

A DOCTRINA DO “*WRONGFUL LIFE*” E O RECONHECIMENTO DOS DANOS MORAIS DO FETO – UM ESTUDO DE BIOÉTICA

THE “*WRONGFUL LIFE*” DOCTRINE AND RECOGNITION OF THE MORAL DAMAGE OF THE FETUS - A STUDY OF BIOETHICS

Renato BERNARDI¹
Junio Barreto dos REIS²

Resumo: Por meio da doutrina do “wrongful life”, é reconhecida a possibilidade de responsabilização de profissionais da saúde pela não-notificação aos pais de problemas com o embrião já implantado ou em vias de o ser, ou mesmo de problemas que deveriam ter sido diagnosticados, mas não o foram; conhecendo-se o problema, poder-se-ia evitar o nascimento de pessoas com algum problema sério de saúde. Recentemente a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou recursos e manteve decisão que condenou operador de plano de saúde ao pagamento solidário de indenização a um casal e, discorreu sobre o direito à proteção jurídica de fetos, que possuem direitos da personalidade de forma reflexiva. O presente estudo propõe-se a traçar um paralelo entre a doutrina do nascimento indevido e o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Indenização ao feto; Nascimento indevido; “wrongful life”.

Abstract: Through the “wrongful life” doctrine, is recognized the possibility of responsibility of health professionals by not notifying the parents of problems with the embryo already implanted or in the process of being, or even problems that should have been diagnosed, but were not; knowing the problem, could prevent the birth of people with any serious health problem. Citing the right to legal protection of fetuses, who possess personality rights in a reflexive way, recently the 4th Panel of the Superior Court of Justice rejected resources and upheld the decision which condemned one health plan operator to the lonely payment of indemnification to a couple. This present study aims to draw a parallel between the doctrine of undue birth and the one decided by Superior Court.

Keywords: Indemnification to the fetus; Undue birth; “wrongful life”.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Professor efetivo do curso de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado - e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu - Especialização - do PROJURIS/FIO. Coordenador da Escola Superior da Advocacia da 58ª Subseção da OAB/SP, Ourinhos/SP.

² Mestrando do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-Graduado em Direito do Estado pelo PROJURIS/FIO. Bolsista da CAPES.

1 A DOCTRINA DO “*WRONGFUL LIFE*”

A figura assenta tipicamente no nascimento de uma criança portadora de graves malformações, passíveis de serem detectadas na fase pré-natal, de acordo com o estado da arte médica. Nesses casos, a pessoa com deficiência pretende agir judicialmente contra os médicos, outros profissionais ou instituições de saúde, acusando-os de, dolosa ou culposamente, não terem detectado tais anomalias no âmbito do diagnóstico pré-natal, ou não terem informado devidamente os pais, impedindo-os, assim, de interromper licitamente a gravidez. Essa ação, por vezes, também pode ser proposta pela criança contra os pais, alegando a tese de terem prosseguido a gestação mesmo sabedores da enfermidade ou deficiência existentes; em vez disso, deveriam, sim, realizar procedimentos que interrompessem o nascimento.

Para propor as ações com base na doutrina *wrongful life* – traduzida como vida injusta – têm-se de constatar os seguintes elementos, quais sejam: que a deficiência esteja presente na criança desde o seu nascimento; que a deficiência seja proveniente de fato natural; presunção de que, caso os pais tivessem conhecimento da situação deficiente da criança teriam, voluntariamente, interrompido a gravidez; prova de que o hospital, o médico ou o laboratório incorreram em erro, negligenciando de constatar ou comunicar os pais da deficiência encontrada no feto.

A ação com fundamento da vida injusta pode estar fundamentada em dois pedidos, danos materiais e morais. No primeiro, a criança pleiteia indenização referente à diferença econômico-patrimonial em comparação a criação de um filho com e sem deficiências e gastos com tratamentos e reabilitação. O pedido de danos morais está fundamentado na tese de que melhor seria não ter nascido, em vez de ter nascido com deficiência, ou seja, o direito de não nascer e ter que suportar a existência de vida indesejada. (SOUZA, 2010, p. 73)

Nas ações típicas de *wrongful life* não é encontrado na medicina opções de tratamento que possam trazer a cura ao nascituro para que este possa nascer saudável. Caso haja tratamento para a cura da deficiência diagnosticada e esta não tenha sido informada pelo médico, está-se diante de um fracasso profissional que impediu a criança de nascer saudável - assumindo a causalidade, direta ou indiretamente, do dano. (MORILLO, 2007, p. 20).

Alguns Tribunais estrangeiros já enfrentaram o assunto.

