

## Ações de *Wrongful life* e *Wrongful birth*

Síntese e adaptação de texto contido em:

MOTA, Sílvia. *Responsabilidade civil decorrente das manipulações genéticas: novo paradigma jurídico ao fulgor do biodireito*. Tese (Doutorado em Justiça e Sociedade)–Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005. Em andamento. [Aprovada, por unanimidade, no Exame de Qualificação, realizado em 15 jun. 2005. Orientador: Professor Doutor Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Membros da Banca Examinadora: Professor Doutor Ricardo Pereira Lira, Professor Doutor José Ribas Vieira e Professora Doutora Fernanda Duarte].

O subtítulo em epígrafe traz ao mundo jurídico uma nova realidade fática como eventual fonte de responsabilidade civil, com escassa e não uniforme doutrina jurisprudencial a nível internacional, pois no âmbito do direito brasileiro a questão não foi ainda abordada, o que mais instiga a inquietação intelectual da autora.

O debate é conhecido em outras latitudes, por exemplo, nos Estados Unidos e na Europa, nos últimos tempos, e tudo faz supor que a progressiva solidez da consciência social da possibilidade de abortar, assim como o incremento das provas pré-natais, incrementem estas demandas de responsabilidade civil contra médicos e outras instituições. Por tal motivo e pela singularidade dos problemas dogmáticos plantados por este tipo de reclamações, parece oportuno abordar algumas destas questões.

Trata-se de uma tipologia de danos determinantes de possível responsabilidade civil do médico, decorrente de erro no diagnóstico pré-natal, por falta de realização ou defeituosa realização diagnóstica, arrolada à concepção e ao nascimento da pessoa. Não se descobre ou não se informa o risco de enfermidade congênita do ser humano concebido, resultando daí nascer um feto doente, portador de defeitos condizentes a tal moléstia, não dispondo a mulher da possibilidade de recorrer ao aborto dentro do prazo legalmente estabelecido.

Estas hipóteses proporcionam abertura às chamadas ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, consideradas na jurisprudência norte-americana e cujas denominações, em inglês, se mantêm nos distintos trabalhos e resoluções judiciais sobre o particular.

Na primeira, *wrongful birth*, os pais alegam que, ao não se haver detectado ou não se haver informado sobre a possibilidade da mãe conceber ou dar nascimento a um ser com enfermidades congênicas, se lhes privou da oportunidade de adotar uma decisão *informada* sobre procriar ou não, sobre dar ou não lugar ao nascimento. Na segunda, ação de *wrongful life*, o filho demandante argumenta que se *não ocorresse* o conselho médico inadequado, não haveria nascido para experimentar o sofrimento próprio da sua enfermidade.

Na ação de *wrongful birth*, a culpa do médico consiste *em um erro que conduz ao nascimento* do filho dos pais demandantes, e, na ação de *wrongful life*, o erro médico invocado é *o de ter conduzido à vida* o próprio filho enfermo demandante.

Com tais referências iniciais, nas ações de *wrongful birth*, os pais demandantes reclamam normalmente a indenização do dano consistente no prejuízo moral e econômico derivado de ter tido um filho portador de uma enfermidade congênita. O dano moral, nesses casos, será aquele constituído pela aflição, desgosto e encargo que leva consigo a existência de um filho afetado por uma doença irremediável e, de ordinário, muito penosa. O dano econômico, por sua vez, será determinado pela necessidade de fazer frente aos gastos e desembolsos especiais impostos pela mesma enfermidade, gastos estes adicionais aos exigidos pelo sustento de um filho sadio. Depois de algumas vacilações iniciais, os tribunais norte-americanos mostram-se propícios a admitir a demanda e condenar ao médico demandado o pagamento dos gastos extraordinários ocasionados pelo nascimento e a existência do filho enfermo, se bem tenham recorrido com freqüência ao argumento moderador da indenização consistente na valoração da paternidade. Trata-se de uma espécie de compensação entre o prejuízo patrimonial que

o sustento do filho enfermo implica e a vantagem ou benefício que a existência do filho significa. Por outro lado, nas ações de *wrongful life*, o filho demandante solicita a condenação do médico para reparo dos danos consistentes: em primeiro lugar, pelo ato mesmo de nascer, pois alega teria sido melhor não haver nascido a viver naquelas condições; em segundo lugar, pelos danos econômicos acarretados pela vida enferma.