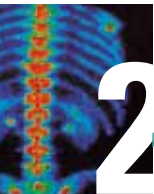


REVISTA PORTUGUESA

do **Dano**

Corporal



21

DEZ. 2010 ANO XIX • N.º 21

Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
al Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
il Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
o Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
orporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
il Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
o Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
o Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal
o Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal Revista Portuguesa do Dano Corporal

APADAC
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA
DE AVALIAÇÃO
DO DANO CORPORAL

INSTITUTO NACIONAL
DE MEDICINA LEGAL, I.P.
DELEGAÇÃO DO CENTRO



As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*) e a responsabilidade médica

Vera Lúcia Raposo¹

1. *Wrongful life actions*

As *wrongful life actions*² surgem quando uma criança nasce mal-formada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado directamente a malformação. As acções de *wrongful life* são sempre interpostas pela criança (ou por outrem em seu nome, dado que muitas vezes falamos de um menor e/ou incapaz) nascida nestas condições, e podem

¹ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Advogada.

² R. Lee AKAZAKI, “Wrongful Birth...”; Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 84/113; Virginie BONNINGUE, *Naissance...*, p. 65/106; Karen CAPEN, “New Prenatal Screening...”, p. 734 ss.; Kristen CAREY, “Wrongful Life...”, p. 1 ss.; Philippe COPPENS, “Du Préjudice d’Être Né?”, p. 82 ss.; João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 480/605; Roger DWORKIN, *Limits...*, p. 86 ss.; Attilio GUARNERI, “Nascita del Figlio Malformato...”, p. 847 ss.; John HARRIS, *Clones...*, p. 99/119; Wendy HENSEL, “The Disabling Impact...”, p. 141 ss.; Nancy JECKER, “The Ascription of Rights...”, p. 149 ss.; Fernando Pinto MONTEIRO, “Direito à Não Existência...”, p. 131 ss.; Anne MORRIS, Severine SAINTIER, “To Be or Not to Be...”, p. 167 ss.; Warwick NEVILLE, Buddhima LOKUGE, “Wrongful Life Claims...”, p. 558 ss.; André Gonçalves PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 387 ss.; Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 217/220; Paulo Mota PINTO, “Indemnização...”, p. 5 ss.; Amos SHAPIRA, “Wrongful Life...”, p. 369 ss.; Seana Valentine SHIFFRIN, “Wrongful Life...”, p. 117 ss.; R. SIMONE, “Procreazione e Danno...”, p. 1149 ss.; Carel STOLKER, “Wrongful Life...”, p. 521 ss.; Dean STRETTON, “The Birth Torts...”, p. 348/350, 352/364; Marta Nunes VICENTE (“Algumas Reflexões...”, p. 117 ss.; “Wrongful Birth/Wrongful Life Claims”, at <http://www.tresscox.com.au/file/document/resource/32/Wrongful%20Birth%20&%20Wrongful%20Life%20Claims.pdf>.

Uma distinção entre estas acções e as outras *wrong actions* em Philippe COPPENS, “Du Préjudice d’Être Né?”, p. 82 ss.; Jean-Yves GOFFI, “La Notion de Vie Préjudiciable...”, p. 75/77; Paulo Mota PINTO, “Indemnização...”, p. 5/7.

Para uma crítica às denominações adoptadas, Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 96, 100.

dirigir-se contra os médicos e instituição hospitalar e mesmo – sendo esta a hipótese mais controvertida – contra os pais.

Explicitemos melhor estes cenários.

Os processos de *wrongful life* podem ser dirigidos contra aquele que deveria informar os progenitores da situação do nascituro e não o fez, nomeadamente o médico que falhou no diagnóstico pré-natal ou no diagnóstico genético pré-implantatório³.

Neste caso poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indemnização: um em seu nome próprio, pelo danos que advêm da circunstância de ter um filho com animalidade tão gravosas (mas nesse caso estaremos perante um processo de *wrongful birth*); outro em nome da própria criança, pelo facto de esta ter nascido com semelhante doença ou anomalia (a *wrongful live* propriamente dita).

