR 147

Vo v. France, n.º 53924/00, de 8 de Julho de 2004 (GC)

Evans v. United Kingdom, n.º 6339/05, de 7 de Março de 2006 e 10 de Abril de 2007 (GC)

Dickson v. United Kingdom, n.º 44362/04, de 18 de Abril de 2007 e 4 de Dezembro de 2007 (GC)

KH and Others v. Slovakia, n.º 32881/04, de 28 de Abril de 2009

Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, (302/02), de 10 de Junho de 2010

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

X v. The United Kingdom, n.º 18416/79, de 13 de Maio de 1980

R.H. v. Norway, n.º 17004/90, de 19 de Maio de 1992

PORTUGAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, de 29 de Maio de 1985, Relator: Vital Moreira

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 355/97, de 7 de Maio de 1997, Relator: Alberto Tavares da Costa

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17 de Abril de 1998, Relator: Luís Nunes de Almeida

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/98, de 21 de Outubro de 1998, Relator: Artur Maurício

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, de 15 de Novembro de 2006, Relator: Fernanda Palma

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de Março de 2009, Relator: Fernandes Cadilha

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro de 2010, Relator: Sousa Ribeiro

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão do STJ, de 17 de Março de 1971, Relator: Fernando de Miranda

Acórdão do STJ, de 25 de Maio de 1985: Góis Pinheiro

Acórdão do STJ, de 22 de Outubro de 1987, Relator: Lima Cluny

Acórdão do STJ, de 8 de Fevereiro de 1994, Relator: Fernando Fabião

Acórdão do STJ, de 9 de Fevereiro de 1995, Relator: Costa Soares

Acórdão do STJ, de 19 de Junho de 2001, Relator: Pinto Monteiro

Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001, Relator: Ferreira de Almeida

Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2002, Relator: Afonso de Melo

Acórdão do STJ, de 22 de Maio de 2003, Relator: Neves Ribeiro

Acórdão do STJ, de 26 de Fevereiro de 2004, Relator: Araújo Barros

Acórdão do STJ, de 22 de Fevereiro de 2005, Relator: Pinto Monteiro

Acórdão do STJ, de 21 de Setembro de 2006, Relator: Rodrigues da Costa

Acórdão do STJ, de 18 de Setembro de 2007, Relator: Alves Velho

Acórdão do STJ, de 27 de Novembro de 2007, Relator: Rui Maurício

Acórdão do STJ, de 4 de Março de 2008, Relator: Fonseca Ramos

Acórdão do STJ, de 9 de Outubro de 2008, Relator: Bettencourt de Faria

Acórdão do STJ, de 5 de Fevereiro de 2009, Relator: Oliveira Rocha

Acórdão do STJ, 7 de Julho de 2009, Relator: Pires da Graça

Acórdão do STJ, de 14 de Julho de 2009, Relator: Sebastião Póvoas

Acórdão do STJ, de 15 de Outubro de 2009, Relator: Rodrigues dos Santos

Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2009, Relator: Garcia Calejo

Acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 2009, Relator: Pires da Rosa

Acórdão do STJ, de 7 de Outubro de 2010, Relator: Ferreira de Almeida

Acórdão do STJ, de 26 de Outubro de 2010, Relator: Azevedo Ramos

Acórdão do STJ, de 24 de Maio de 2011, Relator: Hélder Roque

Acórdão do STJ, de 15 de Dezembro de 2011, Relator: Gregório Silva Jesus

Acórdão do STJ, de 29 de Maio de 2012, Relator: João Camilo

Acórdão do STJ, de 18 de Outubro de 2012, Relator: Serra Baptista

Acórdão do STJ, de 17 de Janeiro de 2013, Relator: Ana Paula Boularot

Acórdão do STJ, de 5 de Fevereiro de 2013, Relator: Hélder Roque

Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2013, Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Acórdão do STJ, de 30 de Maio de 2013, Relator: Serra Baptista

Acórdão do STJ, de 12 de Setembro de 2013, Relator: Bettencourt de Faria

Acórdão do STJ, de 3 de Abril de 2014, Relator: Álvaro Rodrigues

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Acórdão do STA, de 23 de Fevereiro de 2005, Relator: Edmundo Moscoso

Acórdão do STA, de 29 de Junho de 2005, Relator: Costa Reis

Acórdão do STA, de 25 de Junho de 2009, Relator: Pais Borges

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de Abril de 1995, Relator: Francisco Lourenço

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2013, Relator: Sílvia Pires

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de Maio de 2013, Relator: Isabel Valongo

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de Junho de 2012, Relator: Rosa Tching

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de Julho de 1973

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Abril de 2006, Relator: Fátima Galante

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Setembro de 2007, Relator: Rosa Ribeiro

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Outubro de 2007, Relator: Isabel Salgado

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Março de 2010, Relator: Maria do Rosário Morgado

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2012, Relator: Rui Vouga

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Novembro de 2013, Relator: Manuel Marques

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Novembro de 2013, Relator: Teresa Albuquerque

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2014, Relator: Roque Nogueira

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Março de 2012, Relator: Filipe Carçoço

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Setembro de 2012, Relator: Maria Cecília Agante

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 11 de Outubro de 2013, Relator: Carlos Medeiros de Carvalho

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE COIMBRA

Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, de 9 de Maio de 2011, Relator: Joaquim Cruzeiro

ÁFRICA DO SUL

Friedman v. Glickson 1996 1 SA 1134 (W)

Stewart v. Botha (340/2007) [2008] ZASCA 84

ALEMANHA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

BVerfGe de 25 de Fevereiro de 1975, 39, 1

BVerfGe de 28 de Maio de 1993, 88, 203

BVerfGe de 12 de Novembro de 1997, 96, 375

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO

Supremo Tribunal *Reichsgericht*, em 1900 (RG JW 1900)

