

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS CASOS DE WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE

Cristiane Schmitz Rambo<sup>1</sup>

Edmundo Felipe Dill<sup>2</sup>

**Sumário:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA E INTERVENÇÕES MÉDICAS NO PRÉ-NATAL. 2.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR. 2.2 ACOMPANHAMENTO MÉDICO NO PRÉ-NATAL. 2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. 3 AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DA MEDICINA REPRODUTIVA. 3.1 WRONGFUL CONCEPTION. 3.2 WRONGFUL BIRTH. 3.3 WRONGFUL LIFE 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**Resumo:** O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a possibilidade da responsabilização médica nos casos de Wrongful Life e Wrongful Birth. As mencionadas teorias tratam do reconhecimento da responsabilização do médico pela ausência de comunicação de problemas do embrião ou feto, que deveriam ter sido diagnosticados nos exames de pré-natal, mas não foram sendo que tal poderia evitar o nascimento de pessoa com grave problema de saúde. Neste sentido, o objetivo central desta pesquisa é compreender o que são as teorias Wrongful Life e Wrongful Birth, e se as mesmas podem ser relacionadas à responsabilização médica. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, com consultas em doutrinas nacionais e internacionais, em especial, a legislação Civil Brasileira.

**Palavras-chave:** Wrongful Life. Wrongful Birth. Responsabilidade Civil Médica. Perda de Uma Chance.

**Abstract:** This monographic work aims to analyze the possibility of medical accountability in cases of Wrongful Life and Wrongful Birth. The mentioned theories deal with the acknowledgment of the doctor's responsibility for the lack of communication of problems with the embryo or fetus, which should have been diagnosed in prenatal exams, but were not, since this could prevent the birth of a person with a serious health problem. In this sense, the main objective of this research is to understand what the Wrongful Life and Wrongful Birth theories are, and if they can be related to medical accountability. For that, the deductive research method is used, with consultations in national and international doctrines, in particular, the Brazilian Civil Law.

**Keywords:** Wrongful Life. Wrongful Birth. Medical Liability. Loss of a Chance.

### 1 INTRODUÇÃO

O progresso científico e tecnológico mudou de forma radical o mundo e a sociedade. Neste sentido, o aumento da complexidade traz ao indivíduo novos desafios e obriga o direito a expandir de acordo com os desenvolvimentos científicos e mudanças nos usos e costumes. Com a evolução das técnicas médicas,

---

<sup>1</sup> Professora Especialista em Direito Civil e Processo Civil do Curso de Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: cristianerambo@uceff.edu.br

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: edmundodill@gmail.com

especialmente as técnicas de diagnóstico do pré-natal, é possível diagnosticar doenças antes do nascimento de uma criança.

Logo, se consegue tratar problemas e más-formações das quais o feto sofre. Quando o processo de diagnóstico é efetuado de forma defeituosa o instituto da responsabilidade civil é chamado para responsabilizar o médico perante os pais e, até mesmo, perante a própria criança. Tal pretensão de responsabilização inicia uma ação de Wrongful Life ou Wrongful Birth, e tem por objetivo responsabilizar o médico que não informou os pais sobre o diagnóstico, ou que o tenha feito de forma errônea.

Ainda, com o passar dos anos, alterou-se basilarmente a relação médico-paciente: na qual o médico decidia de forma unilateral o destino do paciente, pois possuía os conhecimentos para alcançar a cura, sendo alterado para um modelo mais equânime, com poder de informação e decisão repartido entre o médico e o paciente; contribuindo - desta forma - para a maior intolerância a erros e falhas médicas.

Este trabalho consiste em uma reflexão relacionada à responsabilidade civil e à possibilidade de aplicação do direito de “nascer saudável” no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, as teorias Wrongful life e Wrongful Birth, trazem a discussão da possibilidade das vítimas - no caso a mãe e a criança que foi concebida com danos - a processar o médico responsável pelo pré-natal, relevando desta maneira a discussão para saber se ambos têm direitos neste tipo de ação.

