



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL E O NASCIMENTO INDESEJADO:
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

PAULA CARGNIN PEREIRA

Florianópolis

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

PAULA CARGNIN PEREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL E O NASCIMENTO INDESEJADO:

UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

FLORIANÓPOLIS

2013

AUTORA: PAULA CARGNIN PEREIRA

**TÍTULO: RESPONSABILIDADE CIVIL E O NASCIMENTO
INDESEJADO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito, aprovado com
_____.**

Florianópolis, 17 de junho de 2013.

Professor Orientador: Dr. Rafael Peteffi da Silva

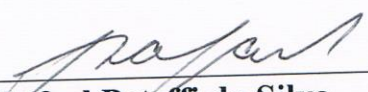
Coordenadora do Curso: MSc. Juliana Wülfing

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

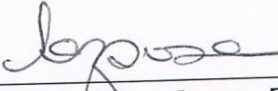
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A Responsabilidade Civil e o nascimento indesejado: Uma análise jurisprudencial**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Paula Cargin Pereira**, defendida em **28/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

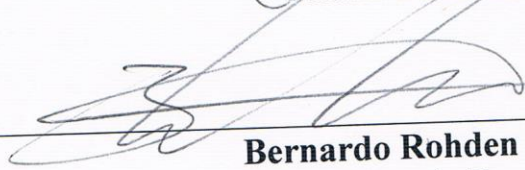
Florianópolis, 28 de Junho de 2013



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Bernardo Rohden Pires
Membro de Banca

AUTORA: PAULA CARGNIN PEREIRA

**TÍTULO: RESPONSABILIDADE CIVIL E O NASCIMENTO
INDESEJADO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito, aprovado com
_____.**

Florianópolis, 17 de junho de 2013.

Professor Orientador: Dr. Rafael Peteffi da Silva

Membro da Banca Examinadora: Leilane Zavarizi

Membro da Banca Examinadora: Bernardo Rohden Pires

A meu pai, Rubens, por sempre me apoiar e mesmo nas pequenas atitudes demonstrar seu amor e cuidado; a minha mãe, Cláudia, por ser cuidadosa, paciente, compreensiva e amiga para todas as horas; ao meu irmão, pela alegria e amorosidade; e as minhas amigas, que acreditam na minha capacidade e apoiam em todos os momentos.

*“Só se pode alcançar um grande êxito
quando nos mantemos fiéis a nós mesmos.”*

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

O presente estudo monográfico propõe-se a analisar a aplicação da responsabilidade civil nos casos de gravidez advinda de modo indesejado, quando foram utilizados métodos de prevenção e estes de alguma maneira falharam.

Serão analisados os casos julgados em outros países, com destaque para os Estados Unidos, Inglaterra e França, dando um panorama geral das diversas ações propostas, *wrongful conception, birth e life*.

A jurisprudência brasileira será analisada nos principais tribunais do país ((Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo) e destacados os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça relativos à matéria.

O caso das “pílulas de farinha” postas no mercado será analisado, assim como de outros anticoncepcionais que não cumpriram o objetivo de prevenir uma gravidez. Serão destacados, ainda, as ações por “preservativos rompidos” e as que abarcam a negligência médica nas cirurgias de esterilização.

O objetivo é comparar os posicionamentos adotados no direito internacional e no brasileiro.

Palavras-chave: Gravidez indesejada - Direito Internacional – jurisprudência brasileira – posicionamentos – comparação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. APLICAÇÃO E DECISÕES NO DIREITO INTERNACIONAL	14
1.1. DIREITO NORTE-AMERICANO	14
1.1.2. NOMENCLATURAS	14
<i>1.1.3. WRONGFUL CONCEPTION</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3.1. Christensen v. Thornby</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3.2. Shaheen v. Knight</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3.3. Griswold v. Connecticut</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3.4. Custodio v. Bauer</i>	<i>20</i>
<i>1.1.3.5. Roe v. Wade</i>	<i>20</i>
<i>1.1.3.6. Wilczynski v. Goodman</i>	<i>20</i>
<i>1.1.3.7. Kingsbury v. Smith</i>	<i>21</i>
<i>1.1.3.8. Wilbur v. Kerr</i>	<i>21</i>
<i>1.1.3.9. Ochs v. Borreli</i>	<i>21</i>
<i>1.1.3.10. Johnson v. University Hospitals</i>	<i>22</i>
<i>1.1.3.11. Burke v. Rivo</i>	<i>22</i>
<i>1.1.3.12. Martiniak v. Lundborg</i>	<i>23</i>
<i>1.1.3.13. Simmerer v. Dabbas</i>	<i>23</i>
1.1.3.14. Conclusão	24
<i>1.1.4. WRONGFUL BIRTH</i>	<i>26</i>
<i>1.1.4.1. Gleitman v. Cosgrove</i>	<i>26</i>
<i>1.1.4.2. Becker v. Swartz</i>	<i>27</i>
<i>1.1.4.3. Smith v. Cote</i>	<i>27</i>
<i>1.1.4.4. Lininger v. Eisenbaum</i>	<i>28</i>
<i>1.1.4.5. Walker v. Rinck</i>	<i>28</i>
<i>1.1.4.6. Barder v. Johnson</i>	<i>28</i>
<i>1.1.4.8. Levy v. Oregon's Legacy Health hospital</i>	<i>30</i>
1.1.4.9. Conclusão	30
<i>1.1.5. WRONGFUL LIFE</i>	<i>32</i>