A primeira ação intentada com base na doutrina *wrongful life* foi no ano de 1963, pelo Tribunal de Illinois, nos Estados Unidos. A ação intentada ficou conhecida como o caso *Zepeda vs. Zepeda*, que o filho, apesar de não ter nascido com deficiência, pleiteou, em face

de seu genitor, indenização, sob o argumento de que havia sido concebido fora do matrimônio, o que impediu de ter uma vida constituída por uma família de pai e mãe. Apesar do tribunal norte-americano ter reconhecido que o pai agiu dolosamente contra a mãe e a criança, quando agiu com falsa promessa de casamento, julgou a demanda improcedente para evitar que outros filhos nascidos fora do casamento intentasse a ação com argumento de vida injusta.(RAPOSO, 2010, p. 67).

Em 1967, foi a vez de o Tribunal de New Jersey enfrentar uma ação com base na doutrina *wrongful life*, Caso *Gleitmom v. Cosgrove* . O autor intentou ação contra os médicos, representado pelos pais, pois, durante a gravidez, aqueles informaram, erroneamente, estes que a criança nasceria com uma vida saudável, apesar da mãe do autor ter sido acometida de rubéola durante a gravidez. Com essa omissão dos médicos, os pais do autor ficaram impedidos de exercer o direito de interromper a gravidez. O tribunal julgou improcedente a demanda, com os seguintes embasamentos: que o autor não sofreu nenhum dano reconhecido pela lei; não é cabível indenização, seja pela dificuldade em se medirem os danos, seja pela impossibilidade lógica de se comparar e valorar a vida e a existência; há princípios de ordem pública que militam a favor da vida, sendo, assim, incompatíveis com o pedido do filho. (PAIVA, 2011, p. 13)

Igualmente, nos casos *McKay v. Essex Area Healt Authority* (Tribunal Inglês) e, *Stewart v. Long Island College Hospital* (Supremo Tribunal De Nova York), os Tribunais decidiram que a vida, mesmo com alguma deficiência é mais apreciada que a não-vida. (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.102)

No ano de 1977, o tribunal norte-americano mudou o entendimento e julgou a primeira ação baseada na doutrina *wrongful life* como procedente. A ação foi proposta por *Park* contra *Chessin*. A criança intentou ação contra o médico em razão de ter deixado de informar os seus pais que nasceria com uma enfermidade policística no rim. O Tribunal considerou que o autor não reclamava pelos danos de haver nascido, mas sim pela dor sofrida depois de seu nascimento, por uma atuação dos médicos anterior à concepção. (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.104).

O Caso *Turpin v. Soritini*, também foi julgado procedente. A ação foi proposta em 1982, na Califórnia, com fundamento na má práxis médica. O médico foi condenado a indenizar a criança por todos os gastos extraordinários e despesas médicas durante toda a sua vida, tendo em vista que referidas despesas são suscetível de cálculo com razoável precisão. (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.104).

Na França, o Tribunal de Cassação, em 17 de novembro de 2000, analisou o Caso Perruche, que apesar de ser uma sentença sem precedentes, tornou-se jurisprudência na Europa. Nicolas Perruche nasceu em 1983, com malformações, sendo surdo e quase cego. Durante a gravidez, a mãe de Perruche contraiu rubéola e manifestou a vontade de interromper a gestação caso o feto apresentasse deficiência, proveniente da doença contraída. Após a realização de exames, os médicos diagnosticaram que a criança iria nascer sem sequelas. Mas quando do nascimento constatou-se que Nicolas Perruche era portador de sérias deficiências, momento que seus pais, em seu nome, propuseram ação de indenização contra o médico e laboratório para que fosse reconhecido o prejuízo sofrido. O Tribunal de Orleans ao analisar o caso, rejeitou o pedido de indenização, sob o argumento de que o ser humano não é titular do direito a nascer ou a não nascer. Chegando à Corte de Cassação francesa, o pleno decidiu favoravelmente à demanda, reconhecimento ao autor do seu “direito de não nascer”. (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.104).

Após a decisão da Corte de Cassação Francesa, várias famílias com filhos deficientes, propuseram ações processando o Estado Francês para que fosse reconhecido o direito a indenização com base no “direito a não nascer”. As associações de deficientes e médicos pressionaram o Parlamento Francês para que aprovassem uma lei para modificar a jurisprudência do caso Perruche. Efetivamente, através da lei nº 2002-303 de 04 de Março de 2002, o parlamento aprovou a lei “relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde”, cujo logo no artigo 1º estabeleceu que “ninguém pode reclamar judicialmente por haver sido prejudicado, simplesmente por haver nascido”. (MONTEIRO, 2001, p. 380) .