BGH VersR 55, 344

BGH de 10 de Julho de 1956 (VersR 1956) 577

BGH VersR (1968) 498

BGH de 18 de Março de 1980, NJW, 1980, 1450

BGH de 23 de Setembro de 1982, III ZR 196/80, BGHZ NJW 1983, 442

BGH de 18 de Janeiro de 1983, BGHZ, 86, 240 a 255

BGH de 19 de Junho de 1984, NJW, 1984, 2625

BGH de 9 de Julho de 1985, BGHZ, 95, 199 a 212

BGH de 16 de Novembro de 1993, BGHZ, 124, 128 a 146

BGH de 27 de Junho de 1995, NJW, 1995, 2407

BGH de 6 de Julho de 2010, 5 StR 386/09

AUSTRÁLIA

Watt v. Rama, [1972] VR 353

A-G of Queensland (ex rel Kerr) v. T (1983) 46 ALR 275

Lynch v. Lynch (1991) 25 NSWLR 411

X and Y v. Pal (1991) 23 (NSWLR 26)

Dahl v. Purnell (1992) 15 Qld Lawer reps 33

Rogers v. Whitaker (1993) 67 ALJR 47

CES v. Superclinics (1995) 38 NSWLR 47 (NSW Supreme Court)

Veivers v. Connolly [1995] 2 Qd R 326

Chapell v. Hart [1998] 195 CLR 232

Bowditch v. McEwan (2002) 36 MVR 235

Edwards v. Blomeley [2002] NSWSC 460

Harriton v. Stephens [2002] NSWSC 461

Waller v. James e Waller v. Hoolahan, [2002] NSWSC 462

Cattanach v. Melchior [2003] HCA 38

Harriton v. Stephens e Waller v. James e Waller v. Hoolahan, [2004] NSWCA 93

Rufo v. Hosking, [2004] NSWCA 391

Harriton v. Stephens [2006] HCA 15

Waller v. James e Waller v. Hoolahan, [2006] HCA 16

Waller v. James [2013] NSWSC, 497

ÁUSTRIA

SUPREMO TRIBUNAL AUSTRÍACO

OGH de 9 de Novembro de 1989, 7 Ob 648/89, JBI 1990, 524

OGH de 8 de Julho de 1993, 2 Ob 590/92, JBI 1994, 540

OGH de 25 de Maio de 1999, 1 Ob 91/99k, SZ 72/91

OGH de 14 de Setembro de 2006, 6 Ob 101/06f, SZ 2006/133

OGH de 30 de Novembro de 2006, 2 Ob 172/06t, ecolex 2007, 169

OGH de 11 de Dezembro de 2007, 5 Ob 148/07m, RdM 2008, 47

OGH de 7 de Agosto de 2008, 6 Ob 148/08w, JBI 2009, 108

BÉLGICA

TRIBUNAL DE APELAÇÃO

Arrêt do Tribunal de Apelação de Bruxelas, de 21 de Junho de 1967

Arrêt do Tribunal de Apelação de Liège, de 24 de Novembro de 1971

Arrêt do Tribunal de Apelação de Antuérpia, de 8 de Setembro de 2003, NjW 2004, 558

Arrêt do Tribunal de Apelação de Bruxelas, de 21 de Setembro de 2010, 2009/AR/1392

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Arrêt do Tribunal de Première Instance de Bruxelas, de 7 de Junho de 2002, RGDC/TBBR 2002, 483

Arrêt do Tribunal de Première Instance de Bruxelas, de 21 de Abril de 2004, JT 2004, 716

CANADÁ

Duval v. Seguin, [1973] 40 DLR 3d 666

Girard v. Royal Columbian Hospital [1976] 66 D.L.R. (3d) 676, 691 (B.C.S.C.)

Rietze v. Bruser (No. 2) [1979] 1 WWR 31

Reibl v. Hughes [1980] 2 S.C.R. 880

Medhurst v. Medhurst (1984) 9 DLR (4th) 252

Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd [1984], 8 DLR (4th) 373 aff. (1986) 54 DRL (4th)

Robinson v. Dick, (1986) 6 BCLR2d 33

Tremblay v. Daigle (1989) 59 DLR (4th) 609

Cherry v. Borsman, (1990) 75 DLR (4th) 668 (SC), (1992) 94 DLR (4th) 487 (CA)

Laferrrière v. Lawson, [1991] 78 DLR (4th), 609

Pierre (Next Friend of) v. Marshall, [1994] 8 wwr 478

Suite v. Cooke [1995] 58 ACWS (3d) 961, 107

Kealey v. Berezowski [1996] 136 DLR (4th) 708

Arndt v Smith [1997] 2 SCR 539

Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G [1997] 3 S.C.R. 925

Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson, [1999] 2 S.C.R. 753

Jones (Guardian ad litem of) v. Rostvig (1999), 44 C.C.L.T. (2d) 313 (B.C.S.C.)

Lacroix v. Dominique, (2001) 202 DLR (4 th) 121 (Man CA)

Krangle v. Brisco [2002] 1 SCR 205

Bevilacqua v. Altenkirk [2004] BCSC 945

DINAMARCA

SUPREMO TRIBUNAL

Acórdão do Supremo Tribunal Dinamarquês (*Højesteret*), de 19 de Setembro de 2008, U2008.2801 H

TRIBUNAL DE APELAÇÃO

Acórdão do Tribunal de Apelação (*Vestre Landsret*) de 19 de Novembro de 1960, U 1961.239/2 V

PATIENT INSURANCE BOARD

Patient Insurance Board (*Patientforsikringen*) de 3 de Janeiro de 2003, n.º 02.3296

ESPAÑA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão do TC de 11 de Abril de 1985, n.º 53/1985