1.1.5.1.	<i>Zepeda v. Zepeda</i>	32
1.1.5.2.	<i>Gleitman v. Cosgrove</i>	33
1.1.5.3.	<i>Park v. Chessin</i>	33
1.1.5.4.	<i>Culender v. Bio-Science Laboratories</i>	34
1.1.5.5.	<i>Turpin v. Soritini</i>	34
1.1.5.6.	<i>Walker v. Mart</i>	35
1.1.5.7.	<i>Kassama v. Magat</i>	35
1.1.5.8.	Conclusões	36
1.2.	DIREITO BRITÂNICO	38
1.2.1.	WRONGFUL CONCEPTION	38
1.2.1.1.	<i>Sciuriaga v. Powell</i>	38
1.2.1.2.	<i>Udale v. Bloomsbury Area Health Authority</i>	39
1.2.1.3.	<i>Emeh v. Kensington Chelsea and Westminster Health Authority</i>	39
1.2.1.4.	<i>Allan v. Bloomsbury Health Authority</i>	40
1.2.1.5.	<i>McFarlane v Tayside Health Board</i>	40
1.2.2.	WRONGFUL BIRTH	41
1.2.2.1.	<i>Salih v. Enfield Health Authority</i>	41
1.2.2.2.	<i>Rance v. Mid-Downs Area Health Authority</i>	41
1.2.3.	WRONGFUL LIFE	42
1.2.3.1.	<i>Mckay v. Essex Area Health Authority</i>	42
1.2.4.	Conclusões	42
1.3.	DIREITO FRANCÊS	43
1.3.1.	<i>Caso Perruche</i>	43
2.	O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL	48
2.2.	JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	49
2.2.1.	<i>Caso Microvlar</i>	49
2.2.2.	<i>Outros casos de falha de anticoncepcionais</i>	56
2.2.3.	<i>Preservativos Rompidos</i>	61
2.2.4.	<i>Casos de vasectomia/laqueadura</i>	63
2.3.	COMPARAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO BRASIL	66
2.3.1.	<i>Wrongful Birth</i>	66
2.3.2.	<i>Wrongful Life</i>	68
2.3.3.	<i>Wrongful conception</i>	70

CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

Inúmeros têm sido os casos julgados que remetem à temática de uma gravidez indesejada quando utilizados métodos de prevenção falharam. A questão tem sua importância elevada devido às recentes discussões em relação à descriminalização do aborto no país e sobre as novas normas técnicas do Ministério da Saúde, fatos que podem gerar novas demandas sobre o assunto.

Cabe neste estudo verificar qual é a postura adotada pelos julgadores, tanto no Brasil como no direito comparado, a fim de definir um panorama geral da questão e comparar os posicionamentos.

Outros países, como Estados Unidos, Inglaterra e França, já possuem um grande rol de casos julgados que geraram discussões sobre os temas, fornecendo uma base para o estudo e aplicação no Brasil.

Os tipos de ações que podem ser propostas - *wrongful conception*, *wrongful life* e *wrongful birth* - são diversas e a jurisprudência internacional, em alguns casos, não tem uma linha de raciocínio única para denominá-los, portanto, no primeiro momento será apurada a nomenclatura a ser utilizada. Essa etapa se mostra necessária para trazer uniformidade à obra e às análises que serão realizadas.

Será demonstrada como a jurisprudência dos outros países construiu seu posicionamento no assunto, sendo analisada primeiramente e com maior profundidade em razão de seu elevado número de casos no assunto e estudos já realizados, a construção jurisprudencial nas Cortes americanas. Posteriormente será explorado o direito inglês, ambos serão separados pelos diferentes tipos de ações e concluídos com um panorama geral dos posicionamentos atuais.

Em relação ao direito francês, será dado destaque ao famoso caso de *wrongful birth* no país, conhecido como “Caso Perruche”, tendo sua importância devido ao destaque recebido, sendo alvo de discussões e o ensejador de uma lei sobre a matéria.

O segundo capítulo da obra inicia com uma introdução geral do instituto da responsabilidade civil no Brasil, a fim de verificar as teorias adotadas para compreender como são aplicadas nas demandas julgadas pelo judiciário.

Para conhecer o posicionamento da jurisprudência nacional serão examinados casos presentes nos principais tribunais do país (Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo) e os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Serão divididos entre quatro grupos, primeiramente será dado destaque ao posicionamento do STJ nas

demandas das “pílulas de farinha”, anticoncepcional Microvlar que entrou no mercado sem o princípio ativo e gerou um grande número de gravidez indesejada nas consumidoras. Posteriormente, serão verificadas as demandas propostas devido a falhas em outros anticoncepcionais, após, os que abarcam os “preservativos rompidos” e, finalmente, os inúmeros casos de cirurgias de vasectomia e laqueadura que falharam em deixar o indivíduo estéril.

Verificado todo posicionamento do direito comparado e brasileiro, será possível fazer relações comparativas, estabelecendo as diferenças de posicionamento.

1. APLICAÇÃO E DECISÕES NO DIREITO INTERNACIONAL

Neste primeiro momento será analisado o histórico da doutrina e da jurisprudência no direito internacional, o que servirá de base para a construção jurídica que está em formação no Brasil.

Inicialmente serão analisados os casos e as opiniões das Cortes e doutrinadores dos Estados Unidos, por este ser o primeiro a julgar e discutir sobre a questão serve de influência para os demais e traz uma jurisprudência bastante solidificada. Posteriormente será explorado o direito inglês, ambos serão separados pelos diferentes tipos de ações e concluídos com um panorama geral dos posicionamentos atuais.

Em relação ao direito francês, será dado destaque ao famoso caso de *wrongful birth* no país, conhecido como “Caso Perruche”, tendo sua importância devido ao destaque recebido, sendo alvo de discussões e o ensejador de uma lei sobre a matéria.

1.1. DIREITO NORTE-AMERICANO

1.1.2. NOMENCLATURAS

Inicia-se o trabalho com a verificação do uso das nomenclaturas nos Estados Unidos em relações às ações denominadas *wrongful conception, birth e life*. De acordo com o utilizado pela maioria dos autores e o aplicado majoritariamente nas decisões será padronizado neste trabalho, a fim de evitar qualquer confusão com os institutos e ações a serem discutidas.

Cumprido ressaltar que a denominação dos casos americanos não tem consenso, fazendo autores discordarem quanto ao uso dos termos *wrongful birth e wrongful conception*.

A única hipótese sobre a qual não há controvérsia é o *wrongful life*, a unanimidade de autores concorda que nesses casos tem-se sempre o nascimento de uma criança deficiente que ocupará, normalmente representada por seus pais, o polo ativo da ação de indenização movida contra o médico ou contra o hospital¹.

