

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

DANOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR: ANÁLISE DAS WRONGFUL ACTIONS NO DIREITO BRASILEIRO

Melina Gruber Endres¹

Resumo: O presente artigo aborda a temática das *wrongful actions*, ações indenizatórias relativas a *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: três tipos de novos danos tutelados pela responsabilidade civil no direito comparado. O estudo tem por objetivo refletir acerca da sua viabilidade jurídica no contexto brasileiro. Para possibilitar essa análise, serão apreciados alguns elementos, tais como apontamentos sucintos acerca dos novos danos, conceituação e delimitação de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, diferenciando-os de danos similares. Também serão demonstrados os principais casos relativos à temática, como esta é enfrentada no Brasil e as tendências futuras.

Palavras-Chave: Wrongful Actions; Wrongful Conceptions; Wrongful Birth; Wrongful Life.

Sumário: Introdução; 1. Breves apontamentos sobre os novos danos; 2. *Wrongful conception*; 3. *Wrongful Birth*; 4. *Wrongful*

¹ Mestranda em Direito, na área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e de Direito Privado” pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul em convênio com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS). Advogada.

Life; 5. Aspectos polêmicos e críticas; Conclusão; Referências Bibliográficas.

DAMAGES TO FAMILY PLANNING: ANALYSIS OF WRONGFUL ACTIONS IN BRAZILIAN LAW

Abstract: This article presents the subject of wrongful actions, indenizatory actions related to wrongful conception, wrongful birth and wrongful life: three types of new damages protected by civil liability in comparative law. The study aims to reflect on its legal viability in the Brazilian context. To enable this analysis, some elements will be considered, such as succinct notes regarding the new types of damages, conceptualization and delimitation of wrongful conception, wrongful birth and wrongful life, differentiating it from similar damages. The leading cases related to the theme, how it is judged in Brazil and future tendencies will also be demonstrated.

Keywords: Wrongful Actions; Wrongful Conceptions; Wrongful Birth; Wrongful Life.

Summary: Introduction; 1 Brief Notes About the New Damages; 2 Wrongful conception; 3. *Wrongful Birth*; 4. *Wrongful Life*; 5. Controversial Aspects and Criticism. Conclusion; References.

INTRODUÇÃO



presente artigo trata da temática das *wrongful actions*, ações indenizatórias que dizem respeito a três danos extrapatrimoniais diversos: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*; no Direito brasileiro.

Assim, é possível antecipar o problema central do estudo: indenizações por *wrongful conception*, *wrongful birth* e

wrongful life são compatíveis com o cenário jurídico brasileiro? Trabalha-se com a hipótese afirmativa. Desse modo, busca-se o maior entendimento acerca das *wrongful actions* a partir da maneira com que a temática tem sido enfrentada no Brasil e as tendências futuras.

Para tanto, o artigo será dividido em cinco partes: (a) breves apontamentos sobre os novos danos, no intuito de contextualizar *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*; (b) *wrongful conception*; (c) *wrongful birth*; (d) *wrongful life*; em cada um desses três últimos tecer-se-á os conceitos, delimitando-se os argumentos e pedidos relativos às ações que tutelam referidos danos, bem como apresentar-se-á a casuística pertinente, a forma com que o ordenamento jurídico brasileiro tem enfrentado a temática e as tendências futuras; e, por fim, (e) expor-se-á críticas, observando os aspectos polêmicos dos institutos.

Como método científico de abordagem utilizar-se-á o dedutivo e, como método de interpretação jurídica far-se-á uso do tópico-sistemático.

Nessa perspectiva, o presente trabalho se propõe a analisar questões relativas a aplicabilidade de três novos danos, *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, sem dúvidas, um assunto relevante, de alcance e interesse social.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS NOVOS DANOS

O reconhecimento de danos ressarcíveis passou por significativas modificações ao longo da história. Em um primeiro momento, tutelava-se os danos estritamente patrimoniais, resumidos à diferença entre o patrimônio da vítima antes e depois da lesão sofrida. Tal método de aferição mostrou-se insuficiente, razão pela qual, evoluiu-se para a perspectiva segundo a qual considera-se dano a ofensa a qualquer interesse não

proibido pela ordem jurídica, incluindo-se, portanto, os danos extrapatrimoniais, no sentido de ofensas à personalidade, a interesses difusos e coletivos².