Acórdão do TC de 17 de Junho de 1999, n.º 116/1999

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 7 de Novembro de 1990

STS de 25 de Abril de 1994, RJ 1997/3073

STS de 10 de Outubro de 1995, RJ 1995/7403

STS de 31 de Janeiro de 1996, RJ 1996/546

STS de 16 de Dezembro de 1996, RJ 1996/8971

STS de 29 de Janeiro de 1997, RJ 1997/641

STS de 11 de Fevereiro de 1997, RJ 1997/940

STS de 6 de Junho de 1997, RJ 1997/4610

STS de 27 de Junho de 1997, RJ 1997/5758

STS de 22 de Abril de 1998, RJ 1998/3730

STS de 22 de Maio de 1998, Relator: Almagro Nosete

STS de 5 de Junho de 1998, RJ 1998/4275
STS de 3 de Outubro de 1998, RJ 1998/8587
STS de 10 de Outubro de 1998, RJ 1998/8371
STS de 4 de Fevereiro de 1999, RJ 1999/748
STS de 19 de Abril de 1999, Relator: Almagro Nosete
STS de 25 de Setembro de 1999, RJ 1999/7275
STS de 4 de Abril de 2000, RJ 2000/3258
STS de 2 de Novembro de 2000, RJ 2000/9206
STS de 12 de Janeiro de 2001, Relator: Martínez-Pereda Rodríguez
STS de 19 de Julho de 2001, Relator: Vázquez Sandes
STS de 7 de Junho de 2002, RJ 2002/5216
STS de 27 de Maio de 2003, RJ 2003/3929
STS de 8 de Setembro de 2003, RJ 2003/6065
STS de 7 de Abril de 2004, RJ 2004/2608
STS de 10 de Junho de 2004, RJ 2004/3605
STS de 9 de Maio de 2005, Relator: Robles Fernández
STS de 21 de Dezembro de 2005, RJ 2005/10149
STS de 21 de Fevereiro de 2006, RJ 2006/1046
STS de 10 de Maio de 2006, RJ, 2006/2399
STS de 18 de Maio de 2006, RJ 2006/4724
STS de 27 de Julho de 2006, RJ 2006/6548
STS de 26 de Abril de 2007, Relator: Villagómez Rodil
STS de 23 de Maio de 2007, Relator: Xiol Ríos
STS de 6 de Julho de 2007, RJ 2007/3658
STS de 23 de Novembro de 2007, Relator: Roca Trías
STS de 16 de Junho de 2010, 4403/2008 (Sala de Contencioso Administrativo)
STS de 25 de Outubro de 2010, Relator: Lecumberri Martí
STS de 4 de Novembro de 2010, RJ 2010/669

TRIBUNAIS SUPERIORES DE JUSTIÇA

STSJ de Catalunha de 9 de Novembro de 1993, AS 1993/4887
STSJ Cantabria de 11 de Julho de 1997, AS 1997/2424
STSJ Castilla-León de 13 de Junho de 2006 JUR/248717

AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP Barcelona, de 30 de Julho de 1990, RJC 1990/4
SAP León, de 15 de Setembro de 1998, AC 1998/1504
SAP Cádiz de 17 de Setembro de 2002, AC 2002/1929
SAP Barcelona, 13 de Março de 2007, AC 2007/732
SAP de Madrid, de 24 de Outubro de 2008, AC 2008/2118
SAP de Guipúzcoa, de 9 de Dezembro de 2008, EDJ 2008/274648

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Dietrich v. City of Northampton 138 Mass. 114, (1884)
Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927)
Bonbrest v. Kotz (1946) 65 F Supp 138 (DDC)
Woods v. Lancet 303 N.Y. 349, 102 NE 2d 691 (1951)
Kelly v. Gregory 125 N.Y.S.2d 696 (1953)
Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170 (1957)
Natanson v. Kline 186 Kan. 393 (1960). 350 P.2d 1093
Smith v. Brennan, 31 N.J. 353, 157 A 2d 497 (1960)
Daley v. Meyer 33 Ill. App. 2d 218, 178 N.E.2d 691 (1961)
State v. Perricone, 37 N.J. 463 (1962)
Zepeda v. Zepeda, 41 Ill.App.2d 240, 190 N.E.2d 849 (App.Ct. 1963)
Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson, 201 A 2d 537 (NJ 1964)
Hicks v. United States, 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966)
Williams v. State of New York, 223 N.E.2d 343 (N.Y. 1966)
Custodio v. Bauer, 251 Cal.App.2d 303, 59 Cal.Rptr. 463 (1967)
Gleitman v. Cosgrove, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967)
Kwaterski v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co., 34 Wis. 2d 14, 15, 22, 148 N.W.2d 107 (1967)
Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (D.C. Cir.1972)
Cobbs v. Grant, 104 Cal RPtr 505 (1972)
Plumley v. Klein, 388 Mich. 1, 8, 199 N.W.2d 169 (1972)
Wilkinson v. Vesey, [110 R.I. 606, 295 A.2d 676] (1972)
Roe v. Wade 410 US 113 (1973)
Cox v. Stretton, 77 Misc. 2d 155, 352. N.Y.S.2d 834 (Sup. Ct. 1974)
Dumer v. St. Michael's Hospital, 233 NW 2d 372 (Wis. 1975)
Jacobs v. Theimer 519 S.W. 2d 846 (Tex. 1975)