Em 19 de Junho de 2001 o Supremo Tribunal de Justiça português, analisou pedido realizado com base na doutrina *wrongful life*. André Filipe nasceu em 29 de Outubro de 1996, com graves deficiências nas duas pernas e na mão direita. Diante disso, representado pelos pais, propôs ação de indenização por danos patrimoniais e não-patrimoniais contra o médico e a clínica de radiologia, alegando que os réus não atuaram com diligência necessária, deixando de informar os pais do autor as malformações do feto, o que retirou deles a possibilidade de decidir sobre a interrupção da gravidez. (MONTEIRO, 2002, p. 372)

O Tribunal Português rejeitou o pedido, apesar de reconhecer que houve omissão do médico em informar os pais sobre a deficiência do nascituro; concluiu pela não-conformidade entre o pedido e a causa de pedir se do Autor, tendo em vista o pedido de indenização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros, pois foram eles que firmaram o contrato; concluiu, ainda, que o autor pleiteia o direito seu à não-existência, direito este que não é

contemplado no ordenamento jurídico português; por fim, afirmou que a ação baseada na doutrina “wrongful life” somente pode ser intentada pelo próprio autor quando completar a maioridade.

Recentemente, em 17 de Janeiro de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (STJ/PT), apreciou outro caso semelhante ao julgado em 2001. A mãe por si e representando seu filho menor, formaram polo ativo para propor ação de indenização por danos patrimoniais e não-patrimoniais, contra o médico e a clínica de radiologia. A criança nasceu em 26 de novembro de 2003, com sintoma polimalformativo, sem mãos e braços, deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, das mandíbulas e do céu da boca. Durante a gravidez a mãe, ora autora, realizou as ecografias obstétricas para constatar se a criança nasceria ou não com alguma deficiência. Os réus sempre afirmavam à autora que os exames elaborados davam conta que a criança nasceria em perfeitas condições. Somente quando do nascimento a autora constatou que a criança nascera com várias deficiências. (STJ/PT Acórdão n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora Ministra Ana Paula Boularot. Data do julgamento: 17/01/2013)

Ao apreciar o caso, a Corte Suprema, por maioria, rejeitou o pedido formulado pela criança, com base na doutrina *wrongful life*, por considerar inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido, pois violaria os princípios constitucionais insculpidos na Constituição Portuguesa, tais como, proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana. Por maioria, o Tribunal reconheceu o pedido formulado pela mãe da criança, com fundamento na doutrina *wrongful birth*, condenando os réus ao pagamento de uma indenização equivalente a 200 mil euros, por “erro médico”, tendo em vista que as ecografias não detectaram as deformações do feto, o que impossibilitou da autora em decidir sobre interrupção a gravidez, já que a lei portuguesa não pune tal ato, nessas situações. (STJ/PT Acórdão n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora Ministra Ana Paula Boularot. Data do julgamento: 17/01/2013)

O magistrado Pires da Rosa, foi voto vencido ao recurso interposto pelos autores, concedendo apenas a criança, representada pela mãe, a indenização por danos não-patrimoniais. Para o magistrado, desde que foi aprovada a lei de descriminalização da interrupção da gravidez, passou então, a ter a possibilidade do “direito à não-existência”, pois foi colocado a vida, nesses precisos casos, nas mãos dos homens, mais especificamente da mulher/mãe. (STJ/PT Acórdão n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora Ministra Ana Paula Boularot. Data do julgamento: 17/01/2013)

(...)

Afirmou que as ecografias foram efectuadas no âmbito de um contrato celebrado entre uma clínica radiográfica e uma mulher – não uma qualquer mulher, mas uma mulher *pejada*, grávida, que só porque está grávida se sujeita e contratualiza tais exames, o que é do conhecimento integral da clínica.

Então é essa a mulher que é protegida no contrato, uma mulher *pejada*, ela e o seu feto, que não tem personalidade jurídica enquanto não nascer com vida.

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

(...)

“Ou se coloca nas mãos da mãe o direito de o exercer em representação do seu filho que é ainda um feto, ou se subtrai por completo esse direito ao filho, em nome de cuja dignidade é exercido. Não é possível deixar para o tempo da capacidade do filho um direito que só existe enquanto o filho é ainda feto. Alguém tem que ter a capacidade do exercício do direito no tempo em que o direito pode ser vivido”.

(...)