## **2 DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA E INTERVENÇÕES MÉDICAS NO PRÉ-NATAL**

Inicialmente é necessário compreender os direitos constitucionais que fundamentam essa responsabilização e como ocorre o pré-natal e sua implicação no direito. Nesta mesma seara, ainda é fundamental debater o funcionamento dos direitos dos envolvidos na ação para, desta forma, construir o entendimento da responsabilização civil deste tema.

### **2.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Desde os primórdios da humanidade os jogos fazem um importante papel na

evolução humana, sendo muito importantes para o desenvolvimento córtex pré-frontal, que é essencial para conseguir desenvolver a estratégia e cognição do homem, pois os jogos colocavam as pessoas em situações adversas nas quais vencer ou perder estava diretamente ligada a estratégia utilizada no início da partida.<sup>3</sup>

A utilização do jogo como objeto de estudo teve origem primeiramente a partir do surgimento da teoria da probabilidade.

Os estudos sobre a teoria da probabilidade tiveram início com o filósofo, matemático e físico francês Blaise Pascal, juntamente com o matemático francês Fermat, através desses estudos desenvolveram a teoria da probabilidade em jogos de azar utilizando regras matemáticas.<sup>4</sup>

Apesar de existirem diversos registros desde o século XVIII sobre a teoria dos jogos, a sua evolução como teoria se deu a partir de 1944 quando John Von Neumann publicou o livro “Theory of Games and Economic Behavior”(Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico) que escreveu em conjunto com o economista Oskar Morgenstein. Estes buscavam desenvolver uma teoria dos jogos para mais participantes. Além disso demonstraram que os problemas típicos do comportamento econômico podem ser analisados como jogos de estratégia, bem como estabeleceram conceitos básicos da teoria dos jogos para a economia, como a noção de utilidade, de jogos de soma zero e de soma não-zero e jogos de duas ou mais pessoas, e ainda o conceito de minimax.<sup>5</sup>

## 2.2 ACOMPANHAMENTO MÉDICO NO PRÉ-NATAL

O planejamento familiar por definição é o princípio que possibilita as aspirações familiares, especialmente relacionadas às necessidades de bem-estar físico e

---

<sup>3</sup> CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à Teoria dos Jogos no Direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Abr-Jun/2007. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 2007. vol. 59. p. 215 – 216.

<sup>4</sup> ALMEIDA, Alecssandra Neri de. **Teoria dos Jogos: As origens e os fundamentos da Teoria dos Jogos**. UNIMESP - Centro Universitário Metropolitano de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 1-4. Disponível em: <[http://www.slinestorsantos.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/11/2590/17/arquivos/File/as\\_origens\\_e\\_os\\_fundamentos\\_da\\_teorias\\_dos\\_jogos.pdf](http://www.slinestorsantos.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/11/2590/17/arquivos/File/as_origens_e_os_fundamentos_da_teorias_dos_jogos.pdf)>. Acesso em: 20 de set. 2020.

<sup>5</sup> CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à Teoria dos Jogos no Direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Abr-Jun/2007. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 2007. vol. 59. p. 215 – 216.

psicossocial de uma família. Desta maneira, o planejamento familiar é por definição, segundo Guilherme da Gama:

O desejo de procriar, insito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios e vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho.<sup>6</sup>

Neste entendimento, o planejamento familiar é o exercício da liberdade das pessoas de escolherem a forma como desejam constituir família, e ainda a vontade das partes em decidir em ter ou não filhos e também a quantidade que desejarem. Conforme Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.<sup>7</sup>

Atualmente, este princípio está muito relacionado ao controle reprodutivo por meio do uso de contraceptivos sendo amplamente divulgado e estudado, todavia as suas raízes históricas no controle populacional foram inicialmente diferentes da sua proposta atual, pois eram utilizadas como política pública para o incentivo ao natalismo. Esta política brasileira durou do período colonial até a república como um incentivo à população para gerar mais filhos.<sup>8</sup>

### 2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é conhecida por representar a ideia de reparação de danos sofridos, tendo como motivo fim a reparação do erro e caso não houver esta

<sup>6</sup> QUEIROZ, Nathália Maria Morais de. **A Responsabilidade Civil Da Genitora Pela Ocultação Da Paternidade**. Centro Universitário Maurício de Nassau, Aracaju, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4238fc46fe869de6>>. Acesso em: 01 dez. 2021.p. 26.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo da. **Direito Civil**: Volume 5: Famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 69.