No pedido contra o médico é alegado o facto de não ter impedido a concepção, ou ter omitido informação acerca da deficiência ou malformação, ou ter transferido para o útero embriões fertilizados *in vitro* que eram portadores de doença ou deficiência. Assim se distinguem estas acções daqueles outros casos em que se actua contra o responsável por um dano físico causado aos progenitores – em regra, causados à mãe – e que *a posteriori* se veio a reflectir nos futuros filhos, estejam estes já gerados à data do dano⁴ ou ainda não⁵.

³ Usualmente a falha resulta da violação de *leges artis* (José Francisco de Faria COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 529, 532; Sónia FIDALGO, *Responsabilidade Penal...*, p. 71 ss.) dando assim origem a uma situação de responsabilidade médica (Conceição CUNHA, “Algumas Considerações...”, p. 809/854; Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica...*; Jorge de Figueiredo DIAS, Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*; FRANCO CAIADO GUERREIRO E ASSOCIADOS, *Guia da Responsabilidade dos Médicos...*; M. GÓMEZ JARA, *La Responsabilidad ...*; J. M. Martins NUNES, *Da Responsabilidade...*; André Gonçalves PEREIRA, *O Consentimento Informado...*; Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*; Álvaro da Cunha Rodrigues, “Reflexões...”, p. 161/252. Imagine-se que o médico não efectuou os meios de diagnóstico necessários, o que o faz incorrer numa responsabilidade por omissão. Quanto à questão da dicotomia obrigação de meios/ obrigação de resultados na responsabilidade médica, Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, p. 98/102; Álvaro da Cunha Rodrigues, “Reflexões...”, p. 67 ss. Sobre a responsabilidade civil médica nesta específica matéria, Amélia COSTA, *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor...*, p. 135 ss.; João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*.

⁴ Caso *Watt v. Rama* [1972] V.R. 353, *Supreme Court of Victoria*, Australia. O caso desenrolou-se nestes termos: o autor sofrera danos enquanto se encontrava ainda no ventre materno devido a um acidente de que a mãe havia sido vítima, causado pelo réu. Embora este argumentasse que não poderia ser responsabilizado por danos causados a uma (ainda) não-pessoa o tribunal decidiu em sentido contrário, bastando-se com o facto de o embrião ter vindo a originar uma pessoa, configurando a chamada “*born alive rule*”. Sobre esta regra vide Pascal KASIMBA, “IVF Regulation...”, p. 157 ss.

⁵ Por exemplo, acções que tiveram lugar sobre a mulher antes de esta engravidar, mas que se repercutiram na sua função reprodutiva, motivadas por tratamentos médicos ou pela exposição a materiais radioactivos ou substâncias tóxicas.

Mas, como já ficou referido, esta acção pode também ser dirigida contra os pais, invocando-se o facto de estes terem prosseguido com a gestação não obstante estarem a par da doença, reivindicação esta que se funda num (ainda muito discutido) dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições⁶. Alguns tribunais têm vindo a reconhecer a existência de um dever, a cargos dos pais, de abortarem fetos mal-formados sob pena de actuarem mediante negligência.

A progressiva aceitação jurisprudencial deste tipo de acções prende-se com a consciencialização do crescente número de riscos envolvidos nas novas tecnologias, bem como com o movimento de liberalização que tem marcado os regimes sobre o aborto um pouco por todo o lado, revelando progressivamente uma cada vez maior aceitação legal do poder dos pais escolherem quando e como terão os seus filhos.

Embora até à data os processos de *wrongful life* se insiram no contexto de uma reprodução sexual, supomos que passarão a ser muito frequentes nos casos de procriação medicamente assistida (PMA), sobretudo quando teve lugar um DGPI (suponha-se, por exemplo, que o médico não informou os pais de que os embriões padeciam de determinadas anomalias, pelo que estes autorizaram a sua transferência).

Ou seja, o que acima se disse a propósito da *wrongful life* pode ser transposto, *mutadis mutandis*, para os casos de DGPI em que o médico não detectou a anomalia embrionária e, por conseguinte, procedeu à sua transferência, ou a detectou e informou os pais mas, ainda assim, estes optaram pela transferência. Com a particularidade de que nestes casos nem sequer se levanta o óbice de se interromper uma gestação porque esta ainda se não iniciou.