A partir da constitucionalização do direito civil, diversas modalidades de danos extrapatrimoniais³ foram somando-se aos danos patrimoniais, de forma a consolidar a ampliação da tutela dos direitos de personalidade⁴. Essa maior proteção destinada ao ser, possibilitou o surgimento dos denominados novos danos que, para além das figuras mais comuns como dano moral puro, dano à integridade psicofísica, dano estético e dano à saúde⁵, tutelam uma infinidade de outros bens ou interesses, como danos existenciais, danos à intimidade, *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, tema central do presente estudo.

Wrongful conception, *wrongful birth* e *wrongful life* são três danos extrapatrimoniais decorrentes de lesões infringidas ao planejamento familiar e à autonomia da mulher.

2. WRONGFUL CONCEPTION

Wrongful conception é uma figura do direito comparado que trata de lesão ao planejamento familiar ou à autodeterminação da mulher, decorrente do nascimento de um filho não planejado⁶. Tal dano decorre de situações em que os pais ou a mulher

² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.p.137-145.

³ Em perspectiva mais atual, danos extrapatrimoniais representam ofensa à bem integrante da personalidade, como a honra, a imagem e a liberdade, englobando outros bens e valores, não apenas dor, sofrimento ou aborrecimento, como anteriormente compreendia-se. Sobre o tema ver: SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015; MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

⁴ Vide TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-59.

⁵ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.91-92.

⁶ HENSEL, Wendy. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life

havia feito uso correto de algum dos mecanismos tendentes a evitar a concepção, mas, por algum fato imputável a terceiro (inadequada colocação de DIU, procedimentos de vasectomia ou ligadura de trompas defeituosos ou falha em fármaco, como o caso das pílulas de farinha), a mulher engravida e uma criança saudável nasce⁷.

Na ação de *wrongful conception* o casal ou a pessoa que tem o planejamento familiar ou sua autodeterminação lesada ajuíza demanda indenizatória argumentando ter feito uso das medidas adequadas à contracepção justamente por não desejar ou não poder prover economicamente um filho⁸. Nessas ações normalmente pleiteia-se a totalidade dos custos da criação do filho e danos morais. Os pedidos geralmente são procedentes para determinar o ressarcimento das despesas com o parto e devolução do valor gasto com o método em caso de falha no dever de informação ou erro médico⁹.

Ações embasadas em *wrongful conception* são relativamente comuns no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰. Em geral,

Actions. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, vol. 40, 2005.p.151.

⁷ Não se olvida que há autores que entendem que à essa modalidade soma-se a possibilidade do nascimento de uma criança não saudável, cujo risco de nascimento com incapacidade não foi de todo informada aos pais ou, ainda, estes foram erroneamente informados e a criança veio a nascer com deficiência genética, é o posicionamento defendido, por exemplo, por Paulo Mota Pinto (PINTO, Paulo Mota. Indenização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (Wrongful Birth e Wrongful Life). *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.10, n.3, p. 75-99, abr. 2008.). Nada obstante, no presente trabalho, adotar-se-á a classificação na qual a *wrongful conception* diz respeito, apenas, ao nascimento de crianças saudáveis.

⁸ MAHONEY, Kathleen A. Malpractice claims resulting from negligent preconception genetic testing: do these claims present a strain of wrongful birth or wrongful conception, and does the categorization even matter? *Suffolk University Law Review*, v. 39, 2006, p. 775

⁹ Essas são bem retratadas pela Corte de Apelações de New Hampshire, Estados Unidos, no caso *Kingsbury v. Smith*, em 1982 (122 N.H. 237).

¹⁰ A título de exemplo, cite-se decisão proferida pelo STJ (REsp 1051674/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 24/04/2009) e decisões dos Tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo (Apelação Cível nº 70067085787, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:

decorrem de colocações de DIU inexitasas, de falha na realização de procedimentos de esterilização, ou ainda, quando há falha na prestação de informação dos cuidados pós-procedimento, como realização de exames ou uso de métodos contraceptivos alternativos por determinado período após a realização do procedimento.

Além das corriqueiras situações em que há falha de procedimentos, um caso brasileiro ganhou especial atenção midiática e teve muita repercussão: o “caso das pílulas de farinha” ou, ainda Microvlar. Na ocasião, em razão de sucessivos erros por parte da empresa, algumas cartelas sem princípio ativo, contendo apenas farinha, acabaram sendo comercializadas, o que provocou uma elevada ocorrência de gravidezes não planejadas, que posteriormente ficou conhecido como “baby boom”.

Na época, o PROCON e o Estado de São Paulo propuseram ação civil pública, cuja decisão que fixou condenou o laboratório ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Referida decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 866.636/SP¹¹, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que não conheceu o Recurso Especial. Apesar de referida ação, outras demandas foram individualmente ajuizadas e providas¹².

