

# A TUTELA JUSCIVILÍSTICA DO NASCITURO E AS PROBLEMÁTICAS RELATIVAS ÀS *WRONG ACTIONS*

Wilson Pantoja Machado<sup>\*</sup>

Resumo: A tutela juscivilística do nascituro tem profunda relevância no ordenamento jurídico português, pois suscita debates em diversos níveis da jurisprudência e doutrina, na medida em que é permeada por questões controvertidas. Inicia-se ao investigar a existência da personalidade jurídica do nascituro enquanto ser humano em estado gestacional. Analisam-se as teses sobre sua condição jurídica para que se alcance o entendimento sobre a existência de uma personalidade parcial, a qual é tutelada pelo Código Civil português em seu art. 70 através de uma proteção geral do nascituro ali reconhecido como indivíduo. Para além disso, aprofunda-se nas problemáticas ligadas à jurisprudência em nível comparado, ao cuidar-se da investigação referente às *wrong actions* e suas questões fulcrais fundadas na colisão de direitos da personalidade e direitos fundamentais do homem.

Palavras-chave: Nascituro – personalidade jurídica – *wrong actions* – *wrongful life*

Abstract: The civil protection of the unborn child has profound relevance in the Portuguese legal system, it raises debates at various levels of jurisprudence and doctrine, in that it is permeated by controversial issues. Begins to investigate the existence of the legal personality of the unborn child as a human being in

---

\* Advogado, pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela FGV, especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP, mestrando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (*email*: wilpm84@gmail.com).

pregnancy status. It analyzes the theories about their legal status in order to reach an understanding on the existence of a partial personality, which is supervised by the Portuguese Civil Code art. 70 through a general protection of the unborn child as an individual recognized there. Furthermore, deepens the problems associated with case-level compared to the cuddle up research related to wrong actions and their key issues based on the collision of rights of personality and rights of man.

**Keywords:** Unborn - legal personality - wrong actions – wrongful life

**Sumário:** Introdução. 1. A tutela juscivilística do nascituro. 1.1. A personalidade e sua existência jurídica. 1.2. Nascituro: há personalidade jurídica? 2. As *wrong actions* e sua repercussão no direito do nascituro. 2.1. *Wrongful conception*. 2.2. *Wrongful birth*. 2.3. *Wrongful life*. 2.3.1. Uma visão comparada sobre o instituto. 2.3.2. Repercussão na doutrina e jurisprudência portuguesas. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO



A tutela do nascituro tem relevância notável no meio social e, por conseguinte, guarda importante espaço no mundo jurídico, em vias de se garantir a proteção do ser vindouro e que é passível de tutela geral desde o momento em que nasce para o mundo jurídico, i.e., após a sua concepção.

Inobstante, notar-se-á que mesmo antes de sua concepção, existem determinadas ações jurídicas que podem repercutir no seio familiar e que alcançam o nascituro não concebido, o que também será apreciado no presente estudo.

Demarcar-se-ão os direitos de personalidade e sua aproximação dos direitos fundamentais previstos na Carta

Constitucional Portuguesa, bem como se adentrará nos quesitos referentes à sua natureza jurídica, para que se possa analisar a condição jurídica em que se encontra o nascituro concebido, partindo-se, pois de uma análise quanto à existência ou não de personalidade jurídica deste enquanto vida intra-uterina, o que perpassa pelo estudo das teorias mais importantes quanto à esta questão.

Por fim, investigar-se-ão as *wrong actions* e sua repercussão quanto aos direitos de personalidade do nascituro, notadamente quanto aos conflitos decorrentes da falta de informação médica quanto às malformações do feto e que lhe gerariam um discutível “direito a não nascer”, o que foi amplamente debatido pelo direito comparado e direito português, como ver-se-á no decurso do estudo, sendo, pois, um convite à reflexão sobre a prevalência de direitos de personalidade e princípios fundamentais que regem todo o ordenamento jurídico e um exercício em busca por alternativas que melhor resolvam os conflitos identificados.

## 1. A TUTELA JUSCIVILÍSTICA DO NASCITURO

A tutela do nascituro<sup>1</sup> encontra previsão constitucional no art. 24 da Constituição Portuguesa quando prevê a inviolabilidade da vida humana e a eficácia da norma constitucional. Evidentemente é *erga omnes* e está prevista no art. 18 do diploma maior.

Não se pode deixar de mencionar a previsão no ordenamento penal, enunciada nos arts. 138 e seguintes do Código Penal, onde se prevê sanção aos crimes contra a vida intra-

---

<sup>1</sup> Cumpre destacar que o Código Civil utiliza o termo nascituro (arts. 66, 1826, 1855, 1878) e apenas o diferencia quando quer mencionar aquele que ainda não foi concebido, nomeando-o, pois, como nascituro não concebido (art. 2033). O presente trabalho se centrará prioristicamente quanto à figura do primeiro, mas fará algumas passagens sobre os direitos do segundo, como forma de demarcar as diferenças entre as duas espécies.

uterina e a taxatividade das causas interruptivas da gravidez.

No ordenamento jurídico civil português, a tutela do nascituro está prevista nos arts. 66, 1 e 2, conjugados com o art. 70, 1 e 2, estes artigos em âmbito de proteção geral, e os art. 1826, 1855, 1878, 2033, além de outros, em âmbito de proteção especial, formando-se no sistema jurídico português uma rede protetiva à condição de vida intra-uterina.

Naturalmente, ao se deparar com o conteúdo do art. 66, aparentemente, a legislação portuguesa parece deixar clara a impossibilidade de se considerar existente personalidade antes do nascimento com vida<sup>2</sup>.

No entanto, ao se passar a análise do art. 70<sup>3</sup>, nota-se claramente que a premissa não seria deixar de resguardar o nascituro, mas, ao contrário, protegê-lo, porquanto traz em seu bojo um pensamento abrangente sobre a proteção do ente que ainda se tornará cidadão e terá sua vida pela frente, mesmo que essa proteção seja parcial e ainda não considerada plena, como melhor explanaremos no decorrer do estudo.

Destarte, para além de se propor uma análise jurídica sobre o direito da personalidade no que se refere ao nascituro, nascem uma série de percepções sobre a figura objeto do presente estudo, percepções estas que geram sub-direitos, colisão de princípios fundantes da norma jurídica e que acabam por gerar problemáticas que merecem aprofundamento e que serão estudadas ainda no presente ensaio.

Por ora, propõe-se uma abordagem analítica da perso-

---

<sup>2</sup> Art. 66. (Começo da personalidade).

1. A personalidade adquire-se com no momento do nascimento completo e com vida.

2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem de seu nascimento,

<sup>3</sup> Art. 70. (tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

nalidade, como forma de se entender se todos os nascituros têm direito a personalidade, sejam concebidos ou não.

### 1.1. A PERSONALIDADE E SUA EXISTÊNCIA JURÍDICA

Ao se falar de personalidade e sua existência jurídica, importante pontuar, *ab initio*, que o alcance de sua juridicidade pressupõe a existência da própria personalidade humana, para que daí o indivíduo possa ser considerado sujeito de direito<sup>4</sup>.

Assim, pode-se afirmar que a personalidade jurídica é uma aptidão do homem para que possa ser titular de direitos e deveres em relações jurídicas desenvolvidas em sociedade<sup>5</sup>, sendo, pois, a projeção no ordenamento jurídico da personalidade humana.

Com efeito, a personalidade humana se estabelece num espaço ético e é dotada de uma filosofia de valores fundada em três pilares básicos: a *dignidade humana*, *individualidade* e *pessoalidade*<sup>6</sup>.

Nesse sentido, a *dignidade humana* é dotada da existência do ser espiritual que pode produzir cultura, estabelecer e respeitar padrões éticos e ainda gerar a reflexão pessoal, a ponto de permitir ao homem a construção de um ser único, o que permite a afirmação de sua *individualidade*, identidade única, segundo a qual se identificará cada indivíduo como ser ímpar, que é habitado por características natas entregues pela natureza, mas também através daquelas que constrói durante a vida de acordo com as suas relações sociais e com as experiências,

---

<sup>4</sup> Nas lições de CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed. Coimbra, 2012, p. 190, compreende-se que : "[...] É porque o homem é pessoa – pessoa humana – que ele se reconhece como *pessoa em sentido estrito e logo, como sujeito para o Direito*. A personalidade humana é, portanto, um *prius* da personalidade jurídica do homem [...].”

<sup>5</sup> Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, Antônio; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra, 2012, p. 201.

<sup>6</sup> Cfr. aplicação conceitual da sistematização de Hubman em CAPELO DE SOUSA, Op. cit., p. 143 e 144.

de onde se alcança a sua *personalidade*, particularidade que distingue o homem por permitir que ele na qualidade de indivíduo possa interagir com os demais homens no seio da sociedade, consigo mesmo e com todos os valores de eticidade que orientam a atuação no mister individual e mundo social.

Assim, o direito positivo tem como tarefa primordial permitir a realização da personalidade dotada de todos os seus elementos concretizadores, condensando-se, pois, através dos valores morais e éticos que lhe dão forma e que são característicos a cada indivíduo justamente pela peculiaridade com que cada um internaliza, reflete e aplica tais valores em sua percepção individual e enquanto ser social.