(STJ/PT Acórdão n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora Ministra Ana Paula Boularot. Data do julgamento: 17/01/2013)

Segundo o Magistrado, não se admite a alegação do fato de “indenizar o filho, é atingir a dignidade da sua pessoa, diminuindo-o na sua condição humana. Indignidade será, a meu ver, não lhe possibilitar pela via indemnizatória uma quantia que lhe permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de uma forma mais digna”. (STJ/PT Acórdão n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora Ministra Ana Paula Boularot. Data do julgamento: 17/01/2013)

No caso analisado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, também foi proposta a ação com fundamento na doutrina *wrongful birth*, o que se passa a analisar. A doutrina *wrongful birth* - traduzida como nascimento indevido-, assemelha-se a do *wrongful life*: enquanto na última a ação é ajuizada pelo filho representado pelos pais, a outra é proposta pelos pais em nome próprio. Igualmente, a ação pode ser ajuizada contra o médico, hospital ou laboratório, com fundamento que estes incorreram em erro ao não detectarem deficiências no exame pré-natal ou omitiram informações quando detectadas, o que impediu a mãe de se beneficiar da interrupção voluntária da gravidez. Na doutrina *wrongful birth* é apresentada a teoria da perda de uma chance, fundamentada na hipótese de que os pais não tiveram oportunidade de decidir em realizar o aborto voluntário.

Pode-se dizer em suma que os argumentos para a reparação civil na justiça estrangeira sob a alegação de *wrongful birth* residem na conduta do médico que: se equivoca ao formular o diagnóstico, diante das provas realizadas, não descobrindo a doença ou anomalia no feto/embrião; não informa o resultado

das provas diagnósticas ao pacientes, seja sua valoração acerca delas correta ou não; não aconselha acerca de todos os exames possíveis de serem realizadas no diagnóstico pré-natal, privando os pacientes de possíveis provas genéticas, desde que seja a paciente alocada no grupo de risco; as doenças ou deficiências sejam passíveis de detecção dentro do prazo de vinte e duas semanas, ou seja, dentro do prazo para a realização do aborto legal. (SOUZA, 2010, p. 141)

Na ação indenizatória com base na doutrina *wrongful birth* também podem ser pleiteados pedidos de danos moral e material. O dano moral está fundamentado na dor, aflição e encargos que advêm da criação de um filho deficiente, além de ter perdido a oportunidade de interromper a gravidez. O dano material consiste nas despesas com tratamento e reabilitação da criança. (SOUZA, 2010, p. 70)

Para Morillo, nas situações em que a deficiência se realiza após o nascimento, a qual não fora possível ser diagnosticada antes da concepção ou do prazo legal para o exercício do aborto, não se pode culpar o profissional de saúde por não ter detectado em um diagnóstico pré-natal a doença futura, que embora errônea, teve um comportamento diligente, o que acaba por excluir sua responsabilidade. (2009, p. 10).

As ações com base nas doutrinas *wrongful birth e wrongful life*, podem ser intentadas conjuntamente. A primeira, os Tribunais têm julgado procedentes as demandas, já que são os pais da criança que pleiteiam dano sofrido; a segunda, os Tribunais têm rechaçado em reconhecer o pedido, sob argumento que não é reconhecido nos ordenamentos jurídicos o “direito de não nascer” ou o “direito de nascer com o corpo e mente sãos”.

A doutrina *wrongful life* torna-se emblemática na medida em que se começa a discutir a possibilidade de conceder à criança com malformação o direito de se manifestar sobre a sua escolha de nascer ou não nascer naquela situação. Considera-se que essa decisão pode ser relativa, pois depende da natureza da deficiência e da concepção de vida que a criança tem.

Todavia, há quem considere que nem todos os tipos e qualidades de vida podem ser preservados, já que, dependendo da deficiência encontrada no feto, este, ao nascer, poderá trazer prejuízos a seus pais, a si próprio e à sociedade. (PERRANÕ, 2008, p. 253)

Emaldi-Cirión considera que há três planos nos quais pode considerar prejuízo uma criança nascer com malformação:

1. O da criança afetada por uma deficiência física ou mental, fonte de sofrimentos para ela e para seus pais.

2. O do Estado, posto que a seguridade social se faz a cargo da saúde pública e deverá suportar os gastos, frequentemente muito onerosos, da assistência que necessitará a criança durante meses ou anos.
3. O da humanidade, se o portador de um defeito chega a procriar, havendo possibilidade de transmiti-lo e, portanto, de fazer aumentar o número de defeitos que comprometam o patrimônio genético da família e da humanidade. (2004, p. 98)

Considera-se que esse “direito de não nascer” não é reconhecido nos sistemas jurídicos, o que esbarraria na tese da impossibilidade jurídica do pedido, além de contrariar a teoria do universalismo ético que prega que existem alguns direitos humanos mínimos (dignidade da pessoa humana, direito à vida) que devem ser observados por todos os povos.

