

NÃO EXISTÊNCIA — UM DIREITO!

JOÃO PIRES DA ROSA

No presente texto o autor discorre sobre o direito à não existência, como ponto de partida para a questão que, não raro, se vêm colocando aos tribunais: tem direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, uma pessoa (criança) que — na sequência de erro médico no diagnóstico pré-natal —, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuporável deficiência, que lhe não permite o direito à vida como um direito à vida com qualidade? Ou este direito à indemnização é um direito que apenas assiste aos pais? Ciente das dificuldades argumentativas, o autor conclui, de forma crítica e sustentada, pela afirmação desse mesmo direito, enquanto direito próprio da criança.

Descritores: Responsabilidade por acto médico — Diagnóstico pré-natal — Direito à indemnização — Direito à não existência

Confesso.

O meu ponto de chegada há-de ser o meu ponto de partida. Ou ... o meu ponto de partida há-de ser o meu ponto de chegada.

Tanto faz.

No Supremo Tribunal de Justiça, em recurso de revista n.º 9434/06.6TBMTS. P1.S1, relatado pela Ex.^{ma} Conselheira Ana Paula Boularot, no qual interviim como adjunto, com acórdão datado de 17 de Janeiro de 2013,

uma mulher grávida sujeita-se aos meios de diagnóstico pré-natal, com o escopo de determinar se o seu feto é, ou não, portador de uma deficiência;

em virtude de falta de informação correcta sobre o diagnóstico, a gravidez é levada até ao seu termo, acabando por nascer uma criança com deficiências tais que teriam permitido à mãe lançar mão da faculdade de interromper voluntariamente a gravidez, nos termos que são traçados pelo art. art. 142.º, n.º 1, al. c), do CP;

contra Clínica onde realizou os exames e o médico ecografista que os subscreveu, os pais da criança que nasceu deduziram pedido de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais próprios e, em representação do filho, pedido de indemnização igualmente por danos patrimoniais e não patrimoniais deste.

No que agora importa direi — a acção foi julgada procedente quanto ao pedido de indemnização por danos próprios dos pais da criança, improcedente quanto ao pedido de indemnização dos danos da própria criança.

E foi quanto a esta última parte que expressei o meu voto de vencido, colocando a mim mesmo a exactíssima pergunta que é o ponto de partida para este texto:

se alguém, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuportável deficiência, que lhe não permite o *direito à vida* como um *direito à vida com qualidade*, deve ou não deve essa pessoa ser indemnizada pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que essa *não qualidade* transporta? Deve, ou não deve, essa pessoa ser a primeira das pessoas a ser indemnizada, por forma a que a sua vida se aproxime o mais possível de uma vida ... *com qualidade*?

Que resposta deve dar o direito a uma acção intentada por um criança, que nasceu, contra a clínica ou o médico que, com culpa, subscreveram os exames que *roubaram* à mãe a faculdade de decidir pelo não nascimento, pedindo uma indemnização por danos patrimoniais ou não patrimoniais emergentes do seu nascimento deficiente, a essa acção comumente chamada de *wrongful life*?

Pode ou não pode o direito dar uma resposta afirmativa a um tal pedido? Porque se pode ... deve.

Não pôde, em particular não pôde na acção em que fui vencido, em 17 de Janeiro de 2013, como não havia podido já no acórdão do STJ, relatado pelo Exmo. Conselheiro Pinto Monteiro em 19 de Junho de 2001, ao que sabemos o primeiro que entre nós se debruçou sobre tal matéria.

Mas não me conformo com uma tal resposta.

Alguém, pensando na criança que nasceu e suporta o peso acrescido da vida, pode aceitar uma tal resposta?

Não creio.

E acredito que o direito pode, ao contrário, dar uma resposta ao pedido de quem sofre.

Sobretudo se o direito procurar uma resposta em nome da vida e não, rodando sobre si próprio e esquecendo a vida, atingir ainda mais a vida ... com qualidade, em nome do respeito por uma amargura de vida.

Porque a vida que nos interessa, que interessa ao direito, é **esta** vida em concreto, esta vida que — sem qualidade — não pode todavia deixar de ser vivida, e não uma ideia abstracta de *vida pela vida* que esquece quem, podendo não ter nascido, tem todavia que suportar a vida — a **sua** vida. *E como a vida pode ser uma sobrecarga!*

Não devem ser chamadas para aqui quaisquer considerações morais ou religiosas que tenham a ver com o *princípio da vida*, até porque a principal de todas essas questões é sempre o respeito por **esta** vida que nasceu, que vive, e à qual é imperioso trazer a qualidade sem a qual a vida não é vida.