Neste contexto, em que o homem é um sujeito de direito, a personalidade jurídica revela sua natureza ilimitável, tal e qual a personalidade humana, que lhe é essencial e da qual é indissolúvel.

Quando se analisam as características da personalidade jurídica, nota-se também que não é apenas ilimitável e inseparável da personalidade humana para subsistir, mas também não lhe cabe ser recusada, adiada ou expropriada do indivíduo. Portanto é tomada como indisponível<sup>7</sup>, sem que o próprio titular possa recusá-la.

Exatamente ao lado destas características emerge a capacidade jurídica do homem enquanto ser concretamente titular desse núcleo único e intransferível de direitos e obrigações que o concedem respaldo para atuar legitimamente em meio às relações jurídicas<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a capacidade jurídica é a consequência da existência das características da personalidade jurídica, e também seu primeiro escopo, na medida em que a capacidade

---

<sup>7</sup> Cfr. CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 191.

<sup>8</sup> Neste sentido, baliza-se o entendimento de CAPELO DE SOUZA, Rabindrantah. Op., cit., p. 106, quando ensina que na personalidade jurídica há o “[...] reconhecimento de um centro autônomo de direitos e obrigações, e de capacidade jurídica [...]”.

plena do sujeito de direito ampara a existência e permanência dos corolários da personalidade em sentido jurídico.

Mesmo diante de tais argumentos, nota-se que à excepcionalidade, a capacidade jurídica plena pode ser relativizada quando colocar em risco à própria pessoa dotada de personalidade jurídica. CARVALHO<sup>9</sup> enfatiza a presente questão ao exemplificar o caso do direito à liberdade sexual positiva antes da idade núbil, o que evidentemente colocaria em risco o próprio desenvolvimento da pessoa. O doutrinador cita ainda o sacrifício da capacidade jurídica para os casos em que a manifestação da vontade não puder corresponder à realidade, como, por exemplo, no caso do direito ao testamento dos interditos ou menores.

Com efeito, nestes casos fala-se da capacidade jurídica de gozo de direitos, que difere da chamada capacidade jurídica de exercício de direitos, que é aquela que nasce da capacidade de agir pessoalmente - por si ou representante voluntário - na aquisição, modificação ou extinção de relações jurídicas<sup>10</sup>.

E quais seriam então os direitos guarnecidos nesta senda que postula a personalidade e seus corolários? Tais direitos se estendem ao nascituro?

Para responder ao primeiro questionamento, importante demarcar brevemente a diferenciação e a aproximação entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Com efeito, impende esclarecer de antemão que não há equivalência entre ambos e a mais importante característica que os diferencia é a polarização em que tais direitos são renunciados.

Veja-se que ao se tratar de direitos fundamentais, abor-

---

<sup>9</sup> Cfr. CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 193.

<sup>10</sup> Cfr. CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 194. O autor ainda esclarece que a manifestação ou intervenção lúcida na capacidade de exercício não está presente em todos os indivíduos pela falta de maturidade pessoal, seja pela falta desta maturidade enquanto menor de idade ou por sua perda (total ou parcial) quando maior.

da-se a questão que parte do indivíduo para com o Estado<sup>11</sup>, sendo aquele considerado como cidadão, por isso sua previsão precipuamente é desenvolvida na Carta Magna, enquanto no que atine aos direitos de personalidade, estes, como visto alhures, nascem da personalidade humana e de suas peculiaridades adstritas a cada indivíduo e à forma como se amoldam ao caráter os valores éticos e morais. Nascem, pois, de elucubrações pessoais e interiores que são prévias à vontade política<sup>1213</sup>.

Portanto, nota-se claramente a existência de dois planos jurídicos distintos: o de direito civil e o de direito constitucional. E nem todos os direitos que integram uma categoria também são abrangidos pela outra.

Veja-se que ao se voltar a atenção aos bens jurídicos tutelados juscivilisticamente, mas para aqueles que não estão localizados no centro da questão envolta à personalidade jurídica, notório que se compreenda não estarem estes compondo o rol de direitos fundamentais que balizam através da dignidade a vida humana e sua relação em sociedade.

Com efeito, os direitos fundamentais são previstos no art. 24 e seguintes da Constituição Portuguesa e têm em seu cerne principal os direitos, liberdades e garantias fundamentais, sem prejuízo da enunciação de demais direitos de natureza análoga<sup>14</sup>, o que para alguns autores retira, inclusive, conteúdo e

---

<sup>11</sup> Em que pese existir a previsão no art. 18, 1, da Constituição Portuguesa a referência da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às entidades privadas.

<sup>12</sup> Corroborando, pois, OLIVEIRA ASCENSÃO que aborda o tema mencionando que: “[...] Pelo contrário, os direitos de personalidade atendem às emanações da personalidade humana em si, prévias valorativamente a preocupações de estruturação política. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, 2000, p. 75.

<sup>13</sup> Impende mencionar que CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. Op. cit., p. 584, aponta que na esfera do direito de personalidade, a relação pode se dar também entre o indivíduo e o Estado, desde que este esteja destituído do seu *ius imperii*, porquanto na noção genérica de Estado abrangem-se as demais pessoas jurídicas públicas.

<sup>14</sup> Como o direito ao nome, previsto no art. 77 do Código Civil e que se integra ao direito à identidade pessoal previsto no art. 26, 1, da Constituição Portuguesa em



dificulta sua compreensão, como é o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>15</sup> e CAVALEIRO DE FERREIRA<sup>16</sup>.

Este direito se prenuncia na dignidade da pessoa humana como fundamento que deve reger a ordem constitucional, devendo, pois, ser respeitado inequivocamente.

Por outro lado, a Constituição Portuguesa também garante a previsão de alguns dos direitos de personalidade, qualificando como direitos fundamentais aqueles presentes no art. 24 a 28, sem prejuízo de demais previsões, o que abre espaço para os chamados direitos de personalidade fundamentais, como leciona CAPELO DE SOUSA<sup>17</sup>.

Assim, demarcadas em breves linhas as diferenças e proximidades dos direitos postos em análise, cumpre trazer ao ventre do estudo a análise das características do direito da personalidade enquanto direito absoluto não patrimonial, como defendido por grande parte da doutrina portuguesa, para que se chegue à sua aplicação quanto à tutela do nascituro.

Com efeito, o ponto de início dos apontamentos referentes ao direito invocado é notoriamente a dignidade da pessoa humana, e aqui se fala em aquisição de direitos - deveres e dignidade de vida social, compondo-se, portanto, com os demais bens jurídicos protegidos pelo ordenamento juscivilístico, como o direito à vida, bem principal da personalidade e que será o ponto fulcral do presente estudo, ao passar-se para a análise das problemáticas decorrentes da tutela do nascituro no próximo capítulo.

Destarte, o direito da personalidade é tido como absoluto, na medida em que pode ser oposto pelo próprio titular em qualquer dos prismas existentes na relação jurídica social. Contudo, não pode ser instrumento para que se cometam arbitrarie-

---

vigor.

<sup>15</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 76.

<sup>16</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA *apud* ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 76.

<sup>17</sup> Cfr. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Op. cit., p. 582.

dades ou se ultrapasse o limite do direito de personalidade de outrem. Por estas razões, mesmo o direito de personalidade possui limitações, sendo elas intrínsecas (impostas pela lei) ou extrínsecas (àquelas que devem ser apreciadas em composição com outros direitos e situações jurídicas que devem ser respeitadas)<sup>18</sup>.

Por outro lado, ao se analisar a característica geral de não patrimonialidade do direito da personalidade, nota-se a dicotomia de duas grandes correntes filosóficas no século XIX, porquanto a corrente jusnaturalista construída por Kant e Hegel teve seus fundamentos como determinantes no embasamento do direito não patrimonial aqui discutido, enquanto que do outro lado viu-se a dificuldade da corrente pandectística em construir o dogma não patrimonial do direito de personalidade alocado na estrutura do direito civil, que tinha em seu modelo o direito de propriedade como referência do direito subjetivo<sup>19</sup>.

Assim, a separação do direito de personalidade ante o direito de propriedade perdurou até as últimas décadas do século XX, devendo-se, pois, destacar a importância do BGB<sup>20</sup> alemão (a exemplo de seu §253) para a manutenção da separação entre os valores patrimoniais e não patrimoniais no que se refere à pessoa<sup>21</sup>.

Converge favoravelmente a esta separação feita no ordenamento germânico a influência do *rights of privacy*<sup>22</sup> norteamericano, que contribuiu diretamente para a concepção da

---

<sup>18</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 91 e 92. Vide também, FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra, 2009, p. 93.

<sup>19</sup> Cfr. FESTAS, David de Oliveira. Op. cit., p. 96.

<sup>20</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão).

<sup>21</sup> Cfr. FESTAS, David de Oliveira. Op. cit., p. 98.

<sup>22</sup> A doutrina dos Estados Unidos também faz uma diferenciação entre os direitos patrimoniais (*property rights*) dos direitos pessoais ou não patrimoniais (*personal rights*), o que leva a autenticidade das definições de *right of publicity* ligado àquele e o *right of privacy* que é ligado a este. Sobre esta questão, cfr. FESTAS, David de Oliveira. Op. cit., p. 103, nota de rodapé 318.

ideia de direito geral de personalidade, sob a qual falar-se-á mais detidamente em tópico a seguir.