Todavia, em países em que é permitido o aborto voluntário, o pedido indenizatório derivaria do direito a ser abortado ou do direito de um embrião de não ser transferido para o útero quando constatada a deficiência. (RAPOSO, 2010, p. 74)

De outro norte, com o avanço da ciência médica, os pais têm à disposição tecnologias que proporcionarão constatar, antes da concepção do nascituro, possíveis deficiências que poderão afetar a criança. Constatada possível deficiência, advinda da genética dos pais, torna-se um ato irresponsável dos progenitores procriar a criança.

Todavia, a decisão de procriar cabe apenas aos pais.

...diante de um conflito de interesses entre o direito à reprodução do casal e o direito da descendência a nascer sã - na medida do possível - temos que nos posicionar pelo último, tendo em conta uma ponderação de interesses (custo econômico, atenção assistencial que requer a pessoa deficiente, sofrimento que gera tanto no filho como no casal, etc.) (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.100)

Diferentemente, quando constatada a anomalia durante a gravidez não se pode imputar aos genitores que agiram com irresponsabilidade ao procriar. Na verdade, a interrupção da gravidez é um direito que é concedido em certas circunstâncias, para a mulher, mas não uma obrigação que se impõe quando se sabe que a criança vai nascer previamente afetada por uma doença, por mais grave que seja. (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p. 101)

Da mesma forma, pleitear uma indenização com fundamento no direito de nascer saudável esbarraria na falta de legislação que garantisse tal direito.

2 O CASO CONCRETO JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 1170239

Em 26 de janeiro de 2005, os pais em nome próprio e a filha, representada pelos pais, ajuizaram ação de indenização com pedido de danos morais, contra que o Centro de Radiologia da Lagoa e Golden Cross – Plano de Saúde, em virtude de erro médico ao interpretar erroneamente uma ultrassonografia com translucência nugal.

Os autores aduziram que, no dia 13 de setembro de 2003, a mãe se dirigiu até ao Laboratório para realizar exame de ultrassonografia de translucência nugal, o qual era credenciado em seu plano de saúde, a fim de constatar se o feto poderia nascer com síndrome de Down ou outras deficiências. Os que apresentam uma espessura da translucência nugal de, no máximo, 2,5 mm, nascem em condições normais. Após a realização do exame, os autores foram surpreendidos com o seguinte resultado: TRANSLUCÊNCIA NUCAL DE 3 mm de ESPESSURA. Aduziram que a mãe, ao receber o resultado do exame, não foi orientada e informada pelos profissionais da saúde que trabalhavam para o laboratório para realizar novos exames para confirmar a deficiência constatada no feto. Desesperados, os pais procuraram a médica que havia solicitado o exame, e esta, ao analisá-lo, afirmou que a criança corria grave risco de nascer com Síndrome de Down, o que seguidamente recomendou outros exames que poderiam prejudicar sua gestação.

No dia seguinte ao resultado, a mãe apresentou alterações em seu quadro clínico, tais como vômito, falta de ar, cólicas e até desmaios, decorrentes do nervosismo de saber que poderia gerar um filho com sérias deficiências, estando inclusive em iminência de ter um aborto espontâneo.

A mãe procurou sua médica particular, que apesar de não ser especialista no assunto, solicitou novo exame complementar, descartando os exames que comprometeriam sua gravidez. Com o pedido do exame ultrassonografia de translucência nugal, foi até um especialista para realizá-lo. Após a realização do exame constatou-se que a criança iria nascer em perfeitas condições, já que, de acordo com o resultado do exame a translucência nugal estava medindo 1,4 mm de espessura, o que foi confirmado por exames posteriores.

Apesar dos autores afirmarem na inicial e os exames posteriores confirmarem que a criança iria nascer saudável, durante todo o período de gestação ficaram nervosos e abalados emocionalmente, com receio de que o bebê nascesse com graves deficiências.

Os réus apresentaram contestação afirmando que os autores não comprovaram a negligência, isto é, o erro médico e laboratorial.

Durante o andamento do processo em primeira instância, os autores e o Centro de Radiologia firmaram acordo para pôr fim à demanda. A ação prosseguiu em relação a operadora do plano de saúde.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. De plano, o MM. Juiz não reconheceu o pedido de danos morais realizado pela criança, embasando que, na época dos fatos, a criança, representada pelos pais, ainda era um feto e não possuía consciência do que estava sendo realizado. Segundo o magistrado, a lei garante os direitos do feto desde a sua concepção, porém no caso em tela, não restou provado o abalo psicológico. Apontou, ainda, que, pelas provas constantes nos autos, os réus não incorreram em erro.