Importante salientar que as ações embasadas em *wrongful conception* não tutelam falhas dos consumidores quanto ao uso de métodos contraceptivos ou desleixo do paciente nos cuidados após a realização de procedimento esterilizante. A ação

Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 29/01/2016; Apelação Cível nº 494.864-4/6-00, Tribunal de Justiça de SP, Relator Mathias Coltro; Órgão julgador: Quinta Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 18/11/2009, Data de registro: 03/12/2009).

¹¹ STJ, REsp 866.636/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 06/12/2007.

¹² É o caso, por exemplo, do REsp n. 1.096.325/SP, no qual o STJ manteve decisão que condenou o laboratório a pagar pensão mensal à criança, até que atingisse 21 anos, além do pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais). STJ, REsp 1096325/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 03/02/2009.

ampara situações em que comprovadamente houve erro médico, seja quanto ao procedimento ou as informações e cuidados decorrentes deste, seja no caso de produto ou medicamento defeituoso.

Nada obstante, uma discussão que se encontra em estágio inicial, mas possui potencial para ser amplamente discutida nos próximos anos, é o debate acerca da responsabilidade civil da indústria farmacêutica pelos medicamentos anticoncepcionais que disponibiliza no mercado.

Ainda que as bulas relativas a tais fármacos assegurem expressamente possuir eficácia entre 97% e 98%, quando utilizadas corretamente, uma dúvida sobressai: quem deveria responder pela gravidez de consumidora que, com a finalidade de evitar a gravidez, utilizou o medicamento exatamente como prescrito na bula? A consumidora ou a empresa que auferiu lucros expressivos com a comercialização de tais produtos?

Em recente decisão¹³, o Desembargador Eugênio

¹³ RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ANTICONCEPCIONAL INJETÁVEL NOVA GRAVIDEZ NÃO PLANEJADA. *WRONGFUL CONCEPTION*. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS, LUCROS CESSANTES E PENSIONAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA CONVINCENTE, AINDA QUE NÃO INEQUÍVOCA, DO USO CORRETO DO PRODUTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Por meio da presente demanda, a autora busca a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, lucros cessantes e pensionamento à filha, decorrentes da ineficácia do contraceptivo injetável. 2. Do ponto de vista teórico, o deslinde da questão passaria pela determinação de quem deveria suportar os riscos da inerente taxa de falibilidade do anticoncepcional: a empresa que o produz e de sua venda auferiu lucros ou a consumidora que teria sua legítima expectativa frustrada. 3. A situação dos autos configura a chamada *wrongful conception*, figura do direito comparado que trata do dano ao planejamento familiar, decorrente do nascimento de um filho não planejado, apesar da correta adoção dos mecanismos tendentes a evitar a concepção, mecanismos esses que teriam falhado por algum fato imputável a determinado profissional (inadequada colocação de DIU, ou vasectomia mal feita, por exemplo), ou a um fornecedor de produtos ou serviços (o caso das pílulas de farinha, por exemplo). 4. Para que se possa responsabilizar alguém, todavia, é imprescindível que haja prova de que o autor da demanda fez precisamente tudo aquilo que dele se esperava para a obtenção do resultado visado - evitar a concepção. Somente se tal prova efetivamente foi produzida é que se pode pensar em transferir para a parte contrária o ônus de provar que não houve

Facchini Neto manifestou-se acerca do assunto afirmando que se inclinaria pela responsabilização do fornecedor do fármaco, em razão da responsabilidade objetiva. Assevera, ainda, que o fornecedor, ao lançar o produto no mercado e utilizar-se de publicidade para justamente convencer o consumidor da grande eficiência do produto e de que a mulher estaria segura “deve assumir os riscos de eventual não funcionamento do produto, ainda que dentro da margem estatística de ineficácia do produto”.

Na casuística em comento, uma mulher que já possuía filhos, fazia uso de contraceptivo injetável, justamente em razão de ela e seu marido não terem condições de arcar com os gastos decorrentes da criação e manutenção de outro filho sem prejudicar o orçamento econômico da família e a qualidade de vida de seus componentes. A apelação apenas foi julgada improcedente em razão do conjunto probatório, insuficiente para comprovar que o fármaco era, de fato, aplicado por profissional apto no período indicado à bula.

Nada obstante o resultado, a problemática, cada vez mais palpável no contexto da sociedade contemporânea, mostra que é plenamente possível, e até provável, que outras demandas similares sejam ajuizadas, caso em que, havendo provas suficientes, poderá haver julgamento favorável à pretensão.