Bowman v. Davis, 356 N.E.2d 496 (Ohio App., 1976)
Day v. Nationwide Mutual Insurance Co., 328 So.2d 560 (Fla. 2d DCA 1976)
Renslow v. Mennonite Hospital, 67 Ill. 2d 348, 367 N.E.2d 1250 (1976)
Park v. Chessin, 60 A.D.2d 80,400 N.Y.S.2d 110 (1977)
Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W.2d 169 (Minn. 1977)
Simon v. Mullin, 34 Conn. Supp. 139, 380 A.2d 1353 (1977)
Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 413 N.Y.S.2d 895, 386 N.E.2d 807 (1978)
Bushman v. Burns Medical Center, 83 Mich. App. 453, 268 N.W.2d 683 (Mich. App. 1978)
Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital, 451 F. Supp. 692 (EDPa.), 1978
Green v. Sudakin, 81 Mich. App. 545, 265 N.W.2d 411 (1978)
Hamil v. Bashline, 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978)
Berman v. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979)
Scott v. Bradford, 606 P.2d 554 (1979)
Curlender v. Bio-Science Laboratories 106 Cal. App 3d 811 (1980)
Grodin v. Grodin, 102 Mich.App. 396, 301 N.W.2d 869 (1980)
J. Vaillancourt v. Medical Center Hospital of Vermont, Inc., Vt. 138, 425 A.2d 92 (1980)
Public Health Trust v. Brown, 388 So.2d 1084 (Fla. App. 1980)
Re Baby X 293 N.W. 2d 736 (Mich. Ct. App. 1980)
Truman v. Thomas (165 Cal. Rptr. 308) 1980
Eisbrenner v. Stanley, 106 Mich.App. 357, 366-67, 308 N.W.2d 209, 213 (1981)
Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority 247 Ga 86; 274 S 2d 457 (Ga, 1981)
Johnson v. Superior Court of L. A. County, 177 Cal. Rptr. 63, 65 (Cal. App. Ct. 1981)
Maggard v. McKelvey, Ky. App., 627 S.W. 2d 44 (1981)
Robak v. United States, 658 F.2d 471 (7th Cir. 1981)
Speck v. Finegold, 439 A.2d 110 (Pa. 1981)
Beardsley v. Wierdsma, 650 P.2d 288 (Wyo. 1982)
Boone v. Mullendore, 416 So. 2d 718, 721 (Ala. 1982)
Turpin v. Sortini 643 P.2d 954 (Cal. 1982)
Cockrum v. Baumgartner, 447 N.E.2d 385 (Ill. 1983)
Harbeson v. Parke-Davis, 656 P.2d 483 (Wash. 1983)
Herskovits v. Group Health, 664 P.2d 474 (Wash. 1983)
Phillips v. United States 575 F. Supp. 1309 D.S.C. (1983)
Weintraub v. Brown, 98 A.D.2d 339, 342, 470 N.Y.S.2d 634, 637 (1983)
Williams v. Lallie Kemp Charity, 428 So. 2d 1000 (La. App. 1 Cir. 1983)
Alquijay v. St. Luke's Roosevelt Hospital Center, 63 N.Y.2d 978, (1984)
Greater Southeast Community Hospital v. Williams, 482 A.2d 394 (D.C. App. 1984)
Jones v. Malinowski, 473 A2d 429 (Md 1984)

Procanik v. Cillo, 97 N.J. 339 478 A.2d 755 (1984)
Amadio v. Levin, 501 A.2d 1085 (Pa. 1985)
Azzolino v. Dingfelder, 337 SE 2d 528 (NC, 1985)
Cignetti v. Camel, 692 S.W. 2d 329 (Mo App. 1985)
Crouse Irving Memorial Hospital Inc. v. Paddock, 485 N.Y.S.2d 443 (N.Y.Sup.Ct. 1985)
Re Jamaica Hospital, 491 N.Y.S. 2d 898 (1985)
Werling v. Sandy, 17 Ohio St. 3d 45 (1985)
Bruggeman v. Schimke, 239 Kan. 245, 719 P.2d 635 (Kan. 1986)
Goldberg v. Ruskin, 499 N.E.2d 406 (Ill. 1986)
Re Madyun Daily Wash. L. Rptr. 2233 (D.C. Super. Ct. July 26, 1986)
Bani-Esraili v. Lerman, 505 N.E.2d 947 (N.Y. 1987)
In Re AC 533 A2d 611 (DC, 1987)
Jackson v. Huang, 514 So.2d 727 (1987)
Johnston v. Elkins, 736 P.2d 935 (Kan. 1987)
Morris v. Sanchez, 746 P.2d 184, 188-189 (Okla. 1987)
Proffitt v. Bartolo, 162 Mich App 35, 412 NW2d 232 (1987)
Siemieniec v. Lutheran General Hospital, 117 Ill. 2d 230, 512 N.E.2d 691 (1987)
Smith v. Gore, 728 S.W.2d 738 (Tenn. 1987)
Gallagher v. Duke, 638 F. Supp. 979 (M.D.N.C. 1986), 852 F.2d 773 (4th Cir. 1988)
Giardina v. Bennett, 545 A.2d 139, 140-43 (N.J. 1988)
James v. Woolley, 523 So. 2d 110 (Ala. 1988)
Milton v. Cary Medical Center 538 A.2d 252, 256 (Me. 1988)
Olson v. Children's Home Security of California, 204 Cal. App. 3d 1362 (1988)
People v. Pamela Rae Stewart, HWLJ, 11, 1988, 227
Stallman v. Youngquist 125 Ill. 2d 267, 531 N.E.2d. 355 (1988)
Wilson v. Kuenzi, 751 S.W.2d 741 (Mo. 1988)
Re Troy D 263 Cal. Rptr 869 (Cal App 4 Dist, 1989)
Webster v. Reproductive Health Services 492 U.S. 490 (1989)
Arche v. United States 798 P.2d 477 (Kan. 1990)
Atlanta Obstetrics and Gynaecology Group v. Abelson, 398 SE 2d 557 (Ga, 1990)
Garrison v. Medical Center of Delaware, Inc., 581 A.2d 288 (Del. 1990)
In Re AC 573 A2d 1235 (DC 1990)
Johnson v. Ruark Obstetrics & Gynecology Associates, 395 S.E.2d 85 (N.C. 1990)
Viccaro v. Milunsky 551 N.E.2d 8 (Mass. 1990)
Lovelace Medical Center v. Mendez, 805 P.2d 603 (N.M. 1991)
Alvis v. Henderson Obstetrics, S.C. 592 N.E.2d 678 (Ill. App. 3d 1992)
Bonte v. Bonte, 616 A 2d 464 (NH 1992)

