

# **A TEORIA “WRONGFUL LIFE” E A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Nayara Cadamuro Weber<sup>1</sup>**

**Orientadora: Máisa Kelly Nodari<sup>2</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

Como problema de pesquisa, pondera-se a seguinte questão: existe a possibilidade de aplicabilidade da Teoria “Wrongful Life”<sup>3</sup> no ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese é que sim, no que tange a possibilidade perdida da cirurgia fetal para tratar ou curar o nascituro ainda no útero da mãe, pelo fato do médico não diagnosticar ou diagnosticar e não informar os pais sobre a doença e a possibilidade da cirurgia.

Os estudos acerca da Teoria Wrongful Life apontam para sua aplicabilidade apenas em países em que o aborto é legalizado e em casos em que não há cura para a deficiência/doença do feto, no sentido de que a mãe, assim, poderia ter abortado e a “vida injusta” não existiria. Porém, parte-se do pressuposto de que, como o nascituro (feto) detém direitos de personalidade, essa teoria precisa ser ampliada em países em que o aborto não é legalizado (como no Brasil) e para casos que ultrapassem a questão de não haver cura para a deficiência/doença.

Inclusive, neste aspecto, importante ponderar que já existem pesquisas que apontam para a possibilidade de aplicabilidade dessa teoria no Brasil, quando a mãe não cumpre com seu “dever de cuidado” e acaba ingerindo produtos que façam mal para o feto, tendo este, após o nascimento, a possibilidade de intentar a “Ação Wrongful Life” em face da mãe.

A pesquisa se justifica, justamente, nessa tentativa de analisar hipóteses que vão além do que está sendo discutido pela doutrina e julgado nos tribunais do exterior, como uma forma de buscar analisar a possibilidade de ampliar o leque de aplicabilidade e, principalmente, de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

## **OBJETIVOS**

Como objetivo geral teve-se a intenção de avaliar a possibilidade de aplicabilidade da Teoria Wrongful Life no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto aos objetivos específicos:

---

<sup>1</sup> Graduada em História pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

<sup>2</sup> Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

<sup>3</sup> Na tradução literal significa “vida injusta”.

descrever as principais características da Teoria Wrongful Life e sua aplicabilidade em países do exterior; ponderar sobre a Teoria da Personalidade Jurídica brasileira e os direitos do nascituro no ordenamento jurídico; analisar os principais aspectos da Responsabilidade Civil e o dever de indenizar, em especial, acerca da atividade médica; averiguar a hipótese de aplicabilidade da Teoria Wrongful Life no Brasil, por meio da não realização da cirurgia fetal pelo médico ou pela falta de informação aos pais quanto à possibilidade/necessidade da cirurgia.

## **METODOLOGIA**

A pesquisa foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica, ou seja, foram utilizadas uma ampla doutrina jurídica, legislação e decisões jurisprudenciais, com o objetivo de analisar a aplicabilidade da Teoria Wrongful Life fora do Brasil e se a hipótese levantada para ser aplicada aqui no Brasil é possível ou não. Trata-se, também, de uma pesquisa exploratória, porque se partiu de uma hipótese de aplicabilidade da Teoria no Brasil, tendo uma maior aproximação com a temática, afim de investigar a possibilidade ou não.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A teoria “Wrongful Life” surgiu no início da década de 1960, nos Estados Unidos da América (RAPOSO, 2010, p. 67). De lá para cá, muitos países vêm adotando-a e já existem posicionamentos majoritários de sua aplicabilidade.

Trata-se de uma teoria que diz respeito ao nascimento de uma criança deficiente, a qual ocupará o polo ativo da ação de indenização, devidamente representada, se menor de idade e as possibilidades de sua aplicabilidade e os motivos para tal elencados atualmente são os seguintes: a presença de uma deficiência que esteja na criança desde o seu nascimento, que a deficiência seja de ordem natural, a presunção de que se os pais soubessem da deficiência teriam interrompido a gravidez, bem como a prova de que o médico, o hospital ou o laboratório erraram, de forma a não constatar ou não comunicar os pais sobre a deficiência (BERNARDI; REIS, 2013, p. 162).

Imputa-se ao médico, hospital ou laboratório a responsabilidade civil pelo dano causado, qual seja: a não informação da deficiência da criança, para que os pais pudessem interromper a gravidez. A responsabilidade civil visa imputar a determinada pessoa, seja ela natural ou jurídica, a necessidade de reparar o dano causado a outrem. Para Cavalieri Filho (2012, p. 39), a principal função da responsabilidade civil é a de reparar um dano causado a outrem, haja vista que o “dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente

existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante (...).”

Para discutir sobre as possibilidades de ações baseadas na teoria Wrongful Life no Brasil, é preciso enfrentar o conflito existente no ordenamento jurídico acerca do início da personalidade jurídica: adota-se a teoria Natalista ou a teoria Concepcionista? Diz-se isto, uma vez que enfrentá-lo é parte essencial na defesa, ou não, da possibilidade de aplicação da “Wrongful Life” no Brasil. Veja-se o porquê.