3. WRONGFUL BIRTH

Wrongful birth, outra figura do direito comparado, é o

defeito do produto ou do serviço. 5. No caso em tela, a autora comprovou ser pessoa de hábitos rigorosos, levando vida metódica e planejada. Embora se trate de circunstância relevante, a reforçar a credibilidade da versão autoral, era imprescindível produzir prova mais consistente e relevante, como as prescrições médicas, a oitiva da ginecologista que acompanhava a autora, oitiva dos profissionais que ministravam a injeção, prontuário do serviço público de saúde que fornecia o medicamento, retendo a prescrição médica, etc. Na ausência de outras provas idôneas a reforçar a versão autoral, é de se manter a sentença que desacolheu o pedido indenizatório. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70075425744, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 13/12/2017)

dano relativo a situação em que há uma gravidez é planejada, todavia, em razão de falha médica no diagnóstico pré-implantação ou no acompanhamento pré-natal, seja em decorrência de uma falta de aconselhamento sobre a necessidade de efetuar novos exames ou erro na interpretação do resultado destes, o médico deixa de informar ou comunica o resultado de forma equivocada ou tardia aos pais que a criança possui condição genética incapacitante que comprometerá o desenvolvimento de uma vida plena e autossuficiente¹⁴.

Em razão da falha médica em informar, o profissional acaba tolhendo a possibilidade destes pais em optar por não transferir aquele embrião ou por interromper a gravidez, configurando assim, lesão ao planejamento familiar¹⁵.

Nas pretensões indenizatórias ajuizadas a esse título os genitores utilizam-se argumento de que perderam o direito de tomar uma decisão informada sobre a gravidez relativa a um filho com defeitos congênitos, de modo que, se tivessem o conhecimento ou não tivesse havido a negligência médica poderiam ter optado pelo aborto ou pelo descarte do embrião¹⁶.

Os pedidos tradicionalmente abarcam a compensação por todos os custos da criação da criança e danos morais puros pela impossibilidade do aborto. A casuística demonstra que se costuma compensar economicamente os pais apenas em razão das despesas extraordinárias decorrentes da incapacidade específica da criança (como despesas médicas, fisioterápicas, serviços educacionais específicos etc), eis que os gastos normais da criação da criança estariam abarcados no orçamento familiar visto que a criança era planejada¹⁷.

¹⁴ GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful Birth, Wrongful Life: o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?. 2014.p. 10.

¹⁵ RAPOSO, Vera. *As Wrong Actions no Início da Vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a Responsabilidade Médica*. Revista Portuguesa do Dano (21), 2010.p. 84-87.

¹⁶ GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful Birth, Wrongful Life: o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?. 2014.p. 11.

¹⁷ RAPOSO, Vera. *As Wrong Actions no Início da Vida (wrongful conception,*

A primeira decisão precedente¹⁸ enfrentando a problemática foi o caso *Becker v. Swartz*, julgado pela Corte de Apelação de Nova York, em 1973. Na hipótese, uma mulher não foi informada por seu médico acerca dos riscos de engravidar com mais de trinta e cinco anos de idade. Tal médico também não a aconselhou a realizar o exame de amniocentese e a criança nasceu com sério retardo, proveniente da Síndrome de Down. A Corte de Apelação proveu o pedido de reparação pelos custos adicionais da criação, mas julgou improcedente a reparação por danos morais.

Ao analisarmos a casuística apresentada, percebe-se que a ação de *wrongful birth* destoa do contexto brasileiro. Entretanto, em julgado recente, foi analisada ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de fertilização *in vitro* realizada na qual a filha do casal nasceu com Síndrome de Down. Apesar de não ter sido mencionado o termo “*wrongful birth*”, referido julgado trata da temática, de modo a constituir a primeira discussão acerca da matéria em cenário jurídico brasileiro.

Na Apelação Cível n° 1.0024.13.052326-9/001¹⁹,

wrongful birth e wrongful life) e a Responsabilidade Médica. Revista Portuguesa do Dano (21), 2010.p. 63-65.

¹⁸ A primeira decisão a tratar de situação de wrongful birth foi *Gleitman v. Cosgrove*, Suprema Corte de New Jersey, em 1967, contudo, na ocasião a pretensão foi julgada improcedente fundada no argumento de que o nascimento de uma criança sempre seria um evento abençoado, não passível de indenização, portanto (*Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227, A.2d 689, 692 (1967)).