¹ STRASSER, Mark. Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?. *Missouri Law Review*, vol 64, 1999, p. 29; SHETH, 2006, p. 646; HENSEL, Wendy F. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol.40, 2005, p. 143; PETEFFI, Rafael. : *Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro, p. 4; GALLAGHER, Kathleen. Wrongful Life: Should the Action be Allowed?, vol. 47, num. 6, La. L. Rev., 1987, p. 1322.

Cumprir destacar a definição utilizada por alguns autores, conforme aponta Caroline Sátiro de Holanda (2011, p. 6):

Por sua vez, a *wrongful life action* corresponde à ação de reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente contra o médico, hospital ou clínica responsável pelo erro de diagnóstico que não identificou uma deficiência no feto. Nos casos de incapacidade, a pessoa figurará no pólo ativo da ação mediante representação. Esclarecendo melhor: as ações de *wrongful life* são movidas pela própria pessoa deficiente contra o responsável pela falha ou ausência de diagnóstico de má-formação fetal

Ainda sobre o tema, Fernando Dias Simões (2010, p. 188):

A figura assenta tipicamente no nascimento de uma criança portadora de graves malformações, passíveis de serem detectadas na fase pré-natal, de acordo com o estado da arte médico. Nestes casos, a pessoa com deficiência pretende agir judicialmente contra os médicos, outros profissionais ou instituições de saúde acusando-os de, com dolo ou negligência, não terem detectado tais anomalias no âmbito do diagnóstico pré-natal, ou não terem informado devidamente os pais, impedindo-os, assim, de interromper licitamente a gravidez.

Passa-se à análise dos termos *wrongful conception* e *wrongful birth*.

Darpana Sheth (2006) representa outra tendência doutrinária, que acredita que a designação *wrongful birth* deve ser empregada apenas para os casos de pais que deram à luz crianças deficientes. Ou seja, quando o erro médico retira dos pais a possibilidade de realizar o aborto.

Ela também subdivide a expressão, seria usado “*wrongful conception*” quando ocorre falha médica no método de contracepção, como exemplo uma cirurgia de vasectomia mal realizada. Já nos casos de erro médico após a concepção e dá-se o nascimento de uma criança sadia, como acontece com as falhas em procedimentos abortivos, seria chamado “*wrongful pregnancy*”. (PETEFFI, 2010, p. 04)

William C. Duncan afirma, do mesmo modo, que as ações de “*wrongful birth*” são aquelas em que a família pleiteia o ressarcimento, pois se fossem informadas da deficiência da criança, teriam realizado o aborto²

Já Hensel utiliza a denominação *wrongful birth* tanto para o caso do nascimento de crianças deficientes como para o caso do nascimento de crianças saudáveis, advertindo que nesse último caso as expressões *wrongful conception* e *wrongful pregnancy* são muito usadas (HENSEL, 2005, p. 151)³.

² William C. Duncan apud Gregory G. Sarno, “Tort Liability for Wrongfully Causing One to be Born,” 83 A.L.R.3d 15 (1978) - “By contrast, a “wrongful birth” action is brought by the infant’s family member making the same allegation—were it not for the misconduct of the defendant, this child would not have been born.”

³ The early cases implicating wrongful birth and wrongful life did not involve genetic testing but, instead, resulted from the birth of healthy children who were, for a variety of reasons, either unexpected or unwanted by

Em sentido semelhante, Michael T. Murtaugh traz como conceito de *wrongful birth* o nascimento de um filho indesejado, seja por uso de métodos contraceptivos, falha no aborto ou erro de diagnóstico e a criança nasce com uma doença⁴.

Kathleen Mahoney (2006, p. 775) concorda com a tendência majoritária de considerar que o *wrongful conception* normalmente envolve uma gravidez não planejada, falhas contraceptivas por parte dos médicos e o posterior nascimento de uma criança “saudável”, enquanto o *wrongful birth* normalmente envolve uma gravidez planejada, falha em testes genéticos e o posterior nascimento de uma criança deficiente.

A autora ainda identifica, efetuando as conexões com os Estados americanos correspondentes, três correntes jurisprudenciais específicas, aqui destacando o que foi citado por Rafael Peteffi (2010, p. 5-6) em seu artigo:

Em Minnesota e na Carolina do Norte, as cortes utilizam um conceito amplo do termo *wrongful conception*, admitindo que este termo abranje questões envolvendo falhas em testes genéticos e o conseqüente nascimento de crianças deficientes. Importante notar que Minnesota impõe impedimento legal para a ação de *wrongful birth*, enquanto que a Carolina do Norte concretiza o mesmo impedimento por intermédio da jurisprudência de sua Suprema Corte, aceitando somente a ação de *wrongful conception*. Entretanto, para esses dois Estados, o fator determinante para caracterizar o *wrongful birth* é que o dano requerido pela vítima seja a perda da oportunidade de abortar o feto. Assim, admite-se a reparação do dano nos casos em que o nascimento de uma criança deficiente poderia ter sido obstado por métodos contraceptivos⁵. Portanto, tendo os pais efetuado testes genéticos que erroneamente apontaram para a ausência de determinado defeito genético numa eventual prole e, deste modo, resolvido conceber a criança que posteriormente mostrou-se deficiente, poderiam intentar demanda de reparação de danos em Minnesota e na Carolina do Norte, sob a égide de um conceito amplo e pouco utilizado de *wrongful conception*.

Já os Estados de Colorado e Washington consideram como *wrongful birth* toda a ação que envolva o nascimento de crianças deficientes, pouco importando que esse nascimento tenha ocorrido devido a diagnósticos equivocados e a conseqüente perda da oportunidade informada de abortar o feto ou que o nascimento da criança deficiente tenha como causa a falha em métodos contraceptivos e a conseqüente perda de oportunidade de evitar uma gravidez “de risco”. Essa visão parece ser majoritária no Direito Norte-Americano.

Por sua vez, Indiana e Nevada tratam as específicas ações de indenização aqui abordadas sem impor nomenclatura especial, evitando qualquer tipo de “etiqueta” que poderia ser conferida a essas hipóteses de indenização. Concordamos

their parents. The reasoning courts employed in evaluating whether an “injury” had occurred in such circumstances provides unique insight into the subsequent cases focusing on children with disabilities.