Neste momento, convém lembrar a influência de outro fator para a elevação dos direitos de personalidade, qual seja a reação pós-Segunda Guerra Mundial do desprezo dado aos valores da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, que como dito alhures é o grande substrato da personalidade humana<sup>23</sup>.

Além do sistema alemão citado, que organiza seu sistema jurídico no que se refere aos direitos de personalidade com base no caráter não patrimonial, pode-se mencionar outros sistemas europeus como o espanhol, italiano e francês que adotam concepção baseada em fundamentos semelhantes.

Quanto ao sistema português, como referido ao norte, a doutrina em sua maioria também entende pela percepção não patrimonial do direito de personalidade<sup>24</sup>, por fazer parte da esfera pessoal do indivíduo, compondo, pois, seu *ser* e não seu *ter*<sup>25</sup>, apesar de influírem nesta e podendo ter como resultado de sua lesão não só danos não patrimoniais como aqueles patrimonialmente considerados<sup>26</sup>.

Outrossim, ao se ter em mente a existência dos direitos de personalidade enquanto direitos absolutos não patrimoniais

---

<sup>23</sup> Cfr. FESTAS, David de Oliveira. Op. cit., p. 101.

<sup>24</sup> Dentre os autores, dá-se destaque a ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 91; SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra, 1987, p. 466.

<sup>25</sup> Alguns doutrinadores portugueses dão ênfase ao critério básico da avaliação pecuniária como diretriz para diferenciar o direito patrimonial daquele pessoal. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*, vol. III, 2ª ed., Coimbra, 2000, p. 21; CAPELO DE SOUSA. Op. cit., p. 414, que fala em avaliação em dinheiro e seguindo o mesmo critério CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Lisboa, 1972-1973, p. 75 e ss; Já MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, Antônio; MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 344 e ss faz uma diferença explicando que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, pois embora possam originar reparação em dinheiro, não possuem valor pecuniário.

<sup>26</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Op. cit., p. 414 e 415.

em sua essência, cumpre tentar responder a segunda indagação realizada há pouco, sobre a extensão dos direitos de personalidade quanto à figura do nascituro. E para que se alcance essa resposta, a pergunta que surge é se este tem personalidade jurídica e capacidade jurídica, para que se possa falar em indivíduo titular de direitos, aspectos sob os quais ater-se-á mais detidamente no tópico a seguir.

## 1.2. NASCITURO: HÁ PERSONALIDADE JURÍDICA?

Ao se falar em capacidade jurídica que pressupõe a personalidade (ilimitável, como regra), nota-se que aquela deve ser dotada de plenitude. Todavia, quando se centra o olhar para a existência do nascituro e seu viés jurídico como indivíduo condicionado a vida intra-uterina, adentra-se em um ponto de enorme debate doutrinal no que se refere à existência de personalidade jurídica e capacidade jurídica antes do nascimento.

A discussão sobressai da análise da lei civilista em seu art. 66 do Código Civil e sobre este aspecto passa-se a investigar.

*Ab initio*, importante destacar que há uma notória diferenciação quanto à previsão legal no que concerne à existência ou não de personalidade jurídica quanto ao nascituro concebido e aquele não concebido (também denominado por parte da doutrina por concepturo<sup>27</sup>), e quais os efeitos que tal separação desencadeia nestas espécies.

Ao falar-se de nascituro não concebido, entende-se que justamente por não ser um ser concebido, i.e., somente uma esperança de concepção<sup>28</sup>, não é tutelado pelos arts. 66 e 70 do Código Civil português, afinal não possui ainda forma humana

---

<sup>27</sup> Por exemplo, CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Op. cit, p. 157 e 158.

<sup>28</sup> Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, 2005, p. 71, que aborda os concepturos como simples esperanças ou expectativas.

e por isso não se pode lhe atribuir personalidade<sup>29</sup>.

Por este motivo observa-se que as previsões legais de proteção ao nascituro não concebido são em regra de ordem sucessória (em caráter testamentário e contratual) e, por isso, possuem natureza patrimonial, como se vislumbra, por exemplo, nos arts. 952, 1, e 2033, 2, “a” do Código Civil<sup>30</sup>.

Nesse sentido, Ensina CARVALHO<sup>31</sup> que: “[...] há que atender a que os direitos do nascituro não se reduzem a esses esporádicos direitos patrimoniais. Isso é certo para *os nascituros não concebidos*, mas não o é para os nascituros já concebidos” [grifos apostos].

Nas palavras do ilustre autor, destaca-se já o entendimento de que quanto ao nascituro concebido há uma amplitude maior de direitos a serem tutelados, notadamente aqueles de esfera extrapatrimonial, na medida em que já se reconhece a existência de uma personalidade jurídica<sup>32</sup> por parte significativa da doutrina, seja ela limitada ou condicionada ao nascimento com vida, ou mesmo considerada como situação em que existem direitos sem sujeito, mas garantindo-se, pois, sua tutela pelo ordenamento jurídico civilista, eis que se trata de um ser humano vivo dotado de dignidade própria e que deve ser preservada, tal como o seu direito à vida e integridade.

---

<sup>29</sup> Acompanhando entendimento explanado por CAPELO DE SOUSA. Op. cit., p. 158.

<sup>30</sup> Art. 952. 1. Os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador.

Art. 2033. 2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade:

a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.

<sup>31</sup> CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 196 e 197.

<sup>32</sup> Entende o renomado doutrinador, ao extrair do texto do art. 66 do Código Civil português que a personalidade se adquire com o nascimento com vida, que tal personalidade jurídica deve ser considerada como integrando toda a tutela do indivíduo a partir da concepção. Cfr. CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 197. Conclui seu pensamento ao mencionar que o nascituro concebido não é um *nada* humano, mas já um embrião, uma firmada *spes vitae*.

No entanto, há controvérsia na doutrina quanto a saber se no caso do nascituro há mesmo personalidade jurídica ou apenas condição jurídica, como se vê no pensamento apresentado por TELLES<sup>33</sup>, quando defende que o nascituro não tem personalidade, não sendo tratado como sujeito de direito, mas goza de proteção jurídica.

Por isso, há doutrinadores que entendem como existente o *direito sem sujeito*<sup>34</sup>, na medida em que o feto ainda não é sujeito de direito (dotado de personalidade e capacidade jurídica plena por depender do nascimento com vida, em respeito à condição imposta pela lei), mas que na condição de filho nascido com vida poderá pleitear indenização por danos físicos e psíquicos decorrentes de um medicamento mal ministrado ainda em sua vida gestacional<sup>35</sup>.

Por outro lado, há quem entenda que o embrião é ser humano e, portanto, pessoa, possuindo assim personalidade jurídica<sup>36</sup>, eis que a pessoa é desde o início o próprio sujeito da proteção jurídica e não apenas o objeto de regras que têm como fim a tutela, devendo, pois, ser considerada existente a personalidade desde a concepção<sup>37</sup>.

Há ainda outro entendimento ao qual se deve ser dar destaque, pois se refere à teoria da retroação da personalidade jurídica em casos que envolvem doação (em condição suspensiva dependente do nascimento com vida), onde o nascituro adquiriria seus direitos advindos da doação (momento em que

---

<sup>33</sup> Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do direito*, vol. II, 10ª ed. Coimbra, 2000, p. 165-167.

<sup>34</sup> Destaque-se entendimento apresentado por MENDES, Castro. *Teoria geral do direito civil*, vol. I. Lisboa, 1978, p. 105-109, em que menciona a questão que envolve a doação ao nascituro e a assemelha à situação de “direitos sem sujeito”, eis que a lei coloca o caso como administração dos bens em favor deste.

<sup>35</sup> Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, Antônio; MOTA PINTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 203.

<sup>36</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>37</sup> Cfr. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I, Parte Geral, tomo III, 2ª ed. Coimbra, 2000, p. 41.

cessaria a condição suspensiva) após o nascimento com vida, retroagindo, pois, ao momento da vida-intrauterina<sup>38</sup>.

Para além da existência de outras teses, parece que aquela defendida por CAPELO DE SOUSA apresenta embaçamento mais coerente ao advogar a existência de uma personalidade jurídica parcial, porquanto a lei civil reconhece direitos ao nascituro em seu art. 66, 2, mas demarca uma condição para que eles sejam adquiridos ou, mormente, exercidos por este.

Neste sentido, pressupondo-se a existência de vida humana no nascituro, o que parece inegável, eis que é dotado de autonomia estrutural e dinâmica própria, forçoso perceber que há personalidade jurídica a ele incorporada (naturalisticamente física e moral), embora seja condicionada ao nascimento com vida, daí a ideia de uma parcial personificação jurídica dos nascituros mencionada pelo doutrinador<sup>39</sup>.

Assim, muito embora o nascituro ainda não tenha nascido com vida – condição esta imposta pela lei para que a personalidade jurídica e capacidade jurídica sejam plenas -, merece guarida legal para as diversas situações que possam lhe atingir ainda na vida intra-uterina.