¹⁹ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - FERTILIZAÇÃO "IN VITRO" - CRIANÇA PORTADORA DE SÍNDROME DE DOWN - EXAME PRÉ- IMPLANTACIONAL - INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO - DEVER DE INFORMAÇÃO PRESENTE - ATO ILÍCITO INEXISTENTE. O Conselho Federal de Medicina traz as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, sendo que possibilita a utilização de técnicas para intervenção em pré-embriões "in vitro" para detectar doenças hereditárias e impedir a sua transmissão, mas não existe a obrigatoriedade. O contrato realizado entre as partes prevê a realização de fertilização "in vitro" e transferência de embrião, mas não consta a contratação do exame Diagnóstico Genético Pré-Implementação. O dever de informação foi cumprido, tendo inclusive os autores assinado um termo de consentimento em que eles assumiram o risco de uma gravidez e, ainda, de ter uma criança com alguma doença/anomalia. Inexistindo

julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2016, o casal Dornelas moveu ação em face da Clínica Centro de Medicina Reprodutiva, alegando que a alteração cromossômica é facilmente identificável e evitável. O Tribunal negou provimento ao recurso em razão da inexistência de obrigatoriedade do diagnóstico genético de pré-implantação e da cláusula, assinada pelos autores, por meio da qual o casal declarou de forma expressa ter ciência de que a fertilização não lhes garantiria uma criança sem deformidade²⁰.

Percebe-se, assim, que no atual contexto, a discussão acerca do tema, no Brasil, ainda se mostra em fase embrionária, pois as possibilidades de aborto são extremamente restritas²¹. Contudo, especialmente em razão das novas tecnologias reprodutivas e maior acessibilidade à técnica de diagnóstico genético de pré-implantação, casos similares passarão a ser cada vez mais frequentes nos Tribunais.

qualquer ato ilícito cometido pela apelada, não há como responsabilizá-la. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001, Décima Câmara Cível. Relator: Des. Veiga de Oliveira. Julgado: 06 de setembro de 2016. Publicado: 16 de setembro de 2016).

²⁰ Cláusula do contrato com a clínica: "Nós, ainda, entendemos e aceitamos que a equipe médica e científica não pode assegurar que a gravidez resultará em uma criança "normal" Ainda que, estes métodos não aumentem a chance de malformações" (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001, Décima Câmara Cível. Relator: Des. Veiga de Oliveira. Julgado: 06 de setembro de 2016. Publicado: 16 de setembro de 2016).

²¹ Atualmente no Brasil, o aborto é considerado crime, conforme previsto nos artigos 124 a 129 do Código Penal, existindo exceções para os casos em que há risco de óbito por parte da gestante, quando a gestação é oriunda de crime sexual e, desde o julgamento da ADPF 54, no caso de feto anencefálico. Nada obstante, aguarda-se o julgamento da ADPF 442, por meio da qual um partido político (Partido Socialismo e Liberdade - PSOL) solicitou a declaração de não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, e requereu a exclusão do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas. A Relatora, Ministra Rosa Weber, convocou, recentemente, audiência pública para instruir a Arguição de Preceito Fundamental. Tais audiências foram realizadas nos dias 3 e 6 de agosto de 2018 (Todas as movimentações realizadas na ADPF podem ser acompanhadas em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>).

4 WRONGFUL LIFE

Wrongful life, extremamente similar ao dano intitulado *wrongful birth*, diz respeito à lesão decorrente do mesmo evento, no entanto, pela perspectiva da criança severamente incapacitada²². O pedido desta pretensão indenizatória é relativo à compensação pecuniária em razão das necessidades especiais e ao ressarcimento pelo fato de ter nascido, sendo este último, o ponto mais crítico. A ação é proposta pelo filho em nome próprio, representado pelos pais²³.

O argumento geralmente utilizado refere-se ao fato de que, não fosse a negligência médica quanto a informação, os genitores poderiam ter interrompido a gravidez ou efetuado o descarte do embrião que foi implantado. O dano alegado é o nascimento e consequente existência com incapacidade severa. Referidas pretensões indenizatórias normalmente são julgadas improcedentes.

Um dos casos mais notórios e de maior repercussão acerca da temática é o *Affaire Perruche*, julgado pela *Cour de Cassation*, em 2000²⁴. Na hipótese, uma gestante que contraiu rubéola durante a gravidez e requereu um exame para saber quais as chances de a doença aludida causar lesões ao feto. O médico responsável, após analisar os exames, a informou que supostamente estaria imune à doença e que o bebê nasceria saudável. Um ano após o nascimento, a criança já apresentava graves sequelas (havia nascido cego, surdo, mudo, cardiopata e com grave retardo mental) originadas pela rubéola congênita adquirida na vida intrauterina. A *Cour de Cassation* deu provimento ao pedido de indenização, por entender que o erro retirou a

²² GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful Birth, Wrongful Life: o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?. 2014.p. 11

²³ ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Lisboa: Editora Almedina, 1999. P. 84-85

²⁴ Arret 99-1370, *Cour de Cassation*, 2000.

possibilidade de a mãe efetuar o aborto, interesse que havia sido expressamente manifestado ao médico quando da consulta.