Muenstermann v. United States, 787 F Supp 499 (D Md, 1992)
Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)
Bourgeois v. McDonald, 622 So.2d. 684 (La. Ct. App. 1993)
Keel v. Banach, 624 So2d 1022 (Ala 1993)
Wright v. Carter, 622 N.E.2d 170, 171 (Ind. 1993)
Hitzemann v. Adam, 246 Neb. 201, 518 N.W.2d 102 (1994)
Re Baby Boy Doe, 632 N.E.2d 326 (Ill. App.3d 1994)
Krishnan v. Sepulveda, 916 S.W.2d 478, 480-81 (Tex. 1995)
Pate v. Threlkel, 661 So.2d 278 (Fla. 1995)
Safer v. Pack, 677 A.2d 1188 (N.J. App. 1996)
Emerson v. Magendantz, 689 A.2d 409, 412-414 (R.I. 1997)
In Re Fetus Brown, 689 ne 2D 397 (III App 1 Dist, 1997)
Whitner v. State of South Carolina, 492 SE 2d 777 (SC, 1997)
Pemberton v. Tallahassee Memorial Regional Medical Center, 66 F.Supp.2d 1247 (N.D.Fla. 1999)
Taylor v. Kurapati, 600 N.W.2d 670, 236 Mich. App. 315 (1999)
Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000)
Lord v. Lovett, 146 N.H. 232, 770 A.2d 1103 (2001)
Kassama v. Magat, 792 A.2d 1102, 368 Md. 113 (2002)
National Casualty Company v. Northern Trust Bank of Florida, 807 So.2d 86 (FL 2002)
Grubbs v. Barbourville Family Health Center, 120 SW 3d 682 (Ky, 2003)
Sharad v. Sanghavi, No. MID-L-10632-01 (Middlesex Co. Sup.Ct., N.J. May 19, 2006)
Burton v. State of Florida – Case n.º ID09-1958 – 2010

FRANÇA

CONSEIL D'ÉTAT

Conseil d'État, de 2 de Julho de 1982
Conseil d'État, de 27 de Setembro de 1989
Conseil d'État, de 14 de Fevereiro de 1997
Conseil d'État, de 5 de Janeiro de 2000, RL, 5
Conseil d'État, de 24 de Setembro de 2012, n.º 350426, JCP, G, 2012, 1252

COUR DE CASSATION

Arrêt da Chambre des Requêtes, de 17 de Julho de 1889, S. 1891, 1, 399

Arrêt da *Chambre des Requêtees*, de 30 de Junho de 1902, S. 1907, 1, 436
Arrêt da Cour de Cassation, de 20 de Maio de 1936
Arrêt da Cour de Cassation, de 21 de Fevereiro de 1961
Arrêt da Cour de Cassation, de 14 de Dezembro de 1965, JCP, 1966, II, 14753
Arrêt da Cour de Cassation, de 17 de Novembro de 1982, BC, I, n.º333
Arrêt da Cour de Cassation, de 7 de Fevereiro de 1990, BC, I, n.º39, Dalloz, 1991, 183
Arrêt da Cour de Cassation, de 25 de Junho de 1991
Arrêt da Cour de Cassation, de 5 de Janeiro de 1994, Resp. Civ. e Assur., 1994, commentaires, n.º166
Arrêt da Cour de Cassation, de 26 de Março de 1996
Arrêt da Cour de Cassation, de 8 de Julho de 1997, BC, I, n.ºs 238 e 239
Arrêt da Cour de Cassation, de 20 de Junho de 2000, BC, I, n.º193, Dalloz, 2000, 471
Arrêt da Assemblée Plénière da Cour de Cassation, de 17 de Novembro de 2000
Arrêt da Cour de Cassation, de 27 de Fevereiro de 2002, JCP, G, IV, 2002, 3050
Arrêt da Cour de Cassation, de 6 de Dezembro de 2007, BC, I, n.º 370, Dalloz, 2008, 192
Arrêt da Cour de Cassation, de 11 de Junho de 2009, RD, n.º 6/7411, 2010, 363
Arrêt da Cour de Cassation, de 3 de Junho de 2010, n.º09-13591, Dalloz, 2010, 1522
Arrêt da Cour de Cassation, de 9 de Fevereiro de 2012, n.º10-25915, GP, 9-10 de Março, 2012, 37

TRIBUNAL DE APELAÇÃO

Arrêt da Cour d'Appel de Grenoble, de 24 de Outubro de 1962, RTDC, n.º1, Janeiro-Março, 1963, 334
Arrêt da Cour d'Appel de Orleans, de 5 de Fevereiro de 1999

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Arrêt do Tribunal de Grande Instance de Metz, de 22 de Dezembro de 1994.

HOLANDA

SUPREMO TRIBUNAL

Hoge Raad de 21 de Fevereiro de 1997, NJ 1999, 145
Hoge Raad de 18 de Março de 2005, NJ 2006, 606

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Rb Arnhem de 11 de Junho de 2003, LJN AGO130

Rb Alkmaar de 11 de Fevereiro de 2004, LJN AO 3453

IRLANDA

Lindsay v. Mid-western Health Board (1993) L.L.R.M 550

Byrne v. Ryan, [2007] IEHC 207

ISRAEL

SUPREMO TRIBUNAL

Zeitsov v. Katz, Civ App 512/81, 40 (2) PD 85 (1986)

Hammer v. Amit, Civ App 1326/07 (2012)

ITÁLIA

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Costituzionale, de 18 de Fevereiro de 1975, n.º27

Corte Costituzionale, de 30 de Janeiro de 1997, n.º 35

Corte Costituzionale, de 13 de Maio de 2009, n.º 151/2009

CORTE DI CASSAZIONE

Corte di Cassazione, de 19 de Novembro de 1983, n.º6906, GC, I, 1984, 1841

Corte di Cassazione, de 19 de Dezembro de 1985, n.º 6506, RDCDGO, Ano LXXXIV, 1986,
n.ºs 5 a 8, 207

Corte di Cassazione, de 19 de Julho de 1991, n.º 371, (*Silvestri e Leone*)