2. *Wrongful birth actions*

Nos casos de *wrongful birth*⁷ o circunstancialismo é o mesmo da figura anterior, com a diferença de que neste segundo a acção é movida pelos pais, em seu próprio nome, contra o médico, pelo facto de os ter privado de um consentimento informado que eventualmente poderia ter levado à interrupção

⁶ “As a secular moral issue, this view appears implausible if the future of the child is such that harms do not outweigh benefits. One will on balance not have armed that future person by bringing it into existence. If it is reasonable for the parents to assume that there will be a favourable balance of goods over harms to the child, procreation would appear morally justified as long as the child did not constitute an unagreed upon to others”. Cfr: Tristram H. ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*, p. 258

⁷ Dean STRETTON, “The Birth Torts...”, p. 320, 321; 331/347.

da gravidez. Este cenário ocorre ou porque o médico não afectou os exames pertinentes, ou porque os interpretou erroneamente, ou porque não comunicou os resultados. Já se vê que o desenlace destes processos depende largamente da forma como se concebiam as obrigações dos profissionais de saúde no que respeita às informações aos pacientes, isto é, quais os factores de risco que devem ser comunicados e se mesmo factores improváveis o devem ser⁸.

Muitas vezes a fundamentação é a mesma que encontrámos nas acções de *wrongful life*, mas enquanto aquelas são interpostas pelo filho, estas são-no pelos pais, sendo que muitas vezes ambas acções surgem associadas num mesmo processo⁹, embora as duas pretensões não tenham necessariamente que coexistir¹⁰.

Os pais requerem uma indemnização pelos danos morais e patrimoniais resultantes do nascimento de um filho portador de deficiências graves. Alegam que se houvessem sido avisados dos perigos inerentes à doença de que são portadores (doença de Tay-Sachs, por exemplo) teriam preferido não conceber; ou que se tivesse sido informado da doença que o embrião/feto desenvolveu durante a gestação (trisomia 21, por exemplo) teriam optado por interromper a gravidez. Como se vê, a obrigação de informação médica pode actuar em dois momentos distintos: antes ou depois de conceber. No primeiro caso fala-se de um erro no diagnóstico pré-concepcional; no segundo, em erro no diagnóstico pré-natal¹¹.

Têm surgido várias interrogações quanto a pedidos de indemnização de *wrongful birth* por parte de progenitores que teriam seguido avante com a gravidez, não obstante o aborto poder ter sido uma opção¹².

⁸ Jean-Yves GOFFI, “La Notion de Vie Préjudiciable...”, p. 77.

⁹ Caso *Berman v. Allan N.J. 421* (1979). Neste caso a acção de *wrongful life* foi rejeitada pelo Tribunal (“One of the most deeply held beliefs of our society is that life – whether experienced with or without a major physical handicap – is more precious than non-life”), mas a de *wrongful birth* foi acolhida e satisfeita. Curiosamente, e a propósito desta segunda reivindicação, tomou uma opção que nos parece estranha: negou a indemnização pelos danos patrimoniais que derivam da educação de uma criança seriamente deficiente, mas atribuiu uma compensação pelos danos morais resultantes da angústia sofrida pelo pais em virtude de a sua filha ter síndrome de Down. Uma vez que a recusa da indemnização patrimonial se fundou no amor e na alegria que qualquer criança sempre aporta, mal se compreende que, a esta luz, tenha sido atribuída a compensação por danos morais.

¹⁰ Sobre isto, Bonnie STEINBOCK, “The Logical Case...”, p. 15/20.

¹¹ Em regra reportamo-nos a uma gravidez já iniciada, pelo que a alternativa seria o aborto, mas podemos igualmente imputar esta responsabilidade a um período pré-concepcional, quando a alternativa seria o uso de métodos anti-concepcionais.

¹² No Canadá o “comportamento alternativo” dos pais tem sido discutido em várias decisões: *Arndt v. Smith*, [1997] 2 S.C.R. 539 (*Supreme Court of Canada*); *Mickle v. Salvation Army Grace Hospital* [1998] OJ 4683 (QL) (Ont Gen Div) (R. Lee AKAZAKI, “Wrongful Birth”...). No caso *Emeh* (*Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*, [1985]