⁴ MURTAUGH, Michael. Wrongful Birth: The Court’s Dilemma in Determining a Remedy for a “blessed event”. *Pace Law Review*, vol. 27, 2007, p. 246 e 247 “Since the early 1970’s, claims for wrongful birth have met with increasing success in the state courts. The litigation has arisen from a variety of factual situations. Many of the successful actions have been brought by parents alleging that the physician’s negligence prior to the conception of their child caused the injury. For instance, physicians have been held liable for incorrectly performing a vasectomy or tubal ligation. The action may also arise after a child has been conceived. Claims have been brought against physicians for failing to diagnose a pregnancy or for failing to test for, or diagnose, fetal defects in time for the mother to obtain a legal abortion”

⁵ SHETH, 2006, p. 653

com Mahoney nas críticas dirigidas a esses Estados, tendo em vista que uma sistematização mais específica de questões tão controvertidas auxilia a uniformizar conceitos e viabilizar discussões racionais. Essa observação pode ser ainda mais importante em um sistema de direito privado como o nosso, em que as cláusulas-gerais que caracterizam o direito obrigacional brasileiro devem ser concretizadas e devem propiciar a construção de catálogo de casos específicos, conferindo um padrão mínimo de segurança jurídica.⁶

Portanto, no trabalho será utilizada a conceituação empregada majoritariamente.

O “*Wrongful conception*”, portanto, aborda os casos de casais que escolheram lançar mão de métodos contraceptivos, como vasectomia, laqueadura e aborto e, por falha médica, acabaram concebendo uma criança não planejada ou indesejada. Assim, abarcaria todos os casos envolvendo o nascimento de crianças sem qualquer tipo de deficiência, mas indesejadas.

Cumprе ressaltar o conceito trazido por Caroline Sátiro de Holanda (2010, p. 6):

Wrongful conception significa concepção indevida. Aqui, tem-se uma gravidez indesejada, não obstante as pessoas tenham feito uso dos mecanismos cabíveis para impedir a procriação. Esta situação, por vezes, também é denominada de *wrongful pregnancy*. A gravidez ou concepção indevida pode decorrer de defeitos nos métodos contraceptivos, falhas nas cirurgias esterilizantes ou falhas nos procedimentos abortivos.

Já o *wrongful birth* envolveria uma gravidez planejada, falha em testes genéticos e no dever de informar do médico e o posterior nascimento de uma criança deficiente, a qual o nascimento poderia ser evitado por meio do aborto.

Nas palavras de Vera Lúcia Raposo (2010, p. 63):

...neste segundo a acção é movida pelos pais, em seu próprio nome, contra o médico, pelo facto de os ter privado de um consentimento informado que eventualmente poderia ter levado à interrupção da gravidez. Este cenário ocorre ou porque o médico não afectou os exames pertinentes, ou porque os interpretou erroneamente, ou porque não comunicou os resultados.

Holanda conceitua (2010, p. 5):

Wrongful birth significa, assim, um nascimento injusto ou indevido, porque a genitora deu à luz, sem que ela soubesse, a uma criança com algum tipo de deficiência que, se previamente conhecida, teria ocasionado o exercício do direito ao aborto.

Para reforçar, Álvaro Dias citado por Fernando Simões (2010, p. 192), menciona que “de acordo com a doutrina norte-americana, as acções de *wrongful life* e de *wrongful birth* distinguem-se essencialmente em dois aspectos: quanto à legitimidade activa e quanto à sua virtual procedência” (apud ÁLVARO DIAS, 1996: 380 ss.)

⁶ adup 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*, vol. 39, 2006, p. 775

Nas palavras de Gabriel Gualano de Godoy (2007, p. 15):

Conforme já antecipado por Jerry Sainte-Rose, uma conjuntura específica permitiu a propositura de ações judiciais em nome dos pais, em nome dos interesses do feto, ou em nome da própria criança. Isso porque a negligência médica estaria vinculada à perda da chance do exercício de um direito dos pais e, também, a certa perda da criança que nasceu obrigada a suportar as falhas, ou a ausência, da técnica médica da predição. Portanto, tudo se passa como se o nascimento da criança fosse considerado, pela própria criança, um fato danoso. Em tais ações, a criança nascida reclamaria exatamente de ter nascido, pois a não-existência seria a alternativa preferencial, a alternativa justa.

Nos casos de *wrongful birth* os pais pleiteiam pelos danos por eles sofridos, com dano moral, custos médicos e de sustento e educação da criança que nasceu com deficiência em virtude de negligência médica, já no *wrongful life* é a própria criança que vem pleitear a reparação pelo nascimento. E, como será analisado adiante, as ações de *wrongful life*, em geral, são julgadas improcedentes pelas cortes norte-americanas, enquanto as de *wrongful birth* têm demonstrado êxito.

Para firmar mais a ideia e demonstrar o emprego majoritário dos termos, segue um trecho de um julgado americano *Cowe v. Forum Group, Inc.* de 1991, da Suprema Corte de Indiana:

Um breve resumo da nomenclatura vigente pode ser útil. A ação de "wrongful conception or pregnancy" refere-se a um pedido de danos sofridos pelos pais de uma criança inesperada, alegando que a concepção da criança resultou de procedimentos de esterilização negligentes ou um produto defeituoso contraceptivo. Esta ação é reconhecida em Indiana. A frase "wrongful birth" aplica-se às reivindicações trazidas pelos pais de uma criança que nasce com defeitos congênitos, alegando que, devido a uma negligência médica de informação ou nos testes, foram impedidos de uma decisão informada sobre a possibilidade de conceber um filho potencialmente deficiente ou, no caso de uma gravidez, para a terminar. Quando tal ação busca indenização em nome do filho, em vez de os pais, o termo "wrongful life" em vez de "wrongful birth" é empregado. (tradução livre)⁷

A seguir serão ressaltados os principais casos em cada tipo de demanda, a fim de analisar o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do tema.