<sup>8</sup> ALVES, José Eustáquio Diniz. **As políticas populacionais e os direitos reprodutivos**: "o choque de civilização versus progresso civilizatório". Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/livros/article/view/121/119>. Acesso em: 01 dez. 2021. p. 22.

possibilidade é realizado um juízo de valor, ou seja, é requerida uma forma de reparação proporcional ao dano sofrido.<sup>9</sup>

Para Pablo Stolze Gagliano:

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.<sup>10</sup>

Sob este viés, é fundamental compreender que o conceito de dano se estende além do corpo material para o moral, sendo ainda necessário compreender que efeitos estendidos podem alcançar até oportunidades perdidas e, neste sentido, punir aqueles que a desperdiçaram.<sup>11</sup>

Para se caracterizar a responsabilidade civil o fato gerador precisa apresentar três requisitos essenciais: a conduta humana, nexos de causalidade e dano/prejuízo.

A conduta humana se classifica como todo comportamento realizado por pessoa humana, podendo ser positivo ou negativo, consciente ou voluntário e deu origem ao dano.<sup>12</sup>

Neste aspecto é essencial para a configuração da responsabilidade civil o nexo de causalidade e, conforme Gonçalves se apresenta como:

É o nexo causal ou etiológico entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, empregado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, também, a obrigação de indenizar.

As excludentes da responsabilidade civil, como a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior (CC, art. 393), rompem o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente. Assim, por exemplo, se a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter o motorista “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, está sim responsável exclusiva pelo evento.<sup>13</sup>

No nexo de causalidade ainda podem ser encontradas três teorias que a explicam. A Teoria da Equivalência das Condições (Conditio Sine Qua Non), Teoria

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 23.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. P. 50.

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 733.

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 94.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 1054.

da Causalidade Adequada e a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata. A Teoria da Equivalência das Condições em um fato abrange todas as condições que levaram ao resultado danoso, neste sentido na “equivalência de condições” todos os fatores causais têm o mesmo peso. Sendo este fato a grande crítica a teoria que preconiza uma investigação sobre todos os fatos que levaram ao desfecho danoso ensejando a uma possível investigação infinita.<sup>14</sup>

Desta maneira, fica evidente que não serão todos os fatores influentes a ponto de gerar o resultado e poderem ser responsabilizados. Por fim, a teoria mais aceita e presente no ordenamento jurídico é a Teoria da Equivalência das Condições que surge como meio de somente assimilar as causas como um vínculo necessário ao dano onde, especificamente por meio delas, ocorreu o dano direto e imediato.<sup>15</sup>

Nesse sentido, o clássico exemplo doutrinário:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal. Note-se, portanto, que a interrupção do nexos causal por uma causa superveniente, ainda que relativamente independente da cadeia dos acontecimentos (capotagem do veículo) impede que se estabeleça o elo entre o resultado morte e o primeiro agente, Tício, que não poderá ser responsabilizado.<sup>16</sup>

Esta teoria abrange também o evento do dano reflexo ou indireto, que poderá ser ingressado no direito civil contra tal fato, e para esta teoria fica claro que este efeito é direto e imediato do ato ilícito.

Por último, o fato deve conter um dano ou prejuízo que - neste sentido, pode ser englobado dano material, dano moral e dano estético, tendo o Código Civil o título “Da indenização” que se estende do Art. 944 a 954. Estes apresentam fatores da indenização civil. Ainda é necessário elencar o dano ricochete que atinge uma pessoa

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 216.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 786.

<sup>16</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona, FILHO. **Novo curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 220.

de forma indireta ligada a uma vítima direta que sofreu o ato ilícito, utilizada pelos tribunais superiores em casos de indenização familiar.<sup>17</sup>

Nesta seara, a responsabilização civil abarca também a teoria da perda de uma chance, conforme caracteriza Paulo lobo:

Entende-se como perda de chance a situação de grande probabilidade de realização favorável se o dano não tivesse obstado a vítima de tomar as iniciativas de consumir o que pretendia. Assim, a hospitalização em decorrência de acidente impediu a vítima de fechar negócio que lhe seria favorável. Não há necessidade de certeza, bastando demonstrar a probabilidade do evento.