Dir-se-á, desde logo, que há a dificuldade de encontrar o contraponto para o cálculo, para a fixação de uma indemnização a arbitrar, pois sempre se poderá dizer que a vida que se vive (mesmo sem qualidade) é necessariamente melhor que a vida que se não viveu. Então, entre o não ter nascido e o ter nascido, ainda que sem qualidade, sempre será mais valioso o ter vivido e, por isso, não haveria um dano que seja necessário suportar — e sem dano não há indemnização.

Mas não é assim: o dano, a sobrecarga, existe e o contraponto não pode ser a *não existência*, o contraponto há-de ser a *existência ... com qualidade*. Quando se quer olhar para o dano sofrido o *farol* só pode ser a vida (a vida com qualidade) e não a *não-vida*. É por aí que se há-de sentir o peso de viver, o encargo de viver, quando se podia não ter vivido.

Poderá, como já referimos, existir uma dificuldade acrescida no cálculo da indemnização. Mas não poderá ser isso a obstar ao reconhecimento do direito a essa mesma indemnização

Dito isto: não há indemnização sem dano, como não pode nascer no património de alguém o *direito* a ser indemnizado se correlativamente não nascer num outro património o *dever* de indemnizar, a obrigação de indemnizar.

E onde poderá radicar esse “pretenso” *dever* se a deficiência que traduz o dano que esmaga *esta* vida já existe desde a concepção dela e não pode ser imputada a qualquer que seja? E se, por outro lado, o direito à vida está protegido, de uma forma absoluta, quer na Constituição da República Portuguesa quer nas Convenções Internacionais que a enformam, a começar na Declaração Universal dos Direitos do Homem?

É assim — art. 24.º, n.º 1, da Constituição:

a vida humana é inviolável abrangendo essa inviolabilidade «não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa, a vida intra-uterina (independentemente do momento em que se entenda que esta tem início) e a vida do embrião fertilizado» — Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, pág. 449.

Mas atenção — escrevem também os mesmos autores na mesma obra e local: «a protecção da vida intra-uterina não tem que ser a mesma em todas as fases do seu desenvolvimento ... [sendo que] relativamente à interrupção voluntária da gravidez, não existindo uma proibição absoluta do aborto, parece todavia não existir também o reconhecimento constitucional de um *direito ao aborto ... competindo* à lei ... estabelecer os limites (nomeadamente os de natureza temporal) da faculdade de interrupção voluntária de gravidez, ou pelo menos, da não punição penal». O que tem também a ver com — art. 67.º da Constituição — a protecção da família, incluindo a obrigação por parte do Estado (al. c) do n.º 2) de *garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos*

e meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

É dentro do indeclinável respeito da liberdade individual, constitucionalmente garantido, que a mesma Constituição permite que a lei coloque nas mãos do Homem a **faculdade** — o direito, mas não o dever — de deixar ou não deixar correr uma vida pré-natal até ao seu “investimento como pessoa”, até ao nascimento — a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 1, do C.Civil).

Foi exactamente com este enquadramento que, no Supremo Tribunal de Justiça, no recurso de revista no processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17 de Janeiro de 2013, expressei o meu voto de vencido no sentido de, em tese, admitir um **direito à não existência** «desde que a lei portuguesa reconheceu, nos termos previstos no art.142.º do C.Penal, a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, colocando a **vida**, nesses precisos casos, nas mãos dos homens, mais especificamente da mulher/mãe».

Há **um tempo e uma condição**, estritamente definidos na lei, em que o *direito de ser ou de não ser, de existir ou não existir*, está nas mãos do Homem, está nas mãos da mulher/mãe onde repousa o indestrutível direito de decidir se sim ou não quer fazer caminhar até ao nascimento o nascituro que é ainda isso mesmo, um nascituro, que faz ainda parte de si própria, e que só virá a *autonomizar-se* como pessoa se essa for a vontade da mulher grávida.

Este é um direito da mulher grávida, um direito que é uma **faculdade** — não um dever — que tem necessariamente duas faces, com igual peso: ela, a mulher grávida, e só ela, porque só dela é o consentimento sem o qual nenhuma intervenção é lícita, decidirá da existência ou não existência, do caminho para a existência ou do fechamento desse caminho.

Nesse(s) tempo(s) e nessa(s) circunstância(s), o *direito à não existência* é a outra face, tem o mesmo valor, do *direito à existência*, e estão ambos colocados com igual juridicidade, nas mãos dela, da mulher grávida.