Em relação aos danos sofridos pelos pais, o MM. Juiz considerou que, face ao acordo firmado com a clínica de radiologia, este já se aproveitava para a operadora do plano de saúde, pois respondem solidariamente.

Irresignados com a sentença, os autores recorreram ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O Tribunal proveu parcialmente o recurso reconhecendo que houve falha na prestação do serviço e, conseqüentemente condenou a operadora do plano de saúde a pagar R\$ 6.000,00, divididos em partes iguais entre eles.

Em desacordo com o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, autores e réus recorreram ao Superior Tribunal de Justiça. Os autores buscavam o reconhecimento de danos morais sofrido pelo feto, quando do acontecimento dos fatos, e a majoração da indenização. Já o plano de saúde, para reformar a decisão, ora proferida, alegou que “inexistindo cobrança de valor certo ou determinado, a título de indenização por danos morais, jamais se poderia afirmar que a transação celebrada entre os recorridos e a primeira ré compreenderia pagamento parcial da dívida”.

Em 21 de maio de 2013, ao apreciar os recursos interpostos a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negou provimento.

Ao analisar o pedido de dano moral da criança, o ministro Marco Buzzi frisou que no caso analisado não se admite tal indenização ao nascituro, já que no “dia seguinte ao recebimento do resultado do exame com a informação equivocada quanto à síndrome cromossômica, a mãe foi submetida a novo exame que descartou esse diagnóstico”, o que certamente não pôs em risco a vida do nascituro. Acrescentou ainda que a mãe não realizou os exames que poderiam comprometer a gestação. (SALA DE NOTÍCIAS DO STJ, 2013)

Todavia, pontuou que o feto pode vir a sofrer dano moral, já que é titular de direitos da personalidade (ao menos, reflexamente). “Assim, ele é merecedor de toda a proteção do

ordenamento jurídico, destinada a garantir o desenvolvimento digno e saudável no meio intrauterino e o conseqüente nascimento com vida.” (SALA DE NOTÍCIAS DO STJ, 2013)

O Ministro Relator considerou que, em tese, o nascituro pode sofrer danos morais, desde que haja violação da dignidade da pessoa humana que comprometa o seu desenvolvimento. (SALA DE NOTÍCIAS DO STJ, 2013)

3 PONTOS DE CONTATO ENTRE A DOCTRINA DO “*WRONGFUL LIFE*” E A DECISÃO PROFERIDA NO REsp 1170239

A partir da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade passaram a ser compreendidos como aqueles direitos atinentes à proteção do ser humano, tendo como fundamento a dignidade humana. Com esse pensamento, a autonomia da vontade sofreu limites e restrições na disponibilidade dos bens ligados à personalidade.

Contudo, com a evolução da bioética, que, por vezes, prega a autonomia do sujeito e com isso a relativização dos direitos da personalidade, o pensamento da indisponibilidade dos direitos embasados na dignidade da pessoa humana vem a cada dia perdendo sua força.

Para combater o nascimento de fetos com malformação, técnicas pré-natais foram criadas no intuito dos pais terem conhecimento se a criança a procriar poderá ter alguma deficiência. Tais avanços vêm gradativamente mudando os métodos adotados pela medicina, que anteriormente se chamava de terapêutica/curativa, para ser uma medicina prospectiva. Assim, pode-se afirmar que, com essas novas tecnologias, o objetivo é um aperfeiçoamento da espécie humana para que, quando do nascimento, as crianças possam ser saudáveis.

O embate surge no momento em que são intentadas ações baseadas na doutrina *wrongful life*, onde se pleiteiam indenizações por danos morais do período gestacional.

Frada esclarece que, nas ações baseadas na doutrina *wrongful life*, o autor, representado pelos pais, pleiteia genericamente a “responsabilidade por uma vida deficiente”, porém é necessário que se faça uma distinção entre duas situações danosas, para que não haja confusão entre os pedidos, quais sejam: “o dano da vida propriamente dita e o dano da deficiência que essa mesma vida comporta”. (2008, p. 07)

Primeiramente, nas situações do dano da deficiência, o autor, que na época dos fatos ainda era feto, é afetado por uma conduta de um terceiro que agiu de forma dolosa ou culposamente, pois caso tal conduta não tivesse ocorrido, a criança iria nascer em perfeitas condições. São condutas que ocorreram na fase intrauterina que se tornaram irreversíveis. Nessas situações, a criança pleiteia uma indenização pela deficiência causada por terceiros,

que o impediu de ter uma vida normal. É plenamente possível sustentar uma reparação, já que há nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado. (FRADA, 2008, p. 08)

No pedido de reparação com fundamento na vida própria como um dano, o autor alega que é preferível a não-vida, face à deficiência que o acompanha, haja vista que, se os médicos tivessem agido diligentemente, informando seus pais da malformação, estes teriam realizado a interrupção da gravidez.