Neste sentido, vale ressaltar que mesmo a concepção em formas variadas que não aquela naturalmente considerada (como, por exemplo, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*) são protegidas pela preservação da dignidade da pessoa humana e do direito à integridade física<sup>40</sup>.

Com efeito, deve-se falar na existência de uma tutela ampla dos direitos de personalidade do nascituro, porquanto abrange direitos de diversas naturezas e em variados aspectos, o que garante uma maior segurança do nascituro no período gestacional.

---

<sup>38</sup> Cfr. MARQUES, Dias. *Noções elementares de direito civil*, 7ª ed., Lisboa, 1977, p. 14.

<sup>39</sup> Cfr. CAPELO DE SOUSA, Op. cit., p. 160.

<sup>40</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Op. cit., p. 157, nota de rodapé 210.

Como forma de amparar tal entendimento, o mencionado autor defende a existência de uma tutela geral da personalidade prevista na lei em seu art. 70, como forma de salvaguardar os direitos do nascituro através de norma aberta de ordem principiológica.

Aliás, mesmo que se admita que os direitos do nascituro são regras de *numerus clausus*, não se impede a eficácia e validade da tutela pela via do bem da personalidade física e moral em respeito ao desenvolvimento geral de sua personalidade, notadamente o direito à omissão contra ofensas ou ameaças à sua vida e sua saúde, pois embora não tenha personalidade jurídica plena é considerado um indivíduo, nos termos do art. 70 do Código Civil português<sup>41</sup>.

Assim, evidente identificar-se o alargamento dos bens tutelados, tendo em vista a consideração da personalidade em seu teor global, dotada de caráter unitário, multifacetado, dinâmico e individualizado, que tem por natureza um teor cultural que contribui para a formação da singularidade de cada indivíduo.

Veja-se que o legislador faz a diferença de terminologias quando trata por “indivíduo” o ser tutelado pelo art. 70, e como “pessoa jurídica singular” na seção anterior que trata do começo da personalidade. Reta clarividente que o legislador faz a distinção para que se alcance a correta interpretação de que neste segundo caso fala-se em personalidade jurídica plena apenas com o nascimento com vida. Em contrapartida, resta evidente também que a proteção dada pelo art. 70 é ao indivíduo, e por isso se estende ao nascituro através de uma cláusula de tutela geral de sua personalidade enquanto ser embrionário e que ainda não alcançou o mundo exterior, mas que deve ser salvaguardado no período de gestação<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Op. cit., p. 161.

<sup>42</sup> Cumpre registrar que o direito geral de personalidade tem origem germânica e é questão controversa na doutrina portuguesa, dentre seus autores destaca-se ASCENÇÃO, José de Oliveira. Op. cit., p., 86-88 que através de um contraponto rejeita tal



Chega-se à resposta da indagação nuclear deste tópico ao se identificar o nascituro como indivíduo dotado de personalidade jurídica parcial, tendo em vista sua condição de ainda não ter nascido com vida, como preceitua a lei civil em seu art. 66, 2, mas considerando-se a existência na lei, notadamente em seu art. 70, de uma tutela geral da personalidade que assegure a vida em estado embrionário e proteja seus direitos enquanto vida intra-uterina.

Todavia, novas problemáticas passam a ser enfrentadas ao se direcionar os olhares ao bem jurídico maior, i.e, a vida (*in casu* intra-uterina) e o conflito que pode nascer em comparação com os demais direitos de personalidade e direitos fundamentais a que o nascituro está assistido.

Como forma de melhor ilustrar a questão, passa-se a investigar as problemáticas decorrentes das *wrong actions* quanto aos direitos do nascituro enquanto vida embrionária e a falta de informação médica que resulte em um nascimento não planejado de um feto dotado de malformações sob as quais seus genitores não foram alertados, o que lhes retira a possibilidade de interromper a gravidez lícitamente prevista em lei.

Ver-se-á a seguir quais os problemas matrizes ligados ao tema e como se comporta a jurisprudência e a doutrina comparada e portuguesa sobre tais questões, traçando-se, pois, um perfil atual do que vem sendo pensado sobre o assunto, e propondo-se os melhores caminhos quanto ao mister que envolve aspectos fundamentais para salvaguardar o início da vida humana.

---

pensamento, entendendo-o como figura anômala, por entender que neste viés o homem surgiria como objeto de si mesmo, o que é uma impossibilidade lógica. Ainda pondera o autor que o problema da tutela da personalidade pode ser resolvido mais satisfatoriamente pela via do reconhecimento em *numerus apertus* dos direitos especiais de personalidade, constantes no Código Civil a partir dos arts. 72 e seguintes. Por fim, critica a falta de segurança jurídica ao se acatar a teoria da cláusula geral de tutela da personalidade, pois passaria diretamente de uma figura geral e de certa forma abstrata à aplicação ao caso concreto, o que fragiliza a tipificação das modalidades de intervenção.

## 2. AS *WRONG ACTIONS* E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DO NASCITURO

Impende destacar, *prima facie*, que a discussão quanto às espécies de *wrong actions* pressupõe a existência de licitude na interrupção da gravidez, de acordo com os motivos elencados no art. 142 do Código Penal<sup>43</sup>.

As *wrong actions* nascem de um ilícito praticado pelo médico, a materializar-se na falta do dever de informação do profissional quanto às deformações ou deficiências severas que acometem o nascituro, o que gera uma série de problemáticas

---

<sup>43</sup> Art. 142. 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.

2 - A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.

3 - O consentimento é prestado:

- a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou
- b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

4 - Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

que serão pormenorizadas a seguir.

## 2.1. *WRONGFUL CONCEPTION*

Com efeito, destaca-se como primeira espécie do gênero anunciado a chamada *wrongful conception*<sup>44</sup> ou *wrongful pregnancy*<sup>45</sup>, da qual se depreende a falta de informação sobre os riscos de concepção quando se sabe por avaliação médica que há propensão à existência de lesões, ineficácia de um procedimento de esterilização, seja por causas naturais identificadas via exames realizados ou mesmo pela propensão genética dos genitores<sup>46</sup>.

Neste caso não parece importar se há ou não deficiência a quando da concepção efetiva, mas, configurada a falta de informação quando à possibilidade de concepção, mesmo que de nascituro saudável, nasce também o direito de indenização aos genitores que não esperavam que a gestação ocorresse.

Aqui se fala na violação a autodeterminação dos pais quanto à escolha de gerar uma vida, sendo ela saudável ou dotada de deficiências severas. O dever médico de esclarecimento não foi atendido. Presente está a ilicitude que gera a responsabilização<sup>47</sup> e o dever de indenizar.

Aliás, em termos objetivos, a gravidez indesejada resulta de erro médico configurado, independentemente de ocorrer o nascimento<sup>48</sup>. O fato deste ser portador de deficiência

---

<sup>44</sup> Concepção indevida.

<sup>45</sup> Gravidez indevida.

<sup>46</sup> Neste sentido, veja-se RODRIGUES, Carlos E. P. Almeida. *A problemática inerente às wrongful life claims - a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa do Direito da Saúde, ano 10, n. 19, 2013, p. 175.

<sup>47</sup> Naturalmente, para que se configure a responsabilização deve-se conjugar à ilicitude, a existência dos demais pressupostos da responsabilidade civil (fato, a culpabilidade do agente, nexo de imputação entre fato e lesante, dano, o nexo de causalidade entre fato e dano).

<sup>48</sup> Ver PINTO, Paulo Mota. *Indenização em caso de “nascimento indevido” e d\’e “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*. Lex Medicinæ – Revista

severa agrava a questão, mas não é o fato gerador da ilicitude. Esta nasce da preclara falta de informação, violação da *legis artis* pelo profissional da área de saúde.

Quando a questão supera a concepção e avança para a fase da vida intra-uterina que envolve a gestação até o efetivo nascimento sem que os genitores tenham conhecimento do fato tempestivamente ou mesmo esteja sendo gerada uma vida carregada de deficiência da qual não se conhece, surge outra espécie do gênero *wrong actions*.

## 2.2. *WRONGFUL BIRTH*

O chamado *wrongful birth*<sup>49</sup>, ou seja, aquele dano que nasce da violação do dever de informar do médico<sup>50</sup> sobre a situação em que se encontra o feto, após a realização dos exames de acompanhamento do período gestacional e identificação de uma anomalia não informada aos genitores.

Há também a possibilidade que não decorra de erro médico advindo da concepção indevida, mas sendo esta desejada, se ainda sim ocorrer erro médico que causa um nascimento indesejado sem que a mãe pudesse exercer seu direito de interrupção lícita da gravidez, configurado está o *wrongful birth*<sup>51</sup>.

Nota-se que neste momento, os genitores, notadamente a mãe, ainda teriam em seu benefício causas lícitas de interrupção da gravidez, caso tivessem tomado conhecimento a tempo da existência de graves lesões incuráveis no filho que está sendo gerado ou mesmo sua malformação congênita, sendo supri-

---

Portuguesa do Direito da Saúde, ano 4, n. 7, 2007, p. 06.

<sup>49</sup> Nascimento indevido.

<sup>50</sup> Aqui deve falar-se em obrigação principal de tratamento pelo médico, a qual é desdobrada em prestações (ou deveres) como de observação, diagnóstico, terapêutico, vigilância e informação. Cfr. Ficheiro de acórdãos do STJ, nomeadamente ao acórdão de 19.06.2001, disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisprudencia/responsabilizacomedico2001-2012.pdf>, p. 07.