Referida decisão gerou tantas polêmicas e insatisfações sociais que, em 4 de março de 2002, uma alteração legislativa, realizada às pressas, passou a prever que “ninguém pode se prevalecer de danos decorrentes do simples fato de seu nascimento. Pessoa nascida com uma deficiência devido à negligência médica pode obter reparação do dano quando o ato ilícito tiver causado diretamente deficiência”²⁵. a reparação também pode ser obtida nos casos em que o médico poderia ter amenizado a deficiência e não tomou as medidas necessárias para tal ou, ainda, quando a negligência médica a tiver agravado.

A ação é tão polêmica e debatida que países que já analisaram e julgaram precedentes ações baseadas em *wrongful life*, alteraram entendimento e atualmente não reconhecem mais a possibilidade de tal ação, é o caso da França²⁶. Relativamente aos locais que reconhecem a possibilidade de ações de *wrongful life*, estas normalmente são relativas apenas a doenças mais graves em que o conceito de vida que não vale a pena ser vivida evidencia-se²⁷. No Brasil ainda não houve judicialização da

²⁵ A Lei no 2002-303, de 4 de março de 2002, determinou, em seu art. 1o: “Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé, ou n’a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l’atténuer. Lorsque la responsabilité d’un professionnel ou d’un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d’un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d’une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.”

²⁶ A partir do caso Perruche (Arret 99-1370, Cour de Cassation, 2000) houve alteração legislativa.

²⁷ A doutrina aponta a doença de Tay-Sachs e a síndrome de Lesch-Nyhan como, possivelmente únicas, doenças que compõe a possibilidade do conceito de vida que não vale a pena ser vivida em razão do grau de incapacidade de sofrimento que estas infringem (sobre o tema ver COHEN, Glenn. *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*. Minnesota Law Review. vol. 96, issue 2. 2011. p. 423-519). Essa

questão, mas, em razão da forte oposição à indenização deste dano há a tendência de desprovemento dessas pretensões ou, ainda, provimento nos casos em que ocorra a necessidade de complemento dos valores pagos a título de *wrongful birth* em que a expectativa de vida tenha sido calculada a menor.

5. ASPECTOS POLÊMICOS E CRÍTICAS

As denominadas *wrongful actions*, por si só, são alvo das mais diversas controvérsias. Contudo, a *wrongful life*, especificamente, encontra óbices mais expressivos. O primeiro deles diz respeito à impossibilidade de propiciar condições diferentes àquela criança, isso porque a incapacidade não resultou da falha médica, essa decorre de condição genética. Percebe-se, portanto, que a reparação não é possível. Restaria apenas a compensação, que seria por existir e ter nascido, pois a incapacidade é condição inerente àquela criança que veio a nascer. A opção seria a vida com aquela deficiência ou a não existência. No entanto, como avaliar, em termos monetários, o valor de uma existência com

escolha se dá em razão dos sintomas avassaladores que ambas infringem a seus portadores. São sintomas da doença de Tay-Sachs: severa deterioração das habilidades mentais e físicas, cegueira, surdez, incapacidade de engolir, e, portanto, necessidade de alimentação por meio de tubos, atrofia muscular até a ocorrência de paralisia e sintomas neurológicos que incluem demência, convulsões e crescentes "reflexos de susto" a barulhos. A doença torna-se fatal normalmente na faixa de 3 a 5 anos. Atualmente não há tratamento para a doença de Tay-Sachs (FERNANDES FILHO, Jose Americo; SHAPIRO, Barbara E. Archives of Neurology, September, 2004, Vol.61 (9), pp.1466-1468). Também não há cura para a síndrome de Lesch-Nyhan, apenas é possível tratar os sintomas, que consistem em cálculos renais, risco de nefropatia, nefrolitíase, artrite gotosa, espasticidade, autolesão e automutilação. Para prevenir as autolesões normalmente é necessário o uso de contenção mecânica, de modo que os pacientes permanecem restritos a maior parte do tempo. Tendo em vista que a contenção mecânica não é eficiente para prevenir as mordeduras, grande parte dos indivíduos têm seus dentes removidos para evitar essa forma de autolesão. A morte ocorre usualmente por falência renal na primeira ou segunda década de vida. (ANDRADE, Débora Luzia Santos, et al. Síndrome de Lesch Nyhan e Odontologia: relato de caso. Revista de Ciências Médicas e Biologia. Salvador, v. 13, n. 1, p. 102-106, jan./abr. 2014).