Esse é um direito que é património seu, de si própria como um todo — não como uma simples mulher mas como uma mulher *pejada*, direito que só ela pode exercitar e à qual se garantem todos os poderes que lhe permitem esse exercício.

Quando ela se decide pela *não existência* é ainda o seu direito que ela exerce (ainda que umbilicalmente ligado à via pré-natal que em si mesma transporta), sem prejuízo de se pensar que um direito do feto, passe a expressão, se há-de autonomizar um dia e incorporar no seu exclusivo património, se ele vier a nascer porque — n.º 2 do art. 66.º do C.Civil — os *direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*.

O *direito de existir* — ou de *não existir* — será, pois, ainda e sempre, **direito da mãe** enquanto o nascituro não nascer (ou se não nascer)!

O nascituro — o embrião ou o feto — é ainda **mãe** enquanto se não autonomizar como pessoa pelo nascimento. Persistir ou não persistir no caminho da existência — nos tempos e nas circunstâncias em que a lei coloca essa decisão nas mãos da mãe — é ainda direito desta.

Quando a mãe procura um médico ou uma clínica especializada ou um outro estabelecimento de saúde (estes últimos responsáveis nos termos em que o art. 800.º do C.Civil responsabiliza o devedor pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares) com ele contratualiza a *prestaçāo de serviços* médicos, definidos em protocolo da Direcção Geral de Saúde como os adequados à determinação e informação de eventuais distúrbios ou malformações do feto que transporta, é ainda por si mesma e para protecção de si própria que a mãe celebra o contrato. Pois ela não é pessoa diferente do que é, e ela é uma mulher *pejada* já se disse — é esta concreta mulher que celebra o contrato para interesse seu e o seu feto é ainda ela própria, o feto faz ainda parte da sua própria pessoa (sem prejuízo de a sua personalidade em formação se poder autonomizar mais tarde e com ela se autonomizar o direito que antes era — por força da própria concepção legal do nascimento da personalidade, do art. 66.º, n.º 1, do C.Civil — ainda mãe!).

Não pode assim, nem é preciso, se bem entendo, falar-se de um *contrato em benefício de terceiro* porque o contrato é ainda em benefício do próprio contratante e a contraparte — o médico ou a clínica — sabe bem quem é a contratante/mãe — sabe bem que é por estar grávida ou se pensar grávida que a mulher contratualiza consigo os exames destinados a permitir-lhe o exercício livre e consciente do seu direito ao planeamento familiar ou a uma maternidade consciente.

Pouco importa que mais tarde, por hipótese, esse direito se venha a autonomizar e se radique numa novo ser, numa nova pessoa. O que importa é que naquele momento o direito é ainda de uma pessoa única e depois *renasce*, multiplicando-se, numa outra pessoa.

Nem isto é uma realidade longe do direito ou que perturbe o direito.

Pelo contrário, é uma realidade que acompanha e com a qual o direito convive; é assim em todos os processos de divisão onde o que era inicialmente o direito de apenas uma entidade se diversifica posteriormente em diferentes direitos radicados nos diferentes patrimónios *nascidos* dessa divisão/multiplicação.

O médico que contrata com a mulher/mãe a realização dos exames da especialidade que permitem diagnosticar, no tempo e em tempo, doenças ou malformações congénitas que a coloquem na situação prevista no n.º 1, al. c), do art. 142.º do C.Penal (ou afirmem, nos tempos e nas circunstâncias das mais alíneas do mesmo número e artigo, a gravidez — mas a nossa atenção está virada aqui para o nascimento sem qualidade) assume perante ela — se bem penso — uma *obrigação de resultado, não o resultado nascimento de uma criança saudável, mas o resultado fidedignidade do diagnóstico*: uma obrigação de afirmar *diligentemente* o resultado pretendido — existem ou não existem elementos de onde possa concluir-se que o *nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita*.

A obrigação do médico especialista — que põe no *mercado da saúde* a oferta de exames que possam detectar tais deficiências — não é já apenas uma *obrigação de meios* mas, verdadeiramente, uma *obrigação de resultado*,

ainda que o resultado seja a afirmação clara de que o(s) concreto(s) exame(s) realizado(s) não permite(m) qualquer informação segura sobre a presença da doença ou da malformação. Isso mesmo impõe a sua especial qualificação e a tecnologia com que garante aos potenciais clientes a genuinidade dos exames que oferece.