<sup>51</sup> Neste sentido PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 06.

mida sua chance de optar pelo aborto legal.

Quando tal direito de autodeterminação, i.e., de escolha quanto a prosseguir a gestação ou interrompê-la dentro do prazo das 24 primeiras semanas for suprimido, estar-se-á incorrendo em ilícito e gerando danos passíveis de indenização.

As ações que envolvem esse dano são propostas pelos genitores em nome próprio e têm como causa de pedir lesões que geraram os danos por eles sentidos, seja lesão moral pela surpresa dolorosa de verem o nascimento de um filho dotado de deficiências irreversíveis, seja também no âmbito patrimonial, pela supressão da possibilidade de terem realizado um planejamento familiar para o fato<sup>52</sup>. O pedido também se torna vinculado aos genitores e se materializa com a indenização para minorar os danos resultantes da lesão configurada.

E no que se refere ao nascituro dotado de deficiência irreversível e severa, pode-se falar em direito à indenização por ter que suportar suas chagas físicas e psíquicas e que são consequência da falta de cumprimento do dever de informação do médico?

Pode-se dizer que a amputação da autodeterminação dos pais – e que gera o seu direito de indenização - também repercute no filho que nasceu “quando poderia não ter nascido se fosse respeitado o poder de interrupção lícita da gravidez pelos seus genitores?”

Essas são questões nucleares da problemática sob a qual se debruça a seguir o presente estudo.

---

<sup>52</sup> Sobre o planejamento familiar, segue-se entendimento apresentado por PINTO, Paulo Mota. Op. cit. p. 13. Cfr. Ainda sobre o *wrongful birth* e o entendimento aplicado pela jurisprudência, veja-se lição de MORAITIS, Anastasios. *When child-birth becomes damage: a comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims*. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde, ano 4, n. 08, 2007, p. 44, que destaca: “[...] *It was not longer, however, before jurisprudence and case law reached the conclusion that what should be treated as damage in this respect was not the very existence of the child, though the concrete positive economic loss of the parents (positiver Vermögensschaden) resulting from the birth of a child against their family planning [...]*”.

## 2.3. WRONGFUL LIFE

A terceira espécie das *wrong actions*, a chamada *wrongful life* centra a ilicitude no mesmo foco, ou seja, na falta de informação do médico passível de gerar o dano, porém centrada nos danos sentidos pelo filho concebido.

Tem-se em questão diferente identidade de demanda, causa de pedir e pedido em comparação com a *wrongful birth*.

Com efeito, o titular da ação será o filho concebido, atuando, pois, em nome próprio, e dotado de deficiência grave permanente, sendo que sua causa de pedir se baseia no dano suportado pelas mazelas físicas e psíquicas sentidas por ele próprio, as quais são diversas daquelas sentidas pelos pais. Por isso o pedido também é diverso daquela ação.

### 2.3.1. UMA VISÃO COMPARADA SOBRE O INSTITUTO

A *priori*, cumpre salientar que esta modalidade de ações começou a ser discutida nas cortes norte-americanas<sup>53</sup>, notadamente a partir do *case Zepeda x Zepeda* do Tribunal de Illinois (1963)<sup>54</sup> – apesar deste caso ter discutido alguns aspectos diferentes do cerne central<sup>55</sup> em que se permeia o debate atualmente -, no qual o filho intentou ação contra o próprio pai por ter aquele nascido na condição de ilegítimo (e não por ser deficiente).

---

<sup>53</sup> Destaque-se que o legislador do estado de Utah já havia aprovado um chamado *Wrongful Life Act* que proibia que o nascimento ou a falta de possibilidade de abortar fosse arguida como evento lesivo ou defesa em qualquer ação judicial, cfr. PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 08, nota de rodapé 10.

<sup>54</sup> O caso pode ser visto em <[http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240\\_1238.xml/ZEPEDA%20v.%20ZEPEDA](http://www.leagle.com/decision/196328141IllApp2d240_1238.xml/ZEPEDA%20v.%20ZEPEDA)>. Acessado em 02 jun. 2014.

<sup>55</sup> Podem-se destacar decisões que concederam indenizações baseadas no *wrongful life*, nomeadamente em Washington, Califórnia e New Jersey, conforme expõe MORAITIS, Anastasio. Op. cit., p. 47, notas de rodapé 41 e 42.

A expressão *wrongful life*<sup>56</sup> nasce da ideia oposta àquela em que se funda o *wrongful death*, em que se pleiteia indenização por ter ocorrido o fim de uma vida que deveria ter continuado<sup>57</sup>. Assim, o *wrongful life* é sedimentado no pensamento de que a indenização é devida àquele que teve a vida continuada quando deveria ou poderia ter sido extinta.

Assim, sua aceitabilidade teria como consequência o “direito a não existência” ou o reconhecimento de que uma vida pode ser considerada “indevida”. E neste ponto que se encontram os embates dogmáticos de maior envergadura.

Vale ressaltar esta tese foi recepcionada como causa de ação em alguns países como a Holanda, Israel e África do Sul, e noutros acabou por não ser aceita, como em alguns estados dos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Portugal, Canadá, Austrália, Alemanha<sup>58</sup> e França, sendo que esta última em verdade abriu as portas para a discussão no continente europeu.

Com efeito, antes de se posicionar contrariamente ao reconhecimento do *wrongful life*, a *Cour de Cassation* francesa julgou caso emblemático, o conhecido *arrêt Perruche* (2000<sup>59</sup>), no qual a mãe informou os médicos do histórico de problemas familiares ligados à rubéola, informando, pois, inclusive que se o seu filho Nicolas Perruche fosse portador de deficiências durante a gravidez optaria por interromper licitamente o processo gestacional.

Neste caso, por falha na detecção das deficiências durante os exames laboratoriais e por falta de informação do médico que a assistia, seu filho acabou por nascer dotado de deficiências mentais, visuais e auditivas, o que gerou a causa de

---

<sup>56</sup> Vida indevida.

<sup>57</sup> Corroborando a questão ver RODRIGUES, Carlos E. P. Almeida. Op. cit., p. 176.

<sup>58</sup> Cfr. RODRIGUES, Carlos E. P. Almeida. Op. cit., p. 176.

<sup>59</sup> Decisão disponível em [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2000\\_1245/no\\_526\\_1362/](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/). Acessado em 01 jun. 2014.

pedir dos pais, que moveram ação de indenização contra o laboratório e os médicos pleiteando tanto seus danos próprios pelo nascimento do filho em tais circunstâncias, como também pelos danos sofridos pelo próprio filho, e nesta condição agindo como seus representantes.

A Corte francesa entendeu por conceder indenização para os genitores (o que vinha sendo o entendimento corrente em casos semelhantes), mas também ao filho por todos os danos sofridos por este, o que acabou por marcar a história da discussão na Europa, tendo em vista ser este um caso emblemático no que se refere à concessão de indenização ao filho pelas malformações, pressupondo, pois, um nascimento indevido, ante a negligência médica por não informar a mãe da condição do filho, mesmo após o aviso desta de que interromperia a gravidez se o nascituro fosse deficiente<sup>60</sup>.

A questão trouxe a tona uma árdua batalha em que despontam princípios preponderantes no ordenamento jurídico, colocados frente a frente, e envoltos, inevitavelmente, por toda a complexidade social que é dotada de valores éticos e filosóficos<sup>62</sup>.

Afinal, com a condenação do médico e laboratório por não terem informado da existência das malformações<sup>63</sup>, o que

---

<sup>60</sup> A atmosfera gerada pelo caso e toda sua repercussão na sociedade francesa desencadearam a paralisação da atividade pelos profissionais da saúde, que exigiram um posicionamento legislativo definitivo sobre o tema, porquanto estes passaram a necessitar de um parâmetro para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, notadamente no que convergia à sua responsabilidade.

<sup>61</sup> Para além disso, o debate se intensificou no que se refere aos direitos dos deficientes, ao aborto legal, aos valores cobrados pelas seguradoras e quanto ao diagnóstico do exame pré-natal.

<sup>62</sup> Sobre a importância da discussão, cfr. RAUX, Cédric. *Les positions théoriques de la doctrine: retour sur l'affaire Perruche. A.T.E.R au Collège universitaire français de Saint-Petersbourg*. Disponível em <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX.pdf>>. Acessado em 04 jun. 2014, p. 02.

<sup>63</sup> Veja-se que estas malformações existiam independentemente da conduta médica, o que implica dizer que estes não foram seus causadores.



resultou no nascimento da criança deficiente, estar-se-á intrinsecamente atribuindo critério valorativo à vida? Ou estar-se-ia a relativizando?

Em meio a todo este panorama nasceu no ordenamento jurídico francês a chamada *Loi Kouchner* ou *anti-Perruche* – Lei 2002-303<sup>64</sup> de 04 de março -, atinente aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde. Nesta, destaca-se logo, *prima facie*, em seu art. 1º que “ninguém pode tirar partido de um prejuízo pelo fato de ter nascido”<sup>65</sup>.