incapacidades frente a outra única alternativa possível: a não existência? Poderia a vida ser tão penosa, ou, existiria o “dano de viver” para uma pessoa que sequer teria possibilidades de experimentar outra maneira de viver?²⁸

Essa é a questão central da ação de *wrongful life*, a criança busca a reparação pelo próprio nascimento, isto é, ter que viver uma vida “que não vale a pena ser vivida”²⁹, hipótese em que o julgador teria que sopesar os danos decorrentes de uma vida com incapacidades severas e a alternativa de não ter vivido. Justamente em razão da alta complexidade desta ponderação esse dano não é tido como indenizável em diversos países.

CONCLUSÃO

A temática dos novos danos surge para propiciar maior proteção aos direitos de personalidade. Nessa seara, compreender *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* como danos autônomos permitiria que se estabelecesse critérios objetivos, evitando-se a banalização. Considerando-se essa finalidade, maior reflexão acerca de seus conceitos, requisitos e pressupostos, mostra-se imperiosa.

Oportuno salientar que referidos danos mostram-se cada vez mais viáveis e mesmo frequentes no modelo de sociedade contemporâneo. Atualmente há grande interesse no

²⁸ Nesse ponto, a Profa. Vera Raposo entende que: “o que vamos agora defender é que, em certas situações de clamorosa deficiência, limitação e dor, a vida surge como um minus e não como um plus e, por conseguinte, o dano deve ser atendível. Não o dano da vida em si mesma, mas o dano das condições dessa vida” (RAPOSO, Vera. As Wrong Actions no Início da Vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a Responsabilidade Médica. Revista Portuguesa do Dano (21), 2010. p. 80-83.)

²⁹ “Vida que não vale a pena ser vivida é uma vida tão cheia de sofrimento que a não-existência seria preferível. Tradicionalmente, apenas aqueles com as doenças mais devastadoras, como a doença de Tay-Sachs ou a síndrome de Lesch-Nyhan, são considerados como tendo vidas que não valem a pena viver, e mesmo nesses casos a ideia é controversa” (COHEN, Glenn. *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*. Minnesota Law Review. vol. 96, issue 2. 2011. p. 423-519), em tradução livre.

planejamento familiar, sendo diversos os fatores influenciadores: o aumento expressivo no valor dispendido com a criação de um filho, a conscientização acerca do controle de natalidade. Também não se pode olvidar que em razão da dinâmica trabalhista e do compreensível aguardo da estabilidade financeira para iniciar as tentativas de ter filho, as técnicas de reprodução assistida passam a ser cada vez mais procuradas, o que tem facilitado substancialmente o acesso a referidas técnicas, especialmente nesta última década.

Assim, seja no intuito de evitar gravidez, por meio de adoção de métodos contraceptivos ou procedimentos esterilizantes, seja com o propósito de projetar minuciosamente como se dará a formação familiar e em que momento, o planejamento familiar é tema que se encontra em voga, porquanto, danos infringidos a esse interesse, como *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, também estão.

No que pertine às ações decorrentes de *wrongful conception*, restou evidenciada sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que não enfrentada sob o rótulo “*wrongful conception*”, ações indenizatórias tutelando falhas médicas ou farmacêuticas que prejudicam o planejamento familiar e a autonomia reprodutiva de casais ou mulheres que optaram por meios contraceptivos são relativamente corriqueiras na jurisprudência. A inovação seria a tendência de eventual condenação das grandes indústrias farmacêuticas em razão de gravidez que comprovadamente resultou da margem de ineficácia prevista na bula (normalmente em torno de 2 a 3%).

Por outro lado, a viabilidade das ações decorrentes de *wrongful birth* e *wrongful life* no ordenamento jurídico brasileiro deve ser analisada especialmente a partir de situações em que há uso de técnicas de reprodução assistida, como falhas no exame de diagnóstico genético pré-implantação e não detecção de eventual necessidade de descarte dos mesmos, eis que atualmente as circunstâncias que possibilitam o aborto no Brasil são

extremamente limitadas.

Relativamente às ações de *wrongful birth* e *wrongful life* percebeu-se que, em verdade, muito mais que um problema decorrente do cerceamento do planejamento familiar, a insurgência centra-se na insuficiente preparação para a criação de crianças com deficiência, assim como no ineficaz amparo e suporte aos pais que, desprovidos da informação e tempo necessário para especial assimilação e preparação, encontram-se na situação inesperada de criar um filho com necessidades especiais.