Não é qualquer chance perdida que pode fundamentar a aplicação da teoria e o dever de reparar. Perdas de chances fazem parte do mundo da vida das pessoas, em suas relações com as outras. A perda de chance reparável é a que radica no núcleo do evento, sem o qual não teria havido o dano.<sup>18</sup>

Quando adaptada esta análise para o direito de nascer saudável percebe-se que há uma oportunidade perdida no momento do pré-natal, devido ao fato de a criança poder ter nascido de forma saudável.<sup>19</sup>

#### 2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Analisando a responsabilidade civil e a sua vinculação com a medicina, é possível presumir que a responsabilidade médica possa conjeturar culpa na não obtenção de resultado. Desta forma, a responsabilidade médica não se compromete em curar o paciente, mas sim executar tudo aquilo que estiver em seu alcance de acordo com as regras e métodos disponíveis.<sup>20</sup>

Todavia, ao requerer a responsabilização médica é necessário que fatores pontuais sejam observados, dentre eles nexos causal, culpa ou dolo. O nexo causal neste contexto fica evidente pois é necessário compreender se o fato dano era ou não adequado à produção de resultado diferente, sendo necessário ainda verificar se houveram circunstâncias externas que auxiliaram a produção de resultado adverso da cura. Para haver culpa do profissional da medicina é imprescindível haver um fato

<sup>17</sup>BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>18</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 856

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 584.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 593.

ilícito que tenha sido praticado com dolo ou culpa que pode ser compreendida ainda como negligência.<sup>21</sup>

A responsabilização do profissional por um erro ainda é objeto de controvérsia científica, devido ao fato de a ciência médica ainda ser imperfeita, e devido a isso o julgador não pode afirmar culpabilidade em métodos científicos que sejam passíveis de dúvidas e questionamentos.<sup>22</sup> Se habilitam a esta impossibilidade de responsabilidade civil os casos de iatrogenia, expressão que caracteriza dano causado por médico em pacientes saudáveis ou enfermos que sofreram complicações adversas, por efeitos ainda desconhecidos, sendo aplicável a falibilidade médica.<sup>23</sup>

Adversamente quando o médico por negligência ou imperícia não utilizar tudo ao seu alcance para aplicar o melhor tratamento poderá ser responsabilizado, conforme Gonçalves:

A situação quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional. Neste caso, exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.<sup>24</sup>

É necessário verificar que o tema erro médico no pré-natal apresenta-se em três principais áreas: Reprodução Natural, Reprodução humana assistida e Prescrição de medicamentos. Conforme Viviane Rodrigues de Melo:

A reprodução natural assenta-se na gestação proveniente de relação sexual entre homem e mulher. A literatura registra a hipótese de erro médico na vida pré-natal quando o médico que realiza os acompanhamentos pré-natais não detecta (em caso de evidência nos exames) ou não comunica aos interessados (pais e principalmente à gestante) deformidades fetais evidentes ao tempo dos exames. O erro médico relacionado a exames pré-natais tende a concentrar-se no ato do médico radiologista, em razão das ecografias. Parece ser possível cogitar o erro do médico ginecologista, quando, ao analisar um laudo emitido por clínica de radiologia, no qual se registra o diagnóstico de malformação fetal, aquele especialista permanece silente (omissão) ou, na pior das hipóteses, dissuade a gestante a respeito do resultado do exame (ação). Além dessa hipótese, é possível considerar

<sup>21</sup> FOLGADO, Bruno Miguel Marques. **O elemento da culpa em sede de responsabilidade civil médica**. 2017. Tese (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/83865> Acesso em: 22 dez. 2021. p. 40.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 602.