Corte di Cassazione, de 8 de Julho de 1994, n.º6464

Corte di Cassazione, de 1 de Dezembro de 1998, n.º12195

Corte di Cassazione, de 10 de Maio de 2002, n.º6735, NGCC 2003, I, 619

Corte di Cassazione, de 21 de Julho de 2003, n.º 11322

Corte di Cassazione, de 4 de Março de 2004, n.º 4400, GC, I, 2005, 2115

Corte di Cassazione, de 21 de Julho de 2004, n.º 13585

Corte di Cassazione, de 29 de Julho de 2004, n.º14488
Corte di Cassazione, de 20 de Outubro de 2005, n.º 20320
Corte di Cassazione, de 14 de Julho de 2006, n.º16123
Corte di Cassazione, de 10 de Janeiro de 2007, n.º 238, RCDL, 2007, 776
Corte di Cassazione, de 11 de Janeiro de 2008, n.º577, DR, Ano XIII, Julho de 2008, 788 e Agosto-Setembro de 2008, 871
Corte di Cassazione, de 18 de Setembro de 2008, n.º23846, FI, n.º6, 2009, 1813
Corte di Cassazione, de 11 de Maio de 2009, n.º 10741
Corte di Cassazione, de 2 de Outubro de 2012, n.º 16754
Corte di Cassazione, de 22 de Março de 2013, n.º 7269
Corte di Cassazione, de 27 de Março de 2014, n.º 7195

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Acórdão do Tribunal de Cagliari, de 23 de Fevereiro 1995, RCP, Vol. LX, n.º 3-4, Maio-Agosto, 1995, 599.
Acórdão do Tribunal de Brescia, de 13 de Maio de 2003, DR, Ano VIII, Dezembro de 2003, 1222
Acórdão do Tribunal de Roma, de 9 de Março de 2004, DR, Ano X, Fevereiro de 2005, 197
Acórdão do Tribunal de Reggio Calabria, de 31 de Março de 2004, DR, Ano X, Fevereiro de 2005, 179
Acórdão do Tribunal de Monza, de 3 de Março de 2008, n.º625, DR, Ano XIV, Dezembro de 2009, 1182
Acórdão do Tribunal de Milão, de 8 de Abril de 2009, n.º4850, DR, Ano XIV, Dezembro de 2009, 1173

NOVA ZELÂNDIA

Wall v. Livingston [1982] 1 NZLR 734, NZCA

POLÓNIA

SUPREMO TRIBUNAL

Acórdão do Supremo Tribunal Polaco de 21 de Novembro de 2003, VCK 16/03, OSP 10/2004
Acórdão do Supremo Tribunal Polaco, de 13 de Outubro de 2005, IV CK 161/05, OSP 6/2006

Acórdão do Supremo Tribunal Polaco, de 22 de Fevereiro de 2006, III CZP 8/06, OSNC 7-8/2006

TRIBUNAL DE APELAÇÃO

Acórdão do Tribunal de Apelação de Bialystok, de 4 de Julho de 2008, I ACa 278/08, PiM 2/2009

REINO UNIDO

Byrne v. Boadle (2 Hurl. & Colt. 722, 159 Eng. Rep. 299, 1863)

Scott v. London and St. Katherine Docks Co. (1865) 3 H & C 596

Mahon v. Osborne (1939) 2 KB, 14, 50

Urry v. Bierer (1955) *The Times*, 15 July, CA

Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] WLR 582

Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees [1979] QB 276

McKay v. Essex Area Health Authority [1982] QB 1166

Udale v. Bloomsbury Area Health Authority [1983] 2 All ER 522

Emeh v Kensington AHA [1984] 3 All ER 1044, CA

Freeman v. Home Office (No 2) [1984] QB 524

Saunders v. Leeds Western Health Authority (1985) C.L.Y. 2320

Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital Governors [1985] AC 871

Eyre v Measday [1986] 1 All ER 488, CA

Gold v. Haringey Health Authority [1986] 1 FLR 125; revsd [1988] QB 481

Thake v. Maurice [1986] QB 644 1 All ER 497 (CA)

Hotson v. East Berkshire AHA [1987] 1 AC 750

Benarr v. Kettering Health Authority [1988] N.L.J. 179

C v. S [1988] QB 135, [1987] 1 All ER 1230

Ng. Chun Pui v. Lee Chuen Tat [1988] RTR 298

Caparo Industries Plc. v. Dickman [1990] 2 A.C. 605

In Re F (1990) 2 AC 1

In Re T [1992] 4 All ER 649

Re S [1992] 3 WLR 806

Allen v. Bloomsbury Health Authority [1993] 1 ALL ER 651, (1993), 13 BMLR 47

Blyth v. Bloomsbury Health Authority (1993) 4 Med L. Rev. 15 1

Burton v. Islington Health Authority e De Martel v. Merton and Sutton Health Authority [1993] QB 204

Smith v. Tunbridge Wells HA [1994] 5 Med LR 334
Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons [1995] 1 WLR 1002
Newell v. Goldenberg (1995) 6 Med LR 371
Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service [1996] 2 All ER 161 (CA)
Murphy v. Wirral Health Authority [1996] 7 Med LR 99
Norfolk and Norwich NHS Trust v. W [1996] 2 FLR 613
Kelly v. Kelly 1997 SC 285, 1997 SCLR 749
Re MB [1997] 2 FLR 426
Rochdale NHS Trust v. C [1997] 1 FCR 274
Allan v. Greater Glasgow Health Board 1998 SLT 580
Pearce v. United Bristol Healthcare NHS Trust (1998) 48 BMLR 118
St. George Healthcare NHS Trust v. S, [1998] 3 W.L.R. 936.
Wisniewski v. Central Manchester Health Authority EWCA Civ 596 [1998] Lloyd's Rep Med 223
Hardman v. Amin [2000] 59 BMLR 58
McFarlane v. Tayside Health Board [2000] 2 AC 59
Nunnerley v. Warrington Health Authority [2000] Lloyd's Rep Med 170
Rand v. East Dorset Health Authority [2000] 56 BMLR 39
Richardson v. London Rubber Company Products Ltd. [2000] Lloyd's Law Reports 280
Greenfield v. Irwin [2001] 1 WLR 1279 [2001] 1 FLR 899, CA
Lee v. Taunton and Somerset NHS Trust [2001] 1 FLR 419
McLelland v. Greater Glasgow Health Board, 2001 SLT 446
Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust [2001] 3 All ER 97
Sharif v. Garrett & Co. [2001] EWCA Civ 1269, [2002] 1 WLR 3118
MG v. United Kingdom [2002] 3 FCR 413
XYZ and others v. Schering Health Care Ltd. and others, 2002 70 BMLR 88
AD v. East Kent Community NHS Trust [2003] 3 All ER 1167 (2003) 70 BMLR 230 CA
R (Quintavalle on Behalf of Comment on Reproductive Ethics) v. Human Fertilisation and Embriology Authority [2003] 3 All ER 257, [2003] 73 BMLR 116, CA, [2005] UKHL 28
Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2003] UKHL 52 e [2004] AC 309
Chester v. Afshar [2004] UKHL 41; [2005] 1 A.C. 134
Robertson v. Forth Valley Health Board, no Outer House do Court of Session, 13 de Abril de 2004
Gregg v. Scott [2005] UKHL, 82 BMLR 52
Wooton v. J. Doctor Ltd. [2008] EWHC Civ 1361
Roberts v. Nottinghamshire Healthcare NHS Trust [2009] FSR 4
Wright (a child) v. Cambridge Medical Group [2011] EWCA CIV 669, [2011] Med. L.R. 496