A solução para a temática encontra-se na elaboração de pressupostos e critérios objetivos para caracterização destes danos, aptos a gerar indenização, e no implemento de políticas públicas de inclusão social, de maior informação acerca de doenças menos severas bem como de assistência às necessidades especiais que tais pessoas venham a demandar. O propósito maior é propiciar ambiente em que a sociedade como um todo possa acolher as diferenças, de modo que se possibilite que todos exerçam seus direitos e liberdades da maneira mais plena possível, independentemente de deficiências físicas ou mentais.

Propiciar inclusão social e o custeio das necessidades especiais decorrentes do nascimento com doenças incapacitantes, circunstância inevitável, é objetivo que pode vir a ser alcançado por meio de fundos socializados de responsabilidade civil. Referido sistema objetiva o amparo de situações que não podem ser evitadas, ou seja, antecipa-se o valor, a ser financiado por aqueles cuja atividade envolve riscos inevitáveis, permitindo que haja indenização independentemente de culpa.

O presente artigo procura contribuir para que a sociedade caminhe nesse sentido a partir da apresentação a temática, de suas tendências e da análise da adequação destas ações ao contexto jurídico brasileiro.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Débora Luzia Santos, et al. Síndrome de Lesch Nyhan e Odontologia: relato de caso. *Revista de Ciências Médicas e Biologia. Salvador*, v. 13, n. 1, p. 102-106, jan./abr. 2014.
- ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- BERNAL, Luz Mery; LÓPEZ, Greizy. Diagnóstico pré-natal: retrospectiva. *NOVA - Publicación Científica en Ciencias Biomédicas*. Vol. 12 No. 21. Enero - Junio de 2014.
- BURNS, Thomas A. When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits. *Duke Law Journal*, vol. 52, 2003. p. 807-839.
- CASABONA, Carlos María Romeo. Las practicas eugenésicas: nuevas perspectivas.p. 3-28. In: CASABONA, Carlos María Romeo (ed.). *La Eugenesia Hoy*. Bilbao: Granada. 1999.
- COHEN, Glenn. Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests. *Minnesota Law Review*. vol. 96, issue 2. 2011. p. 423-519.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121 de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 17/06/2017.
- DEPARTMENT OF HEALTH. *Abortion statistics, England and Wales: 2015*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/statistical-data-sets/abortion-statistics-england-and-wales-2015>> Acesso em: 20/05/2017.

- FERNANDES FILHO, Jose Americo; SHAPIRO, Barbara E.. *Archives of Neurology*, September, 2004, Vol.61(9), pp.1466-1468.
- FRANÇA. *Loi n° 2002-303* du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>>. Acesso em 24/05/2017.
- ____. *Code de l'action sociale et des familles*. Article L114-5. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006796464&cidTexte=LEGI-TEXT000006074069&dateTexte=vig>>. Acesso em: 24/05/2017.
- GALLAGHER, Kathleen. Wrongful Life: Should the Actions be Allowed? *Louisiana Law Review*, vol. 46, issue 6, 1987.
- GIESEN, Ivo. The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases, in *Utrecht Law Review*, volume 8, issue 2 (May) 2012.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful Birth, Wrongful Life: o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?. 2014.
- HENSEL, Wendy. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 40, 2005.p. 141-195.
- KELLEY, Patrick. Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law. *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, issue 4, p. 919-963.
- MAHONEY, Kathleen A. Malpractice claims resulting from negligent preconception genetic testing: do these claims present a strain of wrongful birth or wrongful conception, and does the categorization even matter? *Suffolk University Law Review*, v. 39, 2006.
- MORAES. Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana:*

- uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- MORILLO, Andrea Macía. El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. *RJUAM*, nº 23, 2011-I, pp. 83-98.
- _____. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales* (LAS LLAMADAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE). 2003. 611f. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.
- PARFIT, Derek. Future Generations: Further Problems. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, nº 2 (Spring, 1982), p. 113-172.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, no 117, p. 311-341, mar. 2010.
- PETERS, Philip. Rethinking Wrongful Life: Bridging the Boundary between Tort and Family Law. *Tulane Law Review*, vol. 67, 1992.
- PINTO, Paulo Mota. Indenização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (Wrongful Birth e Wrongful Life). *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.10, n.3, p. 75-99, abr. 2008.

- RAPOSO, Vera. As Wrong Actions no Início da Vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a Responsabilidade Médica. *Revista Portuguesa do Dano* (21), 2010.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código cCvil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed., revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WHO. *Preimplantation genetic diagnosis (PGD)* (2009). The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/en/> acesso em: 16/05/2017.