Assim, com este diploma a lei francesa põe fim à discussão jurisprudencial quanto à possibilidade de se indenizar o filho nos casos de *wrongful life*, mantendo, todavia, a possibilidade de se indenizar os pais pelos prejuízos sofridos pelo nascimento de filho indesejado ou não planejado (*wrongful birth*)<sup>667</sup>.

<sup>64</sup> Disponível em <  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>  
 >. Acessado em 04 jun. 2014.

<sup>65</sup> Art. 1. I. “*nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance*”. Disponível em <  
[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=7BA8D5E46E93C31F8EC08435E77E0E52.tpdjo07v\\_1?idArticle=LEGIARTI000006697384&cidTexte=LEGITEXT000005632379&dateTexte=20140605](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=7BA8D5E46E93C31F8EC08435E77E0E52.tpdjo07v_1?idArticle=LEGIARTI000006697384&cidTexte=LEGITEXT000005632379&dateTexte=20140605)>. Acessado em 04 jun. 2014.

<sup>66</sup> Merece menção o fato de existir pelo menos um caso precedente ao conhecido *arrêt Perruche* no parlamento republicano francês, aprovado em 1983 e que versava sobre a vedação de ações com fundamento no nascimento, como bem destaca PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 08, nota de rodapé 10.

<sup>67</sup> Convém aduzir que outros ordenamentos jurídicos também tiveram casos referência no que atine ao *wrongful life claims* como, p. ex., o caso “Baby Kelly” ocorrido na Holanda em 2005, em que à semelhança do caso francês, a mãe informou previamente a parteira do centro médico que existia histórico familiar de alteração cromossômica que poderia influenciar na formação do feto. No entanto, os exames pré-natais não foram realizados por deliberação da parteira e Kelly Molenaar veio a nascer com lesões graves e permanentes, a ponto de sequer reconhecer os pais, por vezes. Assim, a corte holandesa concedeu indenização aos pais, mas também à Kelly, o que gerou larga discussão na sociedade e doutrina holandesa. Contudo, diferentemente do caso francês, não houve suporte legislativo posterior que elidisse novas decisões como esta.

### 2.3.1. REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PORTUGUESA

Em Portugal, a discussão sobre o instituto adquire maior importância<sup>68</sup> a partir do Acórdão do STJ - Supremo Tribunal de Justiça - de 19 de junho de 2001<sup>69</sup>, sob relatoria do ministro Fernando Pinto Monteiro, sendo considerada a primeira a versar sobre *wrongful life* no ordenamento jurídico português, elidindo-o por considerar que o pleito se sustenta num direito à não existência e que tal direito não existe no ordenamento jurídico português. Aduz ainda que mesmo que existisse não poderia ser pleiteado pelos pais em representação do filho, porquanto a decisão de dever ou não existir somente caberia ao filho enquanto maior de idade.

Assim, nota-se que a ação foi proposta pela própria criança através de seus pais, invocando, pois, danos próprios por ter nascido com malformações nas pernas e na mão direita, sendo tal fato embasado na negligência médica e da clínica que os assistiu, por não terem detectado as anomalias.

Todavia, nota-se assim como no *wrongful birth* que o ilícito nasce da falta de informação dos profissionais de saúde, o que retira o direito de interrupção da gravidez no prazo e forma estabelecidos no art. 142 do Código Penal Português, gerando, pois, danos aos pais – este dano aos genitores não é objeto do presente aresto<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Em que pese a doutrina portuguesa caminhar à frente e já ter se manifestado sobre o tema antes mesmo do referido acórdão, como bem menciona PINTO MONTEIRO, Antônio. *Direito a não nascer? Anotação ao Ac. STJ de 19 de junho de 2001*. Revista de legislação e jurisprudência, ano 134, n°. 3933, p. 378, nota de rodapé n°. 04.

<sup>69</sup> Disponível em: <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/HTML/002541.htm>>. Acesso em 12 dez 2013.

<sup>70</sup> Inobstante, neste acórdão se ventila uma eventual decisão favorável ao *wrongful birth*, caso a ação fosse proposta pelos pais e o dano invocado fosse aquele sentido por eles próprios, com base no mesmo ilícito, i.e., falta de informação dos médicos quanto às lesões graves e permanentes do filho. Cfr. trecho que destaca: “[...] Dentro

Destarte, a problemática se centraliza no *wrongful life* por carregar dentre seus fundamentos a colisão de direitos que aparentemente possuem mesma envergadura no ordenamento jurídico e exatamente neste mister que se desenvolve o presente tópico, sem que se detenha demasiadamente aos aspectos que envolvem a responsabilidade civil médica e seus pressupostos para caracterização do direito de indenizar<sup>71</sup>, mas notadamente quanto aos aspectos que envolvem os direitos de personalidade do nascituro e seus princípios formadores.

Aliás, é de se notar que após este primeiro *decisum* colegiado da Suprema Corte Portuguesa que traz à luz do direito a discussão sobre o direito a não existência ou ao não nascimento, o debate doutrinário e jurisprudencial quanto ao *wrongful life* configurou-se ainda mais acalorado e também gerou novas jurisprudências sobre o tema, como o recente acórdão do STJ de 13 de janeiro de 2013<sup>72</sup>, em que o Supremo foi convocado a decidir sobre ação que envolvia *wrongful birth* e *wrongful life*.

Tal acórdão acabou por confirmar a posição ventilada

---

da lógica de argumentação do autor, o pedido de indenização deveria ser formulado pelos pais e não por ele, já que o direito ou a faculdade que poderá ter sido violado não se encontra na órbita de sua esfera jurídica, mas sim de seus pais [...]”. Neste sentido, cfr. PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. cit., p. 381-382, quando aduz: “[...] Se o caso fosse este, se o autor da acção tivessem sido os próprios pais, ver-se-ia, então, se haveria direito a uma indenização. O Supremo não tomou posição a este respeito – pois não era isso que estava em causa no caso “sub-judice” -, mas não deixou de aludir, mais de uma vez, a que a questão *seria diferente* se o pedido de indenização tivesse sido formulado *pelos pais* e não pelo menor. Parece, assim, que o Supremo deixou a *porta aberta* para uma solução diferente no caso de o autor da acção serem os próprios pais [...]”.

<sup>71</sup> O que não elide a necessidade de se demarcar aspectos atinentes a esta responsabilidade, por serem preponderantes quanto ao objeto central da presente investigação – aqui se destaca a necessidade de esclarecer que o pressuposto da ilicitude dentro do conceito de *wrongful birth* e *wrongful life* está ligado à falta de informação médica e não ao nascimento de uma nova vida com malformações em si, porquanto tais deficiências eram prévias e não decorrem da atuação médica.

<sup>72</sup> Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument>>. Acessado em 12 jan. 2014.

no precursor aresto de 2001, quanto ao pedido de indenização pleiteado pelo filho, ratificando posição predominante no sentido de elidir as *wrongful life claims*, na medida em que inevitavelmente estaria se reconhecendo uma vida como “indevida” ou o próprio direito do nascituro “a não ter nascido”.

Nesta senda, levantam-se diversos argumentos doutrinários que fundamentam a jurisprudência, seja no sentido de referendar a concessão de indenização fundada no instituto, seja no entendimento de que este não deve subsistir por pleitear direito não previsto no ordenamento jurídico.

Neste sentido, identifica-se indubitavelmente, que o primeiro grande conflito emerge com a existência de prismas opostos quanto à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o que *per se* revela a complexidade do problema, porquanto se encontra embebido em questões éticas, filosóficas, morais, religiosas<sup>73</sup>.

Com efeito, induz-se à reflexão: será mais respeitada dignidade quando se concede a indenização por respeito a uma vida que seguirá dotada de dificuldades severas ou, ao contrário, quando se recusa a indenização por não ser o homem capaz de valorar cada vida e atribuir-lhe um peso passível de correção via reparação material<sup>74</sup>?

E PINTO MONTEIRO<sup>75</sup> ao abordar o tema é preciso ao apontar questões que envolvem pressupostos e consequências que devem ser ponderados para se definir um dos caminhos a trilhar quanto ao entendimento juridicamente mais coerente.

---

<sup>73</sup> Evidentemente que os demais valores mencionados acima compõem a análise jurídica, mas não podem a sobrepor, sendo este um cuidado que se deve ter em mente ao se ponderar sobre o problema.

<sup>74</sup> Quanto a estes questionamentos, cfr. PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. cit., p. 383, quando indaga: “[...] será que se respeita mais a dignidade da pessoa humana quando se recusa a indenização, ou, pelo contrário, não será precisamente *o respeito pela pessoa humana* a exigir que se lhe reconheça esse direito *a fim de lhe permitir suportar a vida com o mínimo de condições materiais e de dignidade?*[...]”.

<sup>75</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. cit., p. 383-384.

Com efeito, para se falar em indenização por danos sentidos pelo filho e por ele pleiteados, deve-se ter em consciência que o problema das malformações do nascituro não foi causado pelos médicos e por eles não poderiam ser mitigadas, e, portanto, há aqui uma primeira dificuldade quando se almeja condená-los.

Parece inevitável considerar que a única alternativa do nascituro seria não nascer, e a consequência deste pedido acabaria sendo o reconhecimento de um direito a não nascer e a constatação de que uma vida pode ser indevida, condenando-se, pois, a vida. Então a morte seria o caminho natural? O dano está em ter sobrevivido?