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	2
ABREVIATURAS	3
RESUMO	6
ABSTRACT	7

PARTE I

O DIREITO MÉDICO E A AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE NOS CUIDADOS DE SAÚDE

CAPÍTULO I

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. O Percurso Evolutivo da Medicina e a Consolidação da Responsabilidade Médica	10
2. A Responsabilidade Médica no Século XXI.....	17
2.1. A Dimensão Tripartida da Responsabilidade Médica: Penal, Disciplinar e Civil.....	17
2.2. O Instituto da Responsabilidade Civil	19
2.2.1. Características Gerais e Finalidades	19
2.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil e seu Alcance Prático no Direito Médico....	21
3. A Responsabilidade Civil na Medicina Privada.....	27
3.1. O Direito na Relação Médico-Paciente	27
3.1.1. Contexto Histórico e Emergência da Relação Jurídica Contratual	27
3.1.2. O Contrato de Prestação de Serviços Médicos no Ordenamento Jurídico Português	28
3.1.3. O Papel da Responsabilidade Extracontratual na Medicina Privada	32
3.2. O Acesso aos Cuidados de Saúde.....	37
3.2.1. Enquadramento Geral	37
3.2.2. Dimensão Multifacetada dos Contratos de Direito Privado e o Exercício da Medicina em Equipa	40
3.3. Carácter Jurídico da Obrigação do Médico. A Obrigação de Meios e Obrigação de Resultado	44
3.4. O Ónus da Prova da Culpa	49
3.4.1. Responsabilidade Contratual	50
3.4.2. Responsabilidade Extracontratual.....	52
3.4.3. As Dificuldades de Prova e a Importância das Presunções Judiciais.....	52
3.4.3.1. <i>Res Ipsa Loquitur</i>	53
3.4.3.2. A Prova <i>Prima Facie</i> (<i>Anscheinsbeweis</i>).....	56
3.4.3.3. A <i>Teoria do Dano Desproporcionado</i>	57
3.4.3.4. O Ordenamento Jurídico Português	59

CAPÍTULO II
A INFORMAÇÃO EM DIREITO MÉDICO

1. O Consentimento Informado e Direito à Autodeterminação do Indivíduo nos Cuidados de Saúde.....	64
1.1. A Afirmação Doutrinal e Jurídico-Legal do Consentimento Informado.....	64
1.2. Requisitos de Validade do Consentimento Informado	69
1.2.1. Concepções Gerais.....	69
1.2.2. Capacidade Decisória	69
1.2.3. Dever de Esclarecimento	72
1.2.4. Liberdade e Voluntariedade.....	76
1.2.5. Respeito pelos Bons Costumes e Ordem Pública	76
1.2.6. Forma.....	77
1.3. Ónus da Prova do Consentimento Informado e da Prestação de Informação.....	78
2. A Informação na Relação Médico-Paciente: O Processo Clínico.....	81
2.1. Notas Introdutórias e Principais Finalidades	81
2.2. Elementos e Propriedade do Processo Clínico	85
2.3. O Acesso ao Processo Clínico.....	90

PARTE II
SAÚDE REPRODUTIVA DA MULHER

CAPÍTULO I
DIREITO À REPRODUÇÃO
E O PLANEAMENTO FAMILIAR

1. Contexto Geral	98
2. A Existência de um Direito à Reprodução	98
3. O Planeamento Familiar.....	101
3.1. A Consulta de Planeamento Familiar	101
3.2. Caracterização dos Principais Métodos Contraceptivos.....	104
3.3. Métodos Contraceptivos e Responsabilidade Civil	108
3.3.1. A Esterilização e a Responsabilidade Civil Médica	109
3.3.2. Responsabilidade Civil do Farmacêutico.....	112

CAPÍTULO II

A MEDICINA MATERNO-FETAL

1. Enquadramento Temático	117
2. O Acesso aos Cuidados de Saúde Pré-Natais.....	118
3. A Consulta de Obstetrícia e Rastreamento Pré-Natal	120
4. O Diagnóstico Pré-Natal e a Gravidez de Risco	123
5. Consentimento Informado em DPN e Interrupção da Gravidez – O Direito à Autodeterminação Reprodutiva da Mulher	129
6. O Dever de Informação e a Consulta de Aconselhamento Genético Pré-Natal	136
7. O Processo Clínico e o Acesso à Informação Genética	140
8. O Conflito Materno-Fetal e o Direito à Autodeterminação da Grávida.....	146
8.1. Notas Introdutórias e Enquadramento Geral	146
8.2. A Recusa de Tratamentos ou Intervenções Médico-Cirúrgicas na Gravidez: A Autorização Judicial de Parto por Cesariana e Transfusão de Sangue	148
8.2.1. Estados Unidos da América e o Reino Unido.....	149
8.3. A Questão no plano da Medicina: O Nascituro como Paciente e o Princípio da Beneficência	156
8.4. Considerações Finais: Direito de Recusa de Tratamento Médico ou Intervenção Cirúrgica na Gravidez.....	160
9. A Realização de Parto por Cesariana Electiva por Opção da Grávida.....	164