<sup>23</sup> GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. **Iatrogenia e erro médico**. Conselho Regional de Medicina do Paraná, Paraná, Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/iatrogenia-e-erro-medico-13-32046.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2021.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 602.



também a possibilidade de erro médico praticado por ginecologista em exames ou diagnósticos de exames pré-conceptivos. Isto é, quando, ciente de histórico de doenças familiares e potencial risco na reprodução, deixa de orientar o casal da perspectiva de exames e aconselhamento genético ou, também, quando avalia mal os exames pré-conceptivos.<sup>25</sup>

Na reprodução humana assistida o erro consiste na fase da transferência intrauterina onde o embrião in vitro possui uma deficiência genética que não é percebida pelo médico gerando um aconselhamento genético errôneo, que por sua vez interfere diretamente no poder de decisão do casal sobre o eventual tratamento ou aborto.

Já a última possibilidade de responsabilização envolve a prescrição de medicamentos indevidos, acontecendo por imperícia do médico ao prescrever medicamentos que causam o comprometimento da saúde da gestação sendo, desta maneira, comprometida a vida intrauterina. Todavia, caso a mãe seja alertada sobre os riscos e decida continuar com o tratamento, assume os riscos relativos à criança.<sup>26</sup>

### **3 AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DA MEDICINA REPRODUTIVA.**

Nos casos em que o médico comete uma negligência no momento do exame de pré-natal, em decorrência de este não detectar uma doença, a falta do tratamento ou do correto procedimento na hora do parto pode ensejar diversas complicações à criança desta maneira, gerando um dano à criança e à família. Estas ações de responsabilizações são chamadas de ações de Wrongful actions, e são subdivididas em três categorias: Wrongful conception, as Wrongful birth e as Wrongful Life.<sup>27</sup>

#### **3.1 WRONGFUL CONCEPTION**

As Wrongful conception, são os tipos de ações ajuizadas pelos familiares da criança, que nasceu após uma negligência em um procedimento de esterilização ou aborto, gerando assim o nascimento de uma criança não planejada, os principais

<sup>25</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal** - Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p. 74.

<sup>26</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal** - Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p. 74.

<sup>27</sup> BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Responsabilidade Civil Do Médico Por Wrongful Birth E Wrongful Life**. Uberlândia: LAECC, 2021. p. 44.

casos envolvendo estas ações se encontram em casos nos quais os pais realizam procedimentos como de laqueadura ou ingerem medicamento com este fim específico.<sup>28</sup> Sobre estas ações Vivianne Rodrigues de Melo traz:

Apesar de alguns autores também relacionarem a esse tipo de ação a gravidez de crianças deficientes, decorrente de falha em aconselhamento genético, acompanhamos outra corrente de estudiosos que prefere limitar a Wrongful Conception ou Pregnancy ao nascimento não planejado de crianças saudáveis. Nestes casos, o erro médico relaciona-se à má prática profissional ou de aconselhamento médico aos pais que pretendem evitar a gravidez. A alegação do prejuízo centra-se a partir da concepção não pretendida, como ocorre nas falhas em procedimentos contraceptivos ou de esterilização.<sup>29</sup>

Este tipo de ação tem, em sua égide, o dano à família que teve seu direito a não reprodução e ao planejamento familiar desrespeitado.

### 3.2 WRONGFUL BIRTH

As ações de Wrongful birth são conhecidas mundialmente pelo fato de que na maioria dos países é possível realizar procedimento de aborto, todavia estes procedimentos estão sujeitos a vontade dos pais, e neste tipo de ação, o médico no momento de realizar os exames de rotina e específicos conforme interesse dos genitores, comete um erro não os informando corretamente, desta maneira a criança nasce comprometida e os pais, ao sentirem seu direito à escolha violado pelo erro médico, assim responsabilizam o médico pelo nascimento indevido.<sup>30</sup>

Os autores dessa espécie de ação judicial argumentam que tal condição de comprometimento à saúde não lhes foi informada pelo médico, seja em fase de testes genéticos (falha de exigibilidade, produção ou comunicação de testes pré-concepcionais e aconselhamento genético), seja por erro de diagnóstico, ou pela simples omissão das condições com prometedoras da saúde fetal, já em sede de exames pré-natais.

Os pedidos indenizatórios concentram-se em danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais e não buscam atribuir responsabilidade ao médico pela condição de saúde deficitária do ente por nascer ou da criança tradicionalmente o direito em questão é buscado para fins de reparar a ausência de informações sobre a verdade genética e a vitalidade embriofetal,

<sup>28</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal** - Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p.76.