Neste viés parece que o direito caminha por uma trilha permeada por uma areia movediça de argumentos contrários ao bom direito e à sua base principiológica constitucional ligada ao respeito à vida e sua igualdade entre os indivíduos<sup>76</sup>. Afinal, o direito não parece ser substrato para que se condene a vida e prestigie a morte.

Evidentemente que não se pode perder de vista as disposições constitucionais quanto à proteção do bem jurídico, *in casu*, a vida dotada de seu caráter absoluto. E neste viés, deve-se destacar a notável influência do texto constitucional que serve como bússola para o entendimento jurídico aplicado à solução dos conflitos que nascem entre os particulares no cerne do direito privado<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Neste viés, importante colher os ensinamentos de GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 1º vol., 4ª ed., ed. rev., Coimbra, 2007, p. 448, ao lecionarem que “[...] o direito à vida está intimamente ligado a outros direitos como a dignidade da pessoa humana (art. 1º C.R.P.), desenvolvimento da personalidade (art. 26º, n.º. 1, C.R.P.), integridade física e psíquica (art. 25º, n.º. 1, C.R.P.) e igualdade (art. 13º C.R.P.). A igualdade, neste contexto significa a igual dignidade constitucional de todas as vidas.”

<sup>77</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *A própria vida como dano?*. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382)>. Acessado em 10 jun. 2014, que ensina quanto à problemática do nascituro no que se refere às pretensões fundadas no *wrongful life*: “[...]Esta problemáti-

Nesse caminho, poder-se-ia vislumbrar um fenômeno de relativização da vida a partir do momento em que se estabelece no ordenamento jurídico, através da Lei n.º. 16/2007<sup>78</sup>, alteração na redação do artigo 142 do Código Penal Português para incluir a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez pela mulher até as 10 semanas de gestação, como forma de sustentar a tese de que o direito a não nascer teria fundamento no sistema jurídico<sup>79</sup>.

Por outro lado, ao destrinçar as questões que fundamentam a inclusão no diploma penal, vê-se que não se trata de lacuna permissiva à relativização da vida (*in casu* intra-uterina), mas de prestígio ao princípio da maternidade consciente.

Nesta esteira, o ponto em que se sustenta o fundamento da inclusão legal tem os holofotes voltados à proteção da intimidade da mãe e não visa criar um direito a não existência por parte do nascituro, o que contrariaria a base constitucional fundada no princípio da igualdade entre as vidas e se sua dignidade, inviolabilidade e integridade.

Aliás, nem se deve tratar a possibilidade lícita de interrupção da gravidez como obrigação dos pais, mesmo que dentro das mencionadas 10 semanas e com as malformações congênicas constatadas e informadas pelo corpo médico, porquanto não é razoável que se tenha em vista a vontade real dos genitores de destruição do feto<sup>80</sup>.

---

ca é apropriada para aprofundar a discussão em torno da coordenação entre o direito privado e o direito constitucional. Na verdade, o presente tema, embora tenha em si natureza privatística, conduz à questão de saber em que medida a proteção constitucional da vida proporciona ou indica uma solução para os casos abrangidos[...]”.

<sup>78</sup> Disponível em < <http://www.dre.pt/pdf1s/2007/04/07500/24172418.pdf>>. Acessado em 11 jun. 2014.

<sup>79</sup> Cfr. RODRIGUES, Carlos E.P. Almeida. Op. cit., p. 182.

<sup>80</sup> Cfr. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., 14, no mesmo sentido quando aborda que “[...] apesar de a lei penal permitir em certas hipóteses a interrupção da gravidez, cremos que repugna a aceitação de um *dever* ou mesmo tão-só de um *ônus*, dos pais, no sentido da destruição da vida humana pré-natal [...]”.

Se assim o fosse, estar-se-ia estabelecendo mais uma possibilidade ligada ao *wrongful life* de que o filho pudesse acionar judicialmente também os pais, caso estes não tivessem cumprido com a interrupção da gravidez na forma legal, o que teria lhe gerado o nascimento indevido passível então de indenização<sup>8182</sup>.

Tal ponto de profunda reflexão<sup>83</sup> apontado por PINTO MONTEIRO não parecem ser razoavelmente coerentes, por seguir de encontro aos valores sociais prestigiados pelo ordenamento jurídico constitucional, notadamente quanto ao direito à paternidade e maternidade, tendo como seu corolário a preservação da família como célula fundamental da sociedade<sup>84</sup>.

Por outro lado, deve-se ressaltar que outros fatores não parecem se coadunar quando se fala na legitimidade para rece-

---

<sup>81</sup> Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Disponível em: [https://digitalis-dsp.sib.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf](https://digitalis-dsp.sib.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf). Acessado em 17 jun. 2014, em que a autora trata de um dever parental de evitar o nascimento de criança dotada de anomalias, ressaltando, pois, que tal pensamento ainda é bastante controverso. Nas palavras da doutrinadora: “[...] Mas, como já ficou referido, esta acção pode também ser dirigida contra os pais, invocando-se o facto de estes terem prosseguido com a gestação não obstante estarem a par da doença, reivindicação esta que se funda num (ainda muito discutido) dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições [...]”.

<sup>82</sup> RAPOSO põe em questão ainda a discussão a respeito das novas tecnologias e técnicas de reprodução e como a PMA (procriação medicamente assistida), mencionando, pois que gerariam problemáticas semelhantes àquelas atinentes à reprodução sexual propriamente dita, porquanto os pais acabariam por autorizar a transferência de embriões dotados de alterações genéticas ante a falta de informação médica. No entanto, finca-se o entendimento de que as questões a serem suscitadas, mesmo nesta nova seara tecnológica, referem-se aos pleitos dos genitores quanto danos por falha médica, tal e qual os realizam no *wrongful birth*, não havendo espaço para se falar em pleito no que concerne ao *wrongful life*.

<sup>83</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. cit., 384.

<sup>84</sup> Cfr. Constituição Portuguesa no art. 67, 1. A família como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

ber indenização.

Como elucidada MOTA PINTO, se aos pais é devida indenização pelo *wrongful birth*<sup>85</sup>, como se pode então entender não ser esta devida também ao nascituro que é de fato o indivíduo que carrega as deficiências e que deverá suportar pelo resto de seus dias as dificuldades advindas de uma vida limitada a esta condição?

Com efeito, quando se põe em análise a posição da dignidade da pessoa humana frente a presente questão, vê-se que parece não fazer sentido ver convalidada a indenização baseada no *wrongful birth* e não acatada aquela fundada no *wrongful life*.

E neste aspecto discute-se a possibilidade de tal direito ser requerido pelos pais em representação do filho ou se apenas poderia ser ponderado pelo filho quando maior de idade, como bem lançado no acórdão do STJ de 19.06.2001<sup>86</sup>, caso tenha condições de fazê-lo diante de suas limitações, porquanto não se poderia atribuir a uma outra pessoa a análise quanto aos danos advindos do prosseguimento de uma vida.

E mais, o direito a uma possível não existência, mesmo que fosse tutelado no ordenamento jurídico português, não poderia ser delegado aos pais, pois aí não alcançaria o direito paternal sobre o filho.

---

<sup>85</sup> O doutrinador destaca um dano de natureza patrimonial advindo do incumprimento de um contrato estabelecido entre os pais e os médicos, dando origem, pois, ao chamado “dano do planejamento familiar”. Destaca também a existência de um dano de natureza não patrimonial que “[...] é resultado do nascimento de criança indesejada [...]” dotada de malformações. Cfr. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 13.

<sup>86</sup> Destaca-se do texto do referido aresto: “[...] Tal direito, que não encontra consagração na nossa lei, mesmo que exista, não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho. Só este, quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor de tutela jurídica e de possível indemnização. Os poderes deveres que constituem o poder paternal, bem como a representação legal dos pais para suprir a incapacidade de exercício dos filhos, a incapacidade judiciária ou, até onde for possível, a própria incapacidade de gozo, não são bastantes para os pais, em nome do filho, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.”



Por fim, quanto a este quesito, arremata-se a discussão com a ponderação de que nem mesmo o titular do direito não poderia dispor de sua própria vida, afinal o direito à vida, integrado ao direito geral de personalidade, não está disponível e, pois, deve ser respeitado pelo seu próprio titular.

Retoma-se aqui o ponto preponderante apresentado alhures quanto à valoração da vida pelo homem.

Com efeito, uma decisão que tem como escopo proteger o nascituro de uma vida difícil já nasce com um fundamento que pode seguir de encontro à melhor aplicação do direito, na medida em que sua consequência, inexoravelmente, seria a valoração da vida do homem pelo homem.

Como não pensar em tal aspecto quando se tem em vista uma decisão que julgará se uma vida deficiente tem mais valor que uma vida saudável? Pois se há indenização à vida dotada de malformações pressupõe-se a esta um valor inferior e que deve ser compensado, daí emerge a lógica para a concessão de indenização.