No caso da vida própria como dano a situação é, como se disse, diversa. O sujeito não quer prevalecer-se de um padrão de vida sem a deficiência que o atinge. A situação hipotética com que confronta a sua situação actual é, radicalmente, a não-vida. O que ele põe em causa agora é a base do sentido de toda e qualquer pretensão jurídica: a vida. Ora, aquilo que supomos é que o sujeito não pode invocar ser preferível não viver do que viver, para obter a reparação do dano (supostamente) consistente em viver. (FRADA, 2008, p. 08)

Todavia, sustenta-se que a reparação com fundamento da “vida como dano” não é amparada pela ordem jurídica, pois o que se prega é a garantia do direito à vida - com ou sem deficiência-, o qual é irrenunciável. Outra situação que envolve essa reparação é a impossibilidade de quantificar o valor pecuniário do prejuízo de ter nascido. (SIMÕES, 2010, p. 195).

Tem-se que o conceito de personalidade é fundamental, pois é um atributo jurídico que revela a aptidão de todo ser humano em desempenhar papéis, ativos e passivos, no cenário jurídico.

O conceito de personalidade vem da origem grega de *persona*, cujo símbolo são as máscaras dos intérpretes do teatro grego. Exatamente por isso se tem que cada um desempenha papéis diferentes na vida e, por isso, ora tem o papel de feliz, ora de infeliz; ora de alegre, ora de triste...

Os denominados direitos da personalidade ganharam maior destaque após a Segunda Guerra Mundial (1938-1945), com o advento da nova Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tratando-se de uma construção recente, fruto da elaboração originária das doutrinas germânica e francesa da segunda metade do século XIX, os direitos da personalidade devem ser vistos como relacionados à tutela da pessoa humana, essencialmente quanto a sua integridade e a sua dignidade.

O respeito à dignidade humana passou a ser a tônica dos sistemas constitucionais, em anteposição ao estatismo prevalecente no período anterior. Vários Códigos passaram a dedicar capítulos aos denominados direitos da personalidade, os quais anteriormente não haviam tido

acolhida, em razão da posição de doutrinadores que não admitiam sua formulação positiva, com receio da exacerbação dos referidos direitos.

Dentre os Códigos que disciplinam positivamente os direitos da personalidade temos o suíço, o japonês, o grego, o egípcio, o italiano e o mais moderno e desenvolvido, o de Quebec. O direito italiano contribuiu muito para a introdução dos direitos da personalidade nos Códigos Civis, daí o nosso Código Civil, Lei n.º 10.406, de 11 de janeiro de 2002, cuidar da questão.

Os direitos da personalidade são considerados o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente. Entre as suas características, afirma-se que são absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários.

Absolutos porque são de tal ordem que devem ser observados e respeitados por todos. Extrapatrimoniais porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas. São ditos imprescritíveis no sentido de que o exercício desses direitos pode se dar a qualquer momento na preservação de sua esfera de integridade, física ou moral. Indisponíveis porque o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade ou inalienabilidade. Exatamente por isso jamais poderão ser objeto de expropriação.

Convém lembrar que houve sistemas no curso da história que admitiam a disposição, resultando daí a legalidade da escravatura. Importa salientar, quanto à intransmissibilidade, que, por ser inerente à pessoa, não se admite a transmissão nem *causa mortis*. Vitalícios porque integrados à vida do titular que, enquanto existir, preserva seus direitos, alguns dos quais podem inclusive produzir efeitos *post mortem*. Necessários porque não se admite a ausência de qualquer um deles para o desenvolvimento da própria vida, ou seja, são considerados imprescindíveis à própria vida.

O código civil dispõe, em seu artigo 2º, que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Esta ressalva dos direitos daquele que ainda não nasceu, no entanto, também se encontra envolta na concepção patrimonialista de nosso sistema normativo.

A engenharia genética e, as experiências com células tronco de fetos, bem como os danos físicos ocorridos a um feto por uso de medicamento prejudicial, são apenas algumas das complexas polêmicas que dizem respeito ao corpo daquele que foi concebido, mas que ainda não completou o processo natalista que nosso sistema exige para que ele adquira uma personalidade civil plena.

Se permeada de dúvidas é a tutela da propriedade física do nascituro, o que dizer, então, da sua personalidade subjetiva? A honra, imagem, moral de um feto, existe? Aqui, apelaremos para a casuística para demonstrar que o universo do direito da personalidade é um labirinto de extrema complexidade e trabalhosos percursos.