Se o médico por erro ou falta de cuidado, porque não seguiu ou não cumpriu as *leges artis* ou foi leviano na afirmação do que *diz ver não podendo ter visto* ou *não viu devendo ter visto*, esse médico não cumpriu a sua prestação contratual e atingiu irremediavelmente o direito da contraparte que não pôde decidir — culpa dele, médico — livre e conscientemente do seu caminho: do caminho da *existência* do seu feto até ao nascimento com vida, ou do *direito à não existência* desse caminho.

E quando se aceite que, sem esse evento lesivo, o nascimento teria sido impedido (nas condições legais de interrupção da gravidez, já se vê) por causa da existência futura de uma doença grave ou de uma malformação congénita, o que está em causa não é apenas, diga-se, o direito ao planeamento familiar e a uma maternidade consciente mas é também e já o nascimento de uma deficiência que encontra em tal evento a sua causa adequada — sem ele, a deficiência enquanto tal, autónoma, a suportar cada dia e todos os dias da vida de quem nasce, não teria ... nascido.

A violação contratual assim definida, esta violação contratual ... culposa, é a causa adequada, directa, de danos próprios, patrimoniais e não patrimoniais quer da mãe quer do pai do menor (se for o caso) que se vêm constrangidos a suprir, nos limites do possível, a deficiência do seu filho que nasceu ... podendo não ter nascido, até (ao menos!) aproximarem uma vida sem qualidade à qualidade que o direito à vida comporta, e a suportarem sempre a dor incomensurável dessa falta de qualidade.

E é causa adequada do dano do próprio filho que nasceu e que suportará sempre a deficiência que lhe *rouba* o sentido da vida.

São danos — todos — pelos quais o médico que não cumpriu a prestação a que se comprometeu será responsável civilmente.

Todos, repete-se. Nem o médico pode *estrangular* que quem nasceu *apareça a exigir-lhe o cumprimento da obrigação de indemnizar* — pois se a culpa do nascimento foi sua, dele, médico?!!!

Dizer-se que, porque nasceu, o filho não deve ser indemnizado é exactamente negar-lhe o direito a *não existir*, um direito que naturalmente só poderia ser exercitado pela mãe (sob pena, o direito, de *morrer antes de ter nascido*) mas que se autonomizou em termos pessoais com o nascimento.

O que importa é que se afirme, com clareza — e é o que procuro fazer — aquilo que *substancialmente* está em causa e que nos não deixemos perturbar pela delicadeza infeliz de expressões como *wrongful life* ou *vida indevida*.

Porque negar-lhe o seu direito, obrigar-l-o a suportar o encargo de viver sem ao menos procurar diminuir-lhe o sofrimento através de uma indemnização adequada, seria atingir irremediavelmente a sua dignidade porque obrigá-lo a suportar a “indignidade” de uma vida com uma doença grave ou

uma malformação congénita. A indemnização será o caminho para repor, na medida do possível, a dignidade sem a qual alguém tinha o direito de *não existir*.

Um direito que foi subtraído à mãe/grávida quando ela podia *licitamente* exercê-lo e só ela podia exercê-lo. E se o não pudesse, se não fosse seu o juízo do consentimento, o direito como acima se disse, *nasceria morto* porque é um direito que não pode esperar — tem uma condição e um tempo. E quem melhor que a mãe — que é seu o feto — pode exercer esse direito!

Ainda que a mãe conhecesse, pelo rigor dos exames efectuados e pelo cumprimento *pontual* da obrigação por parte do médico, a doença ou a malformação congénita do filho a nascer e o tivesse deixado nascer assim, nenhuma censura lhe poderia fazer o filho porque a mãe se limitara ainda a exercer o seu direito, o direito de suportar a falta de qualidade de vida do seu filho.

E, no reverso, é preciso dizer — se o filho nasce, e nasce com a *sem qualidade* que é preciso atenuar através da indemnização adequada — é inimaginável pensar que só quando atingir a maioridade possa exigir essa indemnização de quem, com culpa, lhe provocou o dano de nascer. Porque isso seria, num falso “respeito” pelo direito, manter uma situação de indignidade que precisamente o direito deve — e quer — combater. Seria persistir no dano ou mesmo, em nome do direito, arriscar no limite a violação do direito à vida por falta de recursos para defendê-la.

Chamar à colação o valor da dignidade humana para negar a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais consubstancia uma contradição em si mesmo: respeitar-se-á mais a dignidade humana recusando a indemnização ou, ao contrário, não será o respeito pela pessoa humana e pela sua dignidade a exigir que se lhe reconheça o direito à indemnização, a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade?

Não se consegue, por isso, divisar como é que a atribuição de uma indemnização também à própria criança atinge a sua dignidade.