⁷ *Cowe v. Forum Group, Inc.* (1991), Ind., 575 N.E.2d 630, 635, we held that "[d]amages for wrongful life are not cognizable under Indiana law." In discussing the concept of a claim for "wrongful life" as distinguished from "wrongful conception or pregnancy" or "wrongful birth", we said: A brief summary of the prevailing nomenclature may be helpful. An action for "wrongful conception or pregnancy" refers to a claim for damages sustained by the parents of an unexpected child alleging that the conception of the child resulted from negligent sterilization procedures or a defective contraceptive product. This action is recognized in Indiana. The phrase "wrongful birth" applies to claims brought by the parents of a child born with birth defects alleging that due to negligent medical advice or testing they were precluded from an informed decision about whether to conceive a potentially handicapped child or, in the event of a pregnancy, to terminate it. When such action seeks damages on behalf of the child rather than the parents, the phrase "wrongful life" instead of "wrongful birth" is employed.

1.1.3. WRONGFUL CONCEPTION

Serão destacados os casos mais importantes de *wrongful conception* e outros que marcaram as mudanças de paradigma nas decisões americanas, trazendo uma visão geral de como foi construída a jurisprudência deste país.

1.1.3.1. *Christensen v. Thornby*

O primeiro caso de *wrongful conception* foi *Christensen v. Thornby*, julgado em 1934, pela Suprema Corte de Minnesota. Casal requeria reparação pelos custos advindos da segunda gravidez da esposa, provocada pelos equívocos médicos na realização de uma vasectomia, a qual falhou em deixar o homem estéril. O procedimento foi recomendado em virtude da possibilidade da gravidez gerar risco à saúde da criança.

Resultado deste primeiro caso foi improcedente, pois se verificou que o bem jurídico tutelado pela vasectomia era a vida da esposa e, como a gravidez acabou transcorrendo de maneira normal, não havia dano a ser reparado (MURTAUGH, 2007, p. 253).

1.1.3.2. *Shaheen v. Knight*

A próxima demanda foi *Shaheen v. Knight*, julgado na Pensilvânia, em 1956. O caso foi do nascimento da quinta criança do casal, mesmo após o pai realizar a vasectomia.

O resultado foi novamente improcedente, com o fundamento de que o nascimento de uma criança, em qualquer hipótese, deve ser considerado um “evento abençoado”, pois o médico não poderia indenizar, sendo que o autor teria momentos felizes e de carinho com a educação e criação do filho, colocando-se fora da moldura do conceito de dano indenizável (WILLIAMS, 1967, p. 12-14).

1.1.3.3. *Griswold v. Connecticut*

O caso *Griswold v. Connecticut*, de 1965, não é propriamente uma demanda de *wrongful conception*, no entanto tem importante destaque, pois serviu para quebrar o paradigma e mudar as decisões em outras demandas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o uso de métodos contraceptivos, controle de natalidade, ou seja a escolha de procriar ou não e de efetuar um consciente planejamento familiar, seria privado e um direito constitucionalmente protegido. (MURTAUGH, 2007, p. 244)

1.1.3.4. *Custodio v. Bauer*

Com base no paradigma acima mencionado, o caso *Custodio v. Bauer* teve resultado diverso dos demais e foi julgado em 1967, pela Corte de Apelação da Califórnia. A demanda ocorreu em virtude de erro na esterilização por ligação das trompas realizada pelo médico, que gerou uma gravidez indesejada.

O resultado foi procedente, consideraram que a falha era suficiente para gerar o dever de reparar todos os danos, no caso, os gastos com a criação de mais um filho. Na lógica da equidade os outros filhos perderiam a oportunidade de usufruir dos gastos que este novo filho iria desfrutar. (HENSEL, 2005, p. 151 e MEDINA, 2008, p. 432)

1.1.3.5. *Roe v. Wade*

Outro caso julgado que serviu para mudar o padrão das decisões, assim como o já citado caso *Griswold v. Connecticut*, foi *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973.

Rafael Peteffi da Silva (2012, p. 7) afirma em seu artigo que o julgado asseverou a constitucionalidade do aborto e reafirmou a autodeterminação feminina em relação à constituição de descendência. Na decisão ressaltaram que a maternidade ou a prole adicional podem impor uma vida estressante para a mãe, sendo que a criação de uma criança pode ser causa de verdadeiro perigo para a sua saúde física e mental⁸.

Nas palavras de Gabriel Gualano de Godoy (2007, p. 21) sobre os efeitos dessa decisão:

Assim sendo, somente após a decisão do caso *Roe v. Wade* a preocupação com o direito à vida da criança não nascida foi abandonada. Antes de 1973, o sistema jurídico norte-americano não era claro a respeito da proteção do direito à vida do feto, o que permitiu as mais diferentes decisões por parte das Cortes estaduais. Após 1973, com a reorientação da questão da decisão sobre a vida nos Estados Unidos, o direito ao aborto passou a integrar a esfera da *privacy* da mulher. Nesse momento, a solução para o conflito entre vida humana e pessoa humana veio com a resposta jurídica. Seguramente, o fundamento dessa solução passou por uma mediação da definição filosófica de pessoa e de um critério a partir do qual as observações biológicas assumiriam significado ético.

1.1.3.6. *Wilczynski v. Goodman*

O tribunal de apelações de Illinois, em 1979, julgou o caso *Wilczynski v. Goodman*. Ocorreu a negligência em realizar um aborto e a conseqüente gravidez. Foi

⁸ Idem, p. 7 apud MURTAUGH, 2007, p. 254. Nesse sentido as palavras dos magistrados da Suprema Corte: “Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it”.

considerado procedente somente para recuperação dos custos de hospital e médicos com a gravidez e o parto, não indenizou os gastos com educação e criação da criança, por considerar o nascimento de uma criança saudável uma “benção”⁹.

1.1.3.7. *Kingsbury v. Smith*

A Suprema Corte de New Hampshire, em 1982, realizou o julgamento de um caso em que a mãe de três filhos se submeteu a uma laqueadura tubária, mas acabou engravidando pela quarta vez após o procedimento, nascendo a criança saudável.