<sup>29</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal** - Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p.77.

<sup>30</sup> BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Responsabilidade Civil Do Médico Por Wrongful Birth E Wrongful Life**. Uberlândia: LAECC, 2021. p.52.

bem como a privação de uma escolha legítima dos pais (prosseguir ou não com a gestação), que norteia o direito à autodeterminação reprodutiva.<sup>31</sup>

Neste tipo de ação o direito desrespeitado pelo médico não é o do nascimento inapropriado, mas sim a privação dos pais à informação e à sua autonomia reprodutiva.<sup>32</sup>

### 3.3 WRONGFUL LIFE

Nas ações de Wrongful Life quem é o principal lesionado é a própria criança pois devido um erro médico nos exames de pré-natal não foram detectadas certas malformações na criança, este fato inclui desde questões genéticas identificáveis e tratáveis a problemas congênitos que podem ser percebidos na gestação.<sup>33</sup>

Fica claro que a grande diferença entre as ações é quem as propõe. No caso da Wrongful birth é a mãe que processa o médico e no Wrongful Life estas ações são propostas pelos pais da criança afetadas, que intentam uma ação judicial contra o médico com o objetivo de ter a reparação pela falha no diagnóstico pré-natal, requisitando desta maneira uma indenização material e ou moral, pelo motivo do aumento do gasto para familiares nos cuidados especiais da criança.<sup>34</sup> Quando a ação é ajuizada pela própria pessoa deficiente contra o médico, designa-se Wrongful Life action e conforme Caroline Sátiro De Holanda:

A Wrongful Life action corresponde à ação de reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente contra o médico, hospital ou clínica responsável pelo erro de diagnóstico que não identificou uma deficiência no feto. Nos casos de incapacidade, a pessoa figurará no polo ativo da ação mediante representação. Esclarecendo melhor: as ações de Wrongful Life são movidas pela própria pessoa deficiente contra o responsável pela falha ou ausência de diagnóstico de má-formação fetal.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal -** Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p.80.

<sup>32</sup> HOLANDA, Caroline Sátiro de. **Violação à liberdade reprodutiva:** uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de Wrongful birth e Wrongful Life. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 11.

<sup>33</sup> BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Responsabilidade Civil Do Médico Por Wrongful Birth E Wrongful Life.** Uberlândia: LAECC, 2021.p.52.

<sup>34</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal -** Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p.77.

<sup>35</sup> HOLANDA, Caroline Sátiro de. **Violação à liberdade reprodutiva:** uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de Wrongful birth e Wrongful Life. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

Nestas ações, os doutrinadores têm dificuldade de conseguir aplicar nexo causal em casos práticos devido a questão de estabelecer um limite que liga o dano da deficiência ao erro médico ao falhar em detectar a doença ou a falta de informação aos pais.<sup>36</sup> Todavia, diversos casos atuais de Wrongful Life action vem sendo vencidos devido ao fato de os juízes compreenderem a existência de nexo entre a falta da informação e a vida gerada com danos.<sup>37</sup>

Ao verificar os processos internacionais fica claro que os países diferem em pontos sobre a responsabilização civil dos médicos em relação ao tipo de responsabilização civil aplicável nos casos de Wrongful Life. O sistema jurídico civil brasileiro tem um olhar diferenciado sobre primeiramente o direito à vida da constituição e também sobre os tipos de responsabilização civil nestes casos.

#### 4 CONCLUSÃO

A teoria do Wrongful Life e Wrongful birth buscam a responsabilização do médico que realizou o procedimento de pré-natal, e deixou de informar corretamente os pais acerca da situação intrauterina de se filho, cerceando a liberdade dos pais a escolha de proceder com algum tratamento ou aborto. Neste caso, seria possível o filho que nasceu nesta situação e os pais a propor uma ação regressiva ao médico pelos danos que possui, conforme o ordenamento jurídico Brasileiro.

Por fim, após conclusa a pesquisa, evidenciou-se que a hipótese da aplicação das teorias do Wrongful Life e Wrongful birth em um processo no ordenamento jurídico Brasileiro se torna possível e admissível, visto que no decorrer do estudo alguns julgados foram apresentados, que evidenciaram a responsabilidades de médicos em relação à vida intrauterina, demonstrando que os fetos e os genitores possuem direitos e podem responsabilizar o médico pela falha de comunicação com os pais.