O conceito de Personalidade Jurídica, para a Teoria Geral do Direito Civil brasileiro, não é divergente, isto é, há consenso ao que se refere. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 128): “é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, o atributo necessário para ser sujeito de direito”. O que há divergência, entretanto, é o momento da aquisição da personalidade jurídica.

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 129), destacam que, apesar da doutrina tradicional brasileira seguir a teoria natalista, a jurisprudência, gradativamente, tem adotado a Concepcionista ou considera que, ao menos, é necessário reconhecer os direitos de personalidade ao nascituro<sup>4</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio estão os julgados dos tribunais de justiça, que estão entendendo que o nascituro é provido de personalidade jurídica desde o momento de sua concepção<sup>5</sup>.

Ademais, destaca-se que a doutrina e a jurisprudência não discutem acerca da existência do direito à vida e não mera expectativa ao nascituro, independentemente se é considerado uma pessoa ou não, isto é, se a teoria natalista ou a concepcionista é a correta a se adotar, isso pode ser comprovado pelo simples fato de existir direitos já assegurados, como: pode ser beneficiado por herança; pode receber doação; o aborto é tipificado como crime; curador pode ser nomeado para assegurar seus interesses e assim por diante (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 131), o que é extremamente importante considerar para a possibilidade da aplicação da teoria no Brasil.

Neste ínterim, há que se destacar a questão da proibição do aborto, a qual também deve ser levada em consideração, visto que a ação acerca da teoria do nascimento indevido baseia-se, na perda da oportunidade de um aborto, na “perda de uma chance”. Para que isto ocorra no que tange a responsabilidade civil médica, é necessário analisar se o resultado favorável seria

---

<sup>4</sup> Vide STJ - REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.

<sup>5</sup> Vide TJPR - Primeira Turma Recursal, Recurso Cível 0028621-35.2014.8.16.0021/0, Relator: Aldemar Sternadt, Data de julgamento: 02/02/2016.

razoável, isto é, se houve, de fato, a perda de uma chance de um resultado ou tratamento favorável (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 394-395).

No caso da Teoria “Wrongful Life”, os danos decorrentes do nascimento indevido de um filho com algum tipo de deficiência, porque a genitora deu à luz, sem que ela soubesse dessa deficiência e, portanto, o direito de “não nascer”, ou melhor, do aborto, fora-lhe retirado.

Sabe-se que o aborto no Brasil é crime “art. 124 - provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: pena - detenção, de um a três anos” (BRASIL, 1940), o qual é permitido em casos específicos e isolados, o que denota na impossibilidade de um possível aborto legalizado, como nos casos de outros países acima relatados.

Porém, existe a hipótese de se analisar outras possibilidades de aplicabilidade, que não são, necessariamente, relacionadas ao fato de não haver possibilidade de aborto, mas sim, de danos causados por terceiros, que poderiam ser evitados, conforme estudos que já vêm relacionando as ações com base na teoria Wrongful Life, em casos de danos ao feto causados pela própria mãe (DELGADO, 2014), apesar de ainda não haver nenhum julgamento nesse sentido, e portanto, nenhuma posição jurisprudencial.

Além desses casos, que já estão sendo debatidos academicamente e doutrinariamente, parte-se da possibilidade de aplicação desta teoria em relação aos responsáveis em não diagnosticar uma doença que seja possível tratamento e/ou cura ainda no útero da mãe. Para melhor entendimento, recorre-se a literatura médica, que estuda sobre a cirurgia fetal.

Sbragia (2009), destaca que muitas malformações podem ser tratadas por meio da cirurgia fetal, o que submete a indagação: existe responsabilidade civil do médico que não diagnosticou e, por conseguinte, não realizou a cirurgia fetal, resultando no dano de nascer com alguma malformação? Essa ação pode ser proposta pela Teoria Wrongful Life?

É preciso ponderar que não se trata de malformação causada pelo erro médico, ou seja, não é a malformação o dano que se pretende indenizar, mas sim, a ausência de seu diagnóstico e da consequente cirurgia fetal que poderia ter sido realizada. Isto é, trata-se de malformações já existentes de forma natural e que não foram tratadas ou curadas por falta de informação que o médico deve prestar.

Deve prestar pelo simples fato de que há uma relação contratual, nesse caso não necessariamente com o feto, mas entre o médico e a mãe/pai do feto, a partir do momento em que assume a responsabilidade acerca da gestação. Gonçalves (2009, p. 27), aduz que na responsabilidade civil contratual a pessoa que deve indenizar assume uma obrigação anteriormente ao dano, descumprindo o que fora acordado e avençado entre as partes, que neste caso, trata-se do dever de tratamento durante a gravidez.