Este caso foi erroneamente rotulado de *wrongful birth*, mas é evidente que se trata de *wrongful conception*, seguindo a nomenclatura por este trabalho adotado. Foi julgado procedente, entretanto a Corte seguiu a linha de limitar a indenização aos custos com hospital e médicos com a gravidez e com a laqueadura tubária, danos morais e os rendimentos perdidos em virtude da gravidez, no entanto entendeu indevida a indenização dos custos com a criação do filho. (HENSEL, 2007, p. 09)

1.1.3.8. *Wilbur v. Kerr*

Caso de *wrongful conception* julgado na Suprema Corte do Arkansas, em 1982. A demanda foi instaurada por negligência médica na realização de uma vasectomia e a mesma solução do caso anterior foi encontrada.

Defenderam a posição alegando que a concessão de indenização pelos custos de criação do filho poderia fazer com que a criança, quando amadurecesse, descobrisse a origem de seu sustento e se sentisse rejeitada pelos pais. (PETEFFI, 2012, p. 19 e DARRELL HICKMAN)

1.1.3.9. *Ochs v. Borreli*

Este é mais um caso de nascimento indesejado por esterilização por laqueadura mal sucedida em virtude de negligência médica, o qual foi julgado pela Suprema Corte de Connecticut no mesmo ano, 1982. Neste caso, a criança nasceu com defeito ortopédico leve.

Lembrou o direito de privacidade e autodeterminação indubitavelmente concedido às mulheres desde os casos *Griswold* e *Roe*, concluindo que todos os danos causados pelos médicos que desrespeitam esses direitos devem ser reparados, incluindo os custos de criação de filhos saudáveis, mas indesejados. (PETEFFI, 2010, p. 19)

⁹ WILCZYNSKI v. GOODMAN, 73 Ill. App.3d 51, 391 N.E.2d 479. Disponível em: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=197912473IllApp3d51_1117.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

Afirmou-se que a mãe tinha direito a recuperar não só para as despesas associadas com a deficiência da criança, ortopédica leve, mas também para as despesas ordinárias de criar um filho nascido como resultado de um procedimento de esterilização negligência realizada.¹⁰

1.1.3.10. *Johnson v. University Hospitals*

A Suprema Corte de Ohio julgou, em 1989, mais um caso de esterilização de uma mulher feita de modo negligente por três médicos do hospital, a qual resultou no nascimento indesejado de uma criança saudável.

Em relação à reparação, a Corte não considerou os argumentos dos outros tribunais em relação à indenização total, afirmando que os custos com a educação e criação da criança seriam muito especulativos e quase impossível para um júri de colocar um preço na vida de uma criança.

O Tribunal, portanto, seguiu a linha da reparação parcial, em que as despesas médicas, a perda do consórcio anteriormente adquirido, sofrimento emocional, perda de salários, dor e sofrimento são adequados para indenizar. (ALVAREZ, 2000, p. 595-596)

1.1.3.11. *Burke v. Rivo*

Outro caso de laqueadura negligente, que gerou o nascimento de um filho indesejado, foi julgado pela Suprema Corte de Massachusetts em 1990.

No caso, a mãe não queria ter mais filhos, pois desejava retornar ao mercado de trabalho, uma vez que a família passava dificuldades financeiras.

A Corte entendeu que não concorda com o raciocínio de vários tribunais que afirmam que as despesas de educação infantil não devem ser permitidas, dado que algum dia a criança pode ser prejudicada por ter conhecimento de que era indesejada e que alguém teria pago os custos da sua criação. O tribunal concluiu que "os pais, e não os tribunais, que devem decidir se uma ação prejudicaria a criança e não deve ser mantida."¹¹

¹⁰ BURNS v. HANSON, Patricia BURNS et al. v. Thomas M. HANSON et al. No. 15962. 1999. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/ct-supreme-court/1414386.html>. Supreme Court of Connecticut, June 1, 1982. CAROL OCHS ET AL. v. ANTHONY P. BORRELLI ET AL. Disponível em: http://ct.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19820601_0042128.CT.htm/qx

¹¹ Burke v. Rivo, 551 N.E.2d 1, 4 (Mass. 1990) - The court states that it is "unimpressed with the reasoning [of several courts] that child-rearing expenses should not be allowed because some day the child could be adversely affected by learning that he or she was unwanted and that someone else had paid for the expense of rearing the child." Ante at 770. The court concludes that "it is for the parents, not the courts, to decide whether a lawsuit would adversely affect the child and should not be maintained."

Decidiu que o nascimento de uma criança nem sempre é um benefício líquido, quando os pais passam por um procedimento de esterilização, em geral têm o motivo de que eles não podem se dar ao luxo de ter uma outra criança, como no caso, por dificuldades financeiras. O Tribunal explicou que, por outro lado, quando as razões por trás de esterilização são eugênicas (para evitar um defeito genético) ou terapêuticas (para proteger a saúde da mãe), o nascimento de uma criança saudável é um benefício líquido, pois não se esperava que a criança nascesse saudável. (ALVAREZ, 2000, p. 608-609)

1.1.3.12. Martiniak v. Lundborg

Em 1990 a Suprema Corte de Wisconsin julgou o caso *Martiniak v. Lundborg*. Semelhante ao citado acima, a mãe também realizou a laqueadura devido aos problemas financeiros, pois ela já possuía dois outros filhos e trabalhava 25 horas por semana.

A Corte decidiu que houve negligência médica, devendo ser compensada e afirmou que os custos com a educação não são especulativos, porque tipos semelhantes de custos são premiados em vários outros tipos de demandas, como ocorre na morte por negligência (*wrongful death*).

O tribunal também argumentou que pagamento de uma indenização de educação infantil para os pais não prejudicaria psicologicamente a criança, iria aliviar encargos econômicos da família e adicionar para o bem-estar do filho, além de não ser justo fazer os genitores arcarem com custos que desejavam evitar.

Contrariando outros casos aqui apresentados, o tribunal entendeu que os custos de criar um filho até a maioridade não pode ser compensado pelo benefício de ter um filho saudável em suas vidas, uma vez que tal benefício não foi desejado (ALVAREZ, 2000, p. 597).