CAPÍTULO III

A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

1. Enquadramento Geral.....	168
2. Regulação e Acesso à Procriação Medicamente Assistida	169
3. Práticas vedadas pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.....	174
4. Técnicas de PMA e Requisitos do Consentimento Informado.....	177
5. A Doação de Gâmetas e Embriões na Procriação Medicamente Assistida.....	182
6. O Diagnóstico Genético Pré-Implantação.....	185
6.1. Técnicas de Diagnóstico Genético Pré-Implantação	186
6.2. Consentimento Informado em DPN e DGPI	188
6.3. A Regulação Jurídica da PMA e do DGPI nos diferentes Ordenamentos Jurídicos .	190
6.4. O Contexto Prático e Funcionalidades do DGPI.....	195
6.4.1. Diagnóstico de Anomalias Graves.....	196
6.4.2. DGPI e Selecção de Sexo	199

6.4.2.1. A Selecção de Sexo por Indicações Médicas	199
6.4.2.2. A Selecção de Sexo por Indicações Não Médicas	200
6.4.3. DGPI e Compatibilidade de Grupo HLA – <i>Saviour Sibling</i>	201
6.4.4. DGPI e <i>Select for Special Features – Designed Babies</i>	207
6.4.5. DGPI e “ <i>Selecting For Disability</i> ”	209
6.4.5.1. Enquadramento Temático e Legal.....	209
6.4.5.2. Posicionamento Doutrinal no plano Bioético: O “ <i>Problema da Não Identidade</i> ”	212
6.4.5.3. Análise da Questão em Sede de Responsabilidade Civil	216
6.5. Notas Finais sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação	219

PARTE III

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NOS CUIDADOS DE SAÚDE REPRODUTIVA

CAPÍTULO I

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O DEVER DE INFORMAÇÃO EM DIAGNÓSTICO PRÉ-CONCEPCIONAL, DPN E DGPI

1. Contexto Geral	227
2. A Posição da Jurisprudência	230
2.1. Estados Unidos da América.....	231
2.2. Reino Unido.....	240
2.3. Austrália e Canadá.....	245
2.4. França e Bélgica	250
2.5. Alemanha e Áustria	254
2.6. Itália.....	256
2.7. Espanha.....	259
2.8. Holanda.....	264
2.9. Polónia e Dinamarca.....	266
2.10. Israel e África do Sul.....	270
2.11. O Ordenamento Jurídico Português.....	271
2.12. Referências Conclusivas.....	280
3. Análise Doutrinal	282
3.1. As Acções de <i>Wrongful Conception</i> ou <i>Wrongful Pregnancy</i>	282
3.2. As Acções de <i>Wrongful Birth</i>	287

3.2.1. Facto Ilícito.....	288
3.2.2. Culpa.....	289
3.2.3. Dano.....	290
3.2.4. Nexo de Causalidade entre o Facto e o Dano	293
3.2.5. Notas Finais e Posição Adoptada.....	297
3.3. As Acções de <i>Wrongful Life</i>	298
3.3.1. Facto Ilícito.....	300
3.3.2. Culpa.....	302
3.3.3. Dano.....	302
3.3.4. Nexo de Causalidade entre o Facto e o Dano	306
3.3.5. Representação Legal da Autoridade Parental	308
3.3.6. A Teoria do “ <i>Bloco de Normatividade</i> ”.....	310
3.3.7. A Teoria do “Direito à Não Existência”	315
3.3.8. Considerações Finais e Posição Adoptada.....	317

CAPÍTULO II
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
POR LESÕES PRÉ-NATAIS
E O DIREITO À VIDA

1. Enquadramento Temático	319
2. As Acções de <i>Prenatal Injury</i> e <i>Wrongful Fetal Death</i>	320
2.1. Estados Unidos da América.....	321
2.2. Reino Unido.....	326
3. O Ordenamento Jurídico Português	330
3.1. Personalidade Jurídica	331
3.2. O Estatuto Jurídico do Nascituro.....	333
3.3. Posição Adoptada – Tutela Objectiva e o Nascituro como Bem Jurídico Protegido.	339
3.4. Responsabilidade Civil por Lesões à Integridade Física – <i>Wrongful Injury</i> e <i>Prenatal Injury</i>	345
3.4.1. O Direito à Integridade Física nos Cuidados de Saúde.....	345
3.4.2. A Protecção da Integridade Física do Nascituro Concebido.....	347
3.5. O Direito à Vida e o Dano da Morte – As Acções de <i>Wrongful Death</i>	351
3.5.1. Responsabilidade Civil e o Direito à Vida.....	351
3.5.2. O Direito de Indemnização pelo Dano da Morte do Nascituro.....	359

CAPÍTULO III
A GINECOLOGIA ONCOLÓGICA
E A PROcriação Medicamente Assistida

1. Notas Introdutórias.....	364
2. Consulta de Ginecologia e Técnicas de Preservação da Fertilidade	365
3. Responsabilidade Civil Médica em Ginecologia Oncológica e Perda de Chance	367
3.1. Enquadramento Geral e Pressupostos de Aplicação da Perda de Chance	367
3.2. A Perda de Chance no plano Jurisprudencial e Doutrinal	375
3.2.1. França	375
3.2.2. Itália	382
3.2.3. Espanha.....	383
3.2.4. Reino Unido.....	386
3.2.5. Alemanha	387
3.2.6. Estados Unidos da América.....	388
3.2.7. Ordenamento Jurídico Português.....	389
3.3. A Perda de Chance e Dever de Informação nos Cuidados de Saúde Reprodutiva	392
CONCLUSÕES	397
BIBLIOGRAFIA.....	403
ÍNDICE	475