Quando ocorre erro médico que resulta no dano, isto é, quando a malformação/deficiência/doença é o dano em si, causado por erro, o entendimento jurisprudencial de que se deve responsabilizá-lo civilmente já é consolidado no Brasil<sup>6</sup>. Percebe-se, nesse sentido, que o erro, para ensejar em ações de Wrongful Life, é outro, além do polo ativo, já mencionado em momento oportuno (SIMÕES, 2010, p. 189).

Há quem defenda, ao mesmo tempo, que as ações de Wrongful Life são movidas em casos que não tem opções de cura e/ou tratamento na medicina, para que o nascituro venha a nascer saudável e que, caso haja a tratamento ou cura para a doença diagnosticada não sendo informada pelo médico, se está diante de um erro ou fracasso profissional, sendo responsável pelo dano, porém não por meio da ação de Wrongful Life (MORILLO, 2007, p. 20).

Entretanto, parte-se de uma perspectiva diferente das já convencionadas ou das já estudadas por pesquisadores, isto é, na possibilidade de proposição da ação “Wrongful Life” em casos que era possível um tratamento ou a cura da enfermidade ainda no útero da mãe, assim como já exista pesquisas que enfatizam a possibilidade dessas ações em casos de consumo de drogas pela mãe.

## **CONCLUSÕES**

A hipótese de aplicabilidade das ações “Wrongful Life” no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao não diagnóstico ou ao não aviso de que o feto necessitava de uma cirurgia fetal, que levou ao seu nascimento com alguma doença, deficiência ou limitação, se confirmou neste momento. Diz-se neste momento, porque a pesquisa pode evoluir em diversos aspectos, no sentido de aprofundar a temática, inclusive na discussão mais aprofundada do Direito Civil e as teorias de responsabilidade civil e de personalidade jurídica e até mesmo nas teorias constitucionais dos direitos fundamentais, que ainda não foi contemplada.

Há quem possa questionar no sentido de que basta a própria genitora ou genitor propor uma ação nesses casos, entretanto, a perspectiva é de que o próprio feto, quando nascido, tem o direito de propor e, como não há tarifação de danos morais no Brasil, que o quantum indenizatório seja sopesado com o “peso” das ações “Wrongful Life”, além de que é a vida dessa criança que está “limitada”, é a sua vida que é “injusta”, portanto, é seu direito ser polo ativo na demanda. Nesses casos, a criança tem uma “vida injusta” justamente porque nasceu com uma doença/limitação/deficiência, que se diagnosticada a tempo, poderia ser curada no próprio útero da mãe. A vida injusta, neste caso, não é pela possibilidade de a mãe ter tido para

---

<sup>6</sup> Exemplo: TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1293814-8 - Curitiba - Rel.: Humberto Gonçalves Brito - Unânime - - J. 09.06.2016.

abortar e não ter sido avisada disto, mas sim por conta da oportunidade que o médico tinha em resolver o que é limita a criança, ainda quando essa era um nascituro.

## REFERÊNCIAS

BERNARDI, Renato; REIS, Junio Barreto dos. A Doutrina do Wrongful Life e o reconhecimento dos danos morais do feto - um estudo de bioética. In: Ricardo Pinha Alonso; Luiz Fernando Kazmierczack. (Org.). **Estudos Contemporâneos de Bioética e Biodireito**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 161-176. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f59bced6cb38237>> Acesso em 21 jul 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em 10 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível 1293814-8**, 10ª Câmara Cível, Curitiba, PR, 09 jun. de 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/360710042/apelacao-apl-12938148-pr-1293814-8-acordao>> Acesso em 12 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso Inominado 0028621-35.2014.8.16.0021/0**, Primeira Turma Recursal, Curitiba, PR, 02 fev. 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305580908/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-2862135201481600210-pr-0028621-3520148160021-0-acordao>> Acesso em 04 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.415.727, SC, 04 set. 2014**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153374324/acordo-no-recurso-especial-acordo-no-resp-1415727-sc-2013-0360491-3>> Acesso em 15 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mário Luiz. **A responsabilidade civil da gestante por danos causados ao feto**. 2014. Disponível em: <<https://marioluizdelgado.com/2014/04/30/responsabilidade-civil-da-gestante-por-danos-causados-ao-feto/>> Acesso em 20 out. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: parte geral I**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000100005&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000100005&script=sci_arttext)> Acesso em 20 jul. 2019.

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. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/4210/6/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20%28wrongful%20conception%2c%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life%29%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.preview.pdf>> Acesso em 20 jul. 2019.

SBRAGIA, Lourenço Neto. Tratamento das malformações fetais intraútero. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 32, p. 47-54, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v32n1/v32n1a08.pdf>> Acesso em 15 out. 2018.

SIMÕES, Fernando Dias. **Vida indevida?** As Acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. *Revista de Estudos Politécnicos*, 2010, v. VIII, n. 13, p. 187-203. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a10.pdf>> Acesso em 20 jul. 2019.