1.1.3.13. Simmerer v. Dabbas

O Caso *Simmerer vs. Dabbas* foi julgado em 2000 pela Suprema Corte de Ohio.

Theresa Simmerer realizou um procedimento de esterilização com o doutor Dabbas após ter seu segundo filho. Na entanto, a conduta do médico foi negligente e a parte voltou a engravidar e deu à luz mais um filho, Steven, que nasceu com problemas cardíacos congênitos e veio a falecer com quinze meses de vida (MEDINA, 2008, p. 452 – tradução nossa).

Em razão destes fatos, o casal Simmerer, por si e em representação do filho, requereu a reparação pelos danos materiais com o filho (fora os custos com a gravidez, que foram resolvidos) e morais.

Medina citado por Iara Antunes de Souza (p. 76-77) em sua dissertação:

O tribunal de Ohio, Estados Unidos, ressaltou que a demanda por *wrongful conception* ou *pregnancy* tinha como fundamento a atuação negligente do médico junto ao procedimento de esterilização. Contudo, o argumento ligado ao nascimento de um filho doente ou deficiente, bem como o dano oriundo do diagnóstico equivocado são bases para ação por *wrongful birth*. Logo, as ações não se confundem e a simples presença de uma criança que nascera com deficiência e doenças na demanda não a convertia naquela espécie. A demanda foi julgada improcedente por *wrongful conception*, sob o argumento de que a condição do coração de Steven não era resultado da ação negligente do médico, ou seja, não havia nexo de causalidade entre a negligência na esterilização e o nascimento de um filho doente ou deficiente, especialmente quando o resultado não era previsível.

Traduz-se, ainda, do resultado do julgamento:

Despesas médicas e danos aflição emocional associada com o nascimento de uma criança deiciente não são reembolsáveis em uma ação *wrongful conception*, quando defeito de nascimento da criança não era razoavelmente previsível pelo réu, que por negligência, realizou o procedimento de esterilização. (tradução livre)¹²

Sendo assim, entenderam que não seria caso de *wrongful birth*, pois não havia nexo causal entre a conduta do médico e o defeito no coração da criança, pelo fato de não ter ocorrido falha no dever de informar ou negligência no aconselhamento médico, sendo julga a demanda somente como *wrongful conception*.

1.1.3.14. Conclusão

Diante do exposto, pode-se observar que existem quatro tipos de reparação para os casos de *wrongful conception* no direito norte-americano. Nas palavras traduzidas de Medina (2008, p. 453):

1) Reparação total, incluindo os danos da gravidez e os custos com a criação da criança; 2) reparação parcial, onde somente são indenizados os danos relacionados com a esterilização defeituosa, a gravidez e o nascimento; 3) a regra do benefício, que permite a diminuição dos danos ocorridos em proporção com os benefícios que os pais experimentam por ter e criar um filho, e 4) a não reparação.¹³

¹² Simmerer v. Dabbas, 89, Ohio St.3d 586, 2000-Ohio-232, p. 1. “Medical expenses and emotional distress damages associated with a child’s birth defect are not recoverable in a wrongful pregnancy action, when the child’s birth defect was not reasonably foreseeable by the defendant who negligently performed the sterilization procedure.” Disponível em: <http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/0/2000/2000-Ohio-232.pdf>

¹³ Limitando la acción a una de *wrongful pregnancy*, el juez Cook siguió las teorías generales de compensación por daños provocados por un *wrongful pregnancy*, que se aplicaban en os Estados Unidos: 1) Reparación total, incluyendo los daños del embarazo y los costos de crianza del menor; 2) reparación parcial, daonde s’lo se indemnizan los daño relacionados con la esterilización defectuosa, el embarazo y el nacimiento; 3) la regla del beneficio, que permite disminuir los daños ocasionados en proporción a los beneficios que experimentan los padres por tenes y criar a un hijo, y 4) la no reparación.

Em relação ao item 3, Rafael Peteffi afirma que esse entendimento da compensação seria aplicável nos casos de pensionamento pelos custos de criação e educação da criança.

A maioria dos tribunais americanos admite a reparação por *wrongful conception*. Atualmente, dos trinta e dois estados americanos que admitem a reparação, apenas cinco admitem a corrente de que a reparação deve ser integral, incluindo também os custos com a criação do filho (MEE, 1992, p. 887).

A abordagem da reparação parcial dos danos é a adotada pela maioria das jurisdições nos Estados Unidos. (ALVAREZ, 2000, p. 595). Restringem a indenização ao dano moral e dano patrimonial pelos custos dos métodos contraceptivos falhos (cirurgia de vasectomia ou laqueadura tubária), demais custos médicos e pela eventual perda de proventos durante a gravidez (PETEFFI, 2012, p. 19).

Essa abordagem, que é a mais adotada, declina a reparação dos custos com a educação da criança, os tribunais argumentam que estes seriam muito especulativos para a fixação, além disso, usam essa justificativa como uma barreira para casos em que os pais agem com má-fé e requerem reparação em caso de gravidez ocorrida sem a falha de qualquer método contraceptivo. (ALVAREZ, 2000, p. 595).

Nas palavras de Gabriel Gualano de Godoy (2007, p. 17):

...a maioria das Cortes norte-americanas optou por rejeitar uma reparação pecuniária equivalente ao custo das despesas com a educação e criação de uma criança até sua idade adulta, como no caso *Custodio v. Bauer*, de 1967. Nessa linha de raciocínio, tudo leva a crer que as Cortes estadunidenses, ainda que reconhecessem o prejuízo causado à mãe, não se sentiam confortáveis em reconhecer a própria vida da criança como um dano. E quando os Tribunais chegaram a recompensar algum prejuízo, alertaram sempre esperar dos pais e dos advogados uma reflexão séria sobre o interesse da criança, particularmente por conta do constrangimento que o processo poderia acarretar.