Atribuir uma indemnização à própria criança — que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito — é, isso sim, justamente promover a dignidade humana dessa criança.

Como salientou o Hoge Raad Holandês (numa decisão judicial que ficou conhecida como *Baby Kelly*), ao atribuir-se uma indemnização à criança «antes se lhe possilita, tanto quanto um pagamento pecuniário o consegue, que leve uma existência, na medida do possível, de acordo com a dignidade humana. Kelly seria antes prejudicada se, por causa daquele ilícito, tivesse não só que viver uma vida com deficiência como, além disso, de ser privada de todo o tipo de compensação monetária com base no argumento que se baseia na situação — de não existência — que teria existido se à mãe tivesse sido tornado possível o exercício do seu direito à escolha, o que não aconteceu devido ao ilícito cometido».

Não é possível fechar os olhos a uma evidência:

ocorrendo o nascimento de uma criança deficiente, em consequência de erro médico, o primeiro e mais directo visado é a própria criança! É a criança, e não os pais, a principal lesada para toda a vida. Os pais poderão ser lesados enquanto existirem; a criança, que presumivelmente se tornará um adulto, será lesada durante toda a sua existência.

Admitir a reparação dos danos aos pais, mas rejeitar a reparação dos danos ao filho, quando um e outro resultam, afinal, do mesmo comportamento ilícito e culposo, provoca uma perplexidade teleológica que o direito não pode, e não deve, comportar.

E não pode também esquecer-se — como não está esquecido no voto de vencido que subscrevi no acórdão de 17 de Janeiro de 2013, como sobre-tudo na declaração de voto expressa no mesmo acórdão pela Ex.^{ma} Conselheira Maria dos Prazeres Beleza — a preocupação pela afectação da indemnização arbitrada aos pais (a título de danos patrimoniais resultante da necessidade de garantir, dentro do possível, a dignidade da vida do filho) a esse fim.

A *perplexidade* a que o direito conduz quando se não indemniza o primeiro e principal lesado — o filho — e se indemnizam os pais, afinal para acorrer às necessidades do filho, fica ainda mais *perplexa* quando não consegue assegurar-se, com absoluto rigor, e se receia que aquilo que os pais receberam possa ter outro destino que não o próprio filho.

A resposta só pode ser uma: indemnize-se primeiro o filho, a título próprio; e depois os pais, a título próprio também.

Partimos e estamos a chegar ao ponto de chegada — o que é preciso é que o direito seja capaz de descobrir dentro de si os mecanismos que permitam indemnizar quem nasce com uma doença incurável ou uma mal formação congénita que lhe permitiriam não ter nascido e lhe vão sobrecarregar toda a existência.

Esse era um direito seu, um direito que a lei lhe reconhece em tempos e circunstâncias específicas e apertadas, em que o universo jurídico-constitucional em que vivemos faz repousar nas mãos da mulher/mãe o *início da vida*.

Como também já hoje coloca nas mãos do Homem muito do *fim da vida* assegurando, na Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, o respeito pelas *directivas antecipadas de vontade*, inscritas no seu *testamento vital*.

O Homem não tem que suportar todos os cuidados de saúde que lhe queriam impor, em nome de um direito à vida que escape completamente das suas mãos.

Ele tem, dentro de certos limites — não ultrapassando patamares que atinjam a lei, a ordem pública, ou sejam uma actuação contrária às boas práticas ou possam conduzir deliberadamente a uma morte não natural e evitável (art. 5.º da Lei) — o direito de escolher *morrer em paz*, na paz que

Ihe for mais amorável, escolhendo os cuidados de saúde que deseja ou não deseja receber.

Ele é, nesses limites e no *fim da vida*, o dono da sua vida.

E pode nomear até (art. 11.º da Lei) o seu *procurador de cuidados de saúde*, com poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber ou não receber quando se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

É, no *fim da vida*, o curioso reverso do *início da vida* — no fim, como no princípio, o direito à vida a ser exercitado por alguém em representação de quem não tem capacidade para tal: a mãe/grávida, na qual repousa o consentimento para a interrupção voluntária da gravidez; o procurador de cuidados de saúde, destinatário da vontade conhecida de quem já não pode exprimir a sua vontade mas tem o direito a vê-la respeitada.

No *princípio* e no *fim da vida* há tempo(s) e circunstância(s) em que — no nosso universo jurídico-constitucional — a vida está nas mãos dos homens:

no *fim da vida* para que uma inaceitável ideia de viver não perturbe o direito de morrer em paz; no *início da vida* para que se tenha o *direito de não viver* uma vida sem qualidade!