Tal valoração fundada no *wrongful life* pode gerar conclusões que parecem equivocadas e impossíveis, como o pressuposto de que uma vida poderia não valer a pena ser vivida, ou ainda a parametrização de um dano a ser fundada nos valores entre uma vida com deficiência e uma não vida. Este tipo de julgamento não parece competir aos nossos tribunais<sup>87</sup>.

Com isso vê-se o nível de complexidade moral e ética que envolvem o sentido e alcance da dignidade da pessoa humana na aceitação do instituto ora pormenorizado.

E neste aspecto convém aduzir que ao se tratar de uma vida, seja esta dotada de malformações ou plenamente saudável, não há que se estabelecer um critério valorativo, como se cada deficiência de que o indivíduo seja dotado conte um ponto

---

<sup>87</sup> Quanto a estes apontamentos, cfr. O teor do Acórdão do STJ de 19 jun. 2001, quando refere que: “[...] o dano é o prejuízo de viver com a deficiência, comparado com a vantagem de não viver de todo”, declarando-se os Tribunais incapazes de fazer tais cálculos [...]”.

a mais na tabela que define se este deve ou não nascer, ou devia ou não ter nascido.

A vida está para além do plano escalonar das coisas, portanto não deve ser coisificada e é dotada de tal dignidade que está acima de quaisquer aferições entre os indivíduos. Portanto, a comparação entre uma vida com malformações e outra saudável para admitir-se a uma compensação financeira não deve ser aplaudida.

Neste mister, seguindo-se os ensinamentos de KANT, se na vida tudo tem um preço ou uma dignidade, naquilo que há preço há possibilidade de substituição por outra coisa equivalente. Todavia, no que não permite a equivalência, enxerga-se então a dignidade<sup>88</sup> e a vida se encontra presente neste segundo quesito, por isso é indisponível e esta regra deve ser respeitada até mesmo por seu próprio titular.

Assim, a solução via judicial com a compensação financeira baseada no *wrongful life* encontra patente dificuldade de ser bem quista no ordenamento jurídico, tendo-se em vista o direito da personalidade e sua matriz de proteção à vida e ao ser humano que jamais podem ser desrespeitadas.

Haver-se-ia que se imaginar então este problema como um caso realmente sem alternativas para a criança que terá uma vida sofrida por conta de suas deficiências.

Nesse sentido, poder-se-ia contar então com o Estado, porém não mais investido em seu papel decisório-condenatório de que o juiz é dotado, mas, através da justiça social e do apoio da segurança social<sup>89</sup>. Parece que esta poderia cumprir com

---

<sup>88</sup> Cfr. Immanuel Kant apud BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acessado em 12 jun. 2014, p. 17, nota de rodapé 84.

<sup>89</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. cit., p. 384, quando se posiciona sobre o tema ao aduzir que: “[...] Pois a verdade é que a *necessidade premente de apoiar uma pessoa com tais deficiências deve é reclamar a intervenção dos mecanismos da*

mais exatidão este papel de assistencialismo, que é de sua natureza e não dos Tribunais.

Daí a necessidade de se buscar alternativas mais adequadas à efetiva solução da questão, com a assistência ao nascituro que deve lidar com todas as dificuldades inerentes a sua condição.

A via judicial não parece o melhor caminho, sob pena de se condenar de forma desproporcional o médico por um dano que não tem sua dimensão controlada por este profissional e a responsabilidade civil também não parece ser a melhor técnica para tanto.

As alternativas<sup>90</sup> que se criam para a solução da questão fora das vias judiciais parecem atender melhor os problemas que envolvem as *wrong actions*, e passam a margem das discussões e conflitos gerados no meio judicial, os quais levantaram, por vezes, a inevitável afronta aos princípios jurídicos, que se utilizados por via diversa daquela pensada para o ordenamento jurídico acabam por atentar contra a ordem juscivilística e constitucional, desrespeitando-se, pois, os direitos da personalidade do nascituro, dentre eles o próprio direito de preservação da vida igualmente considerada entre os seres humanos.

---

*segurança social*. É por esta via, é através da *segurança social* que se deve intervir em apoio às pessoas deficientes. Não vemos como *responsabilizar* o médico *perante* a criança... por uma deficiência que não lhe é devida.”

<sup>90</sup> Por exemplo, a cobertura de danos por seguros e por fundos de cobertura geral e suplementar, como se vê a propósito na Áustria através dos chamados AHVB\EHVB (*General and Supplementary Conditions for Liability Insurance*); as estruturas alternativas de iniciativa privada (financiadas por médicos e hospitais) do sistema norte-americano como o 1987 *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program* e o *Flórida Birth-Related Neurological Injury Compensation Program (NICA)*; e o sistema francês denominado *solidarité nationale* que segue a citada Lei *anti-Perruche* de 2002. Cfr. MORAITIS, Anastasio. Op., cit., p. 56 e 57. Condições gerais dos seguros mencionados disponíveis em: <[http://www.hainzl.at/uploads/produktpdfs/EHVB\\_u\\_AHVB\\_2007\\_Stand\\_2013-03-07.pdf](http://www.hainzl.at/uploads/produktpdfs/EHVB_u_AHVB_2007_Stand_2013-03-07.pdf)>. Acessado em 14 jun. 2014.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema escolhido é desafiador, pois além de possuir envergadura civilística e constitucional, notoriamente está vinculado ao cotidiano da vida social. Por conta disto, encontra-se em constante metamorfose, o que alimenta o debate sobre as problemáticas que nele se instalam.

Para além de se tecer sua rede norteadora de matrizes fundamentais, o tema fortalece o exercício da reflexão sobre a colisão dos direitos de personalidade voltados ao nascituro e sua vida intra-uterina, pois ao que de certo modo nos parece embasar de forma coerente alguns entendimentos, se confrontados sob outro prisma criam uma nova via de raciocínio jurídico perfeitamente compreensível e aplicável, o que gera a sensação de que não se chegará a uma posição definitiva sobre o conflito instalado.

Como restou patente no transcorrer da investigação, os direitos de personalidade do nascituro, mesmo que parciais (depende do nascimento com vida para sua plenitude), estão presentes e são protegidos por uma tutela geral prevista no art. 70 do Código Civil.

Desde o início da vida, diversas problemáticas nascem para o direito resolver quanto aos direitos existentes nessa fase embrionária, e uma das mais relevantes sem sombra de dúvidas são aquelas decorrentes das *wrong actions*, notadamente as que envolvem os pedidos de indenização baseados no *wrongful life*.

Destarte, à medida que se debruça sobre o tema e suas problemáticas, inicia-se uma busca quanto à direção para a qual caminha a aplicação do direito à tutela do nascituro, o que nos instiga às elucubrações jurídicas e até mesmo a busca por soluções alternativas, o que contribui para a produção de novos debates sobre o instituto, tendo em vista sempre o alcance das medidas mais adequadas à solução dos conflitos atinentes aos direitos do nascituro.

Outrossim, as questões apreciadas no estudo não parecem ter um ponto final à medida que novas formas de reprodução humana são desenvolvidas com base na tecnologia criada pelo homem através da ciência, o que permite a evolução de técnicas de reprodução assistida, como a fertilização *in vitro* e tantos outros procedimentos que contribuirão para a contínua pertinência do tema posto à análise.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil teoria geral*, vol. 3, 2ª ed., Coimbra, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acessado em 12 jun. 2014.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra, 1995.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *A própria vida como dano?*. Disponível em: < [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72382)>. Acessado em 10 jun. 2014.
- CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed. Coimbra, 2012.

- CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Lisboa, 1972-1973.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I, Parte Geral, tomo III, 2ª ed. Coimbra, 2000.
- FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra, 2009.
- GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º vol., 4ª ed., ed. rev., Coimbra, 2007.
- LEI KOUCHNER nº. 2002-303 de 14 março. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>>. Acessado em 04 jun. 2014.
- MARQUES, Dias. *Noções elementares de direito civil*, 7ª ed., Lisboa, 1977.
- MENDES, Castro. *Teoria geral do direito civil*, vol. I. Lisboa, 1978.
- MORAITIS, Anastasios. *When childbirth becomes damage: a comparative overview of “wrongful birth” and “wrongful life” claims*. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde, ano 4, n. 08, 2007.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, Antônio; MOTA PINTO, Paulo (revisores). *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra, 2012.
- MOTA PINTO, Paulo. *Indenização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)*. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa do Direito da Saúde, ano 4, n. 7, 2007.
- PINTO MONTEIRO, Antônio. *Direito a não nascer? Anotação ao Ac. STJ de 19 de junho de 2001*. Revista de legislação e jurisprudência, ano 134, nº. 3933.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida*

(*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*) e a *responsabilidade médica*. Disponível em: [https://digitalis-dsp.sib.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf](https://digitalis-dsp.sib.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf). Acessado em 17 jun. 2014.

RAUX, Cédric. *Les positions théoriques de la doctrine: retour sur l'affaire Perruche. A.T.E.R au Collège universitaire français de Saint-Pétersbourg*. Disponível em <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX.pdf>>. Acessado em 04 jun. 2014.

RODRIGUES, Carlos E. P. Almeida. *A problemática inerente às wrongful life claims - a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa*. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa do Direito da Saúde*, ano 10, n. 19, 2013.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do direito*, vol. II, 10<sup>a</sup> ed. Coimbra, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*, 3<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2005.