Todavia é necessário ressaltar que a possibilidade de aplicação das teorias Wrongful Life e Wrongful birth está vinculada à aplicação da teoria da perda de uma

---

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 06.

<sup>36</sup> MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal** - Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora; 1ª edição, 2019. p.77

<sup>37</sup> MARQUES, Luís Miguel Borges Monteiro Neiva. **Nascer por engano**: As Wrongful Life Actions e o Regime da Responsabilidade Civil Português. 2019. Tese (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito | Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa. p. 34. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/30392>. Acesso em: 22 dez. 2021. p. 12.

chance, visto que de outra forma não seria recebida no ordenamento jurídico Brasileiro. Desta forma, os conceitos de Wrongful Life e Wrongful birth podem ser parcialmente aplicáveis, somente sendo possível a responsabilização caso a genitora informe de forma direta ao médico responsável pelo pré-natal a vontade de abortar no caso de uma gestação inviável, e ainda o médico ao realizar os exames deixar de cumprir o dever de informar a mãe sobre a condição de deficiências do feto, que torna a vida inviável. Desta forma, a falha de comunicação pelo médico poderia abrir um precedente de responsabilização pela perda da chance do aborto.

Neste aspecto e eficácia das teorias do Wrongful Life e Wrongful birth na prática teriam de ser abordadas nos casos em que houvesse a falha dos médicos em casos de um feto completamente inviável, devido a legislação Brasileira.

Por fim, conforme exposto fica evidente que é possível a responsabilização dos médicos em relação às teorias do Wrongful Life e Wrongful birth, todavia será necessário verificar todos os pressupostos de admissibilidade, devido ao fato de que a legislação Brasileira é muito restrita sobre a aplicabilidade de aborto.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alecssandra Neri de. **Teoria dos Jogos: As origens e os fundamentos da Teoria dos Jogos.** UNIMESP - Centro Universitário Metropolitano de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 1-4. Disponível em: <[http://www.slinestorsantos.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/11/2590/17/arquivos/File/as\\_origens\\_e\\_os\\_fundamentos\\_da\\_teorias\\_dos\\_jogos.pdf](http://www.slinestorsantos.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/11/2590/17/arquivos/File/as_origens_e_os_fundamentos_da_teorias_dos_jogos.pdf)>. Acesso em: 20 de set. 2020.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **As políticas populacionais e os direitos reprodutivos: "o choque de civilização versus progresso civilizatório".** Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/livros/article/view/121/119>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Responsabilidade Civil Do Médico Por Wrongful Birth E Wrongful Life.** Uberlândia: LAECC, 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à Teoria dos Jogos no Direito.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Abr-Jun/2007. Revista dos

Tribunais: Rio de Janeiro, 2007. vol. 59.

**civil médica.** 2017. Tese (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/83865> Acesso em: 22 dez. 2021. p. 40.

FOLGADO, Bruno Miguel Marques. **O elemento da culpa em sede de responsabilidade**

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. **latrogenia e erro médico.** Conselho Regional de Medicinal do Paraná, Paraná, Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/latrogenia-e-erro-medico-13-32046.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. **Violação à liberdade reprodutiva:** uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de Wrongful birth e Wrongful Life. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niteroi. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LÔBO, Paulo da. **Direito Civil:** Volume 5: Famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MARQUES, Luís Miguel Borges Monteiro Neiva. **Nascer por engano:** As Wrongful Life Actions e o Regime da Responsabilidade Civil Português. 2019. Tese (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito | Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa. p. 34. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/30392>. Acesso em: 22 dez. 2021.

MELO, Vivianne Rodrigues de. **Responsabilidade Civil Médica Pré-Natal -** Reparação aos Pais pelo Nascimento Comprometido. Juruá Editora;2019.

QUEIROZ, Nathália Maria Morais de. **A Responsabilidade Civil Da Genitora Pela Ocultação Da Paternidade.** Centro Universitário Maurício de Nassau, Aracaju, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4238fc46fe869de6>>. Acesso em: 01 dez. 2021.