O abandono da teoria natalista que se encontra incrustada em nossas normas, em boa parte da doutrina, e que se reflete em parte da jurisprudência brasileira não é mera questão de abraçar esta ou aquela ideologia ou concepção teórica. Há, sim, uma necessidade de reconhecer a necessidade de uma proteção àquele que já pertence, sim, ao “nosso” mundo, pois sofre as consequências de atos de terceiros.

Reconhecer esses direitos é admitir também a responsabilidade daqueles que o violam das mais variadas formas, como a do marido que maltrata a mulher ainda grávida, a da própria mãe que é negligente em seu período de gravidez, ou a do Estado que um dia torturou e manteve presa, por questões políticas, uma gestante. Em todos os casos, o que temos em comum são atos que atingem um direito de personalidade de alguém que ainda está para exercer esta personalidade, que já a detém, e que apenas não pode externá-la, ainda. No entanto, os danos aos seus direitos de personalidade já podem ocorrer. Isso serve para qualquer que seja a natureza deste bem, seja física ou psíquica. (LOVATO, 2011).

Nesse sentido, apesar de a decisão proferida no REsp 1170239 não ter reconhecido danos morais ao feto no caso concreto, constou no Acórdão proferido que o entendimento do STJ é no sentido de que o nascituro também tem direito a indenização por danos morais³.

Exatamente nesse ponto reside a coincidência entre a doutrina *wrongful life* e o decidido no REsp 1170239: não obstante referida doutrina não seja recepcionada pelo Direito brasileiro, um de seus pressupostos é amplamente aceito em nosso País: a possibilidade de conferir tratamento jurídico decorrente da personalidade de alguém que ainda não está apto a exercer essa personalidade; alguém que já a detém, mas que apenas não pode externá-la. Ainda!

³ Ementa proferida: “...3.1 Em que pese entender o STJ “que o nascituro também tem direito a indenização por danos morais ” (Ag n. 1268980/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJ de 02/03/2010), não são todas as situações jurídicas a que submetidas o concebido que ensejarão o dever de reparação, senão aquelas das quais decorram consequências funestas à saúde do nascituro ou suprimam-no do convívio de seus pais ante a morte destes. Precedentes.”

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1170239.** Relator Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Data do julgamento: 21/05/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200902402627>. Acesso em: 22 de agosto de 2013.

EMALDI-CIRIÓN, Aitziber. A responsabilidade dos profissionais sanitários no marco do assessoramento genético. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.63-127.

FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano?/Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. **Revista da Ordem dos Advogados**, 68, Vol. I, Janeiro de 2008. Disponível em: www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382. Acesso em: 23 de agosto de 2013.

LOVATO, Marcos Luiz. **Os direitos de personalidade antes do “início” e após o “fim” do sujeito de direito.** Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-direitos-de-personalidade-antes-do-in%C3%ADcio-e-ap%C3%B3s-o-fim-do-sujeito-de-direito>. Acesso em: 01 de setembro de 2013.

MONTEIRO, António Pinto. Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 134, n. 3933, p. 371-384, Setembro 2001.

MORILLO, Andrea Macía: La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. **Revista de Derecho, Universidade del Norte**, n. 27, p. 3-37, 2007.

MORILLO, Andrea Macía. Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n.12, p.167-206, julio 2009. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000100005&script=sci_arttext. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de Wrongful Life: Uma Alternativa aos Quadros Tradicionais da Responsabilidade Civil?**. 88 f. Dissertação (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito – Escola de Lisboa, 2011.

PARRENÕ. María José Alonso. **Los derechos del niño con discapacidad en España.** Madrid: Ediciones Cinca. 2008.

PORTUGUAL. **Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n. 9434/06.6TBMTS.P1.S1.** Relatora Ministra Ana Paula Boularot. Data do julgamento: 17/01/2013a. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument>. Acesso em: 21 de agosto de 2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, n. 21, 2010.

SALA DE NOTÍCIAS DO STJ. **Mantida decisão que condenou Golden Cross ao pagamento solidário de indenização por erro médico**. Publicada em 01/07/2013. Resp. 1170239. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110239&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=transluc%EAnCIA. Acesso em: 18 de agosto de 2013.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? Como Acções POR injusta vida e a Dignidade da Vida Humana. **Revista de Estudos Politécnicos**. Vol. VIII, n. ° 13, julho de 2010, pp 187-203. Disponível em: http://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_accoes_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

SOUZA, Iara Antunes de. **Responsabilidade civil decorrente do aconselhamento genético: concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth), vida indevida (wrongful life) – possibilidades e perspectivas**. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010.