Alguns autores, como Jennifer Mee (1992, p. 912-914), defendem a reparação total dos danos, alegam que a autoridade apoia, em regra, o "dano limitado", afirmando que a recuperação de despesas de educação infantil viola as políticas públicas de valorização da vida humana. Têm a preocupação central que a recuperação total destas despesas possa, de alguma forma, desvalorizar a vida, e que, impedindo ou permitindo a redução da indenização pelo valor da existência da criança, o tribunal confirma a "santidade da vida".

Nove Estados americanos promulgaram leis proibindo a reparação por *wrongful conception* ou restringindo a reparação de algum aspecto dos danos normalmente reparados nessa espécie de responsabilidade civil. Bastante ilustrativa é a legislação promulgada em

1988 pelo Estado da Pennsylvania, que proíbe qualquer ação movida com base no argumento de que uma pessoa não deveria ter nascido. Como a lei trata apenas dos danos advindos do nascimento da criança, alguns tribunais conseguem tangenciar a lei, concedendo reparação pelos custos com despesas médicas e pelos desconfortos da gravidez (MURTAUGH, 2007, p. 254 apud PETEFFI, 2012)¹⁴.

Alvarez afirma que no ano 2000 apenas duas jurisdições, Kansas e Nevada, ainda aderem ao não reconhecendo a responsabilidade civil e nem qualquer concessão de indenizações por *wrongful conception*. Os tribunais supremos dos dois Estados contam com a velha lógica da lei comum usada para negar esta causa de ação que o nascimento de uma criança saudável não é um mal. Portanto, por uma questão de política pública, decidiram que não há nenhuma causa de ação para a *wrongful conception* (ALVAREZ, 2000, p. 595).

Conclui-se que a maioria da jurisprudência americana aprova as ações de *wrongful conception*, contando com a simpatia de 32 jurisdições estaduais (HENSEL, 2005, p. 153; MURTAUGH, 2007, p. 278 apud PETEFFI, 2012, p. 8).

1.1.4. WRONGFUL BIRTH

Na mesma linha já apresentada indica-se os casos de *wrongful birth*.

Conforme já ilustrado, são casos em que ocorre o nascimento de uma criança com alguma deficiência por negligência médica, seja nos testes genéticos ou no dever de informar a possibilidade do nascimento com esse defeito, os quais poderiam ter sido evitados através do aborto ou evitando uma gravidez.

1.1.4.1. Gleitman v. Cosgrove

O primeiro caso de *wrongful birth* foi *Gleitman v. Cosgrove*, julgado pela Suprema Corte de New Jersey, em 1967.

Ocorreu que a mãe foi infectada por rubéola no início da gestação e recebeu a equivocada informação, por parte de seu médico, de que o bebê não tinha riscos de nascer deficiente. Caso fosse informada, havia possibilidade de realizar o aborto. No entanto, no nascimento, a criança apresentava retardamento mental e sérias deficiências de visão, audição e fala. (PETEFFI, 2010, p. 09)

¹⁴ A legislação do Estado da Pennsylvania assim prescreve: “There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on a claim that, but for an act or omission of the defendant, a person once conceived would not or should not have been born”

A Corte julgou a improcedência alegando as premissas de que o filho não sofreu nenhum dano reconhecido pela lei e não seria cabível indenização, pela dificuldade em se medir os danos e pela impossibilidade lógica de se comparar e valorar a vida e a existência. (YÁGÜEZ, 2001, p.248 e RAPOSO, 2010, p. 68)

Ademais, arguiram que seria difícil vencer as barreiras do nexos de causalidade, pois a falha médica, que impossibilitou os pais do requerente de efetuarem o aborto, não causou a deficiência da criança, a qual já estava na sua carga genética (PETEFFI, 2012, p. 09)

1.1.4.2. *Becker v. Swartz*

Primeiro caso procedente foi na Corte de Apelação de Nova Iorque no caso *Becker v. Swartz*, em 1977.

A mãe teve uma gravidez de risco com sérias ameaças do bebê nascer com deficiências, pois possuía mais de trinta e cinco anos de idade. Ela não foi informada pelo seu médico sobre esses riscos, tampouco foi aconselhada a efetuar o exame de amniocentese¹⁵. A criança fruto dessa gravidez apresentava sério retardo proveniente da Síndrome de Down.

A Corte julgou procedente parte da demanda e, confirmando o primeiro caso de *wrongful birth* no país, conferiu reparação pelos custos adicionais que uma criança especial. No entanto julgou improcedente a demanda por dano moral, pelo argumento de que o amor pela criança e o fato de se tornar mãe seriam uma experiência “acima de sua deficiência”. (PETEFFI, 2012, p. 9 e WEIL, 2006).

1.1.4.3. *Smith v. Cote*

Trata-se de caso julgado na Corte de New Hampshire, em 1986. A demanda foi proposta contra o médico que cuidou da gravidez, entretanto não informou em tempo hábil a possibilidade de a criança nascer com deficiência, como ocorreu. Cumpre ressaltar que a criança também integrou o polo ativo da ação na demandando por *wrongful life*, o qual será posteriormente exposto.

No segundo trimestre de gravidez fez exame para exposição de rubéola, o qual foi confirmado e, como consequência, a menina nasceu com síndrome da rubéola congênita. A mãe argumentou que, se soubesse da possibilidade, iria realizar o aborto.

Nas palavras de FLOOD (2007, p. 11-12):

¹⁵ A amniocentese é um método de diagnóstico pré-natal que consiste na aspiração transabdominal duma pequena quantidade de fluido amniótico da bolsa amniótica, que envolve o feto. É tipicamente aconselhada aos pais perante a probabilidade de deformações genéticas durante a gravidez

A Corte considerou que foi negligência médica no dever de informar à paciente sobre os riscos da criança nascer com uma deficiência e julgou procedente parte da demanda para indenizar pelos custos médicos e educacionais extraordinários em virtude da deficiência, no entanto, para os custos ordinários com a educação do filho, entenderam não caber reparação. Ademais, em relação aos abalos emocionais, a Corte decidiu que não há dano moral nos casos de wrongful birth.

1.1.4.4. *Lininger v. Eisenbaum*

O próximo caso é *Lininger v. Eisenbaum*, julgado em 1988 pela Suprema Corte do Colorado.

Os autores haviam sido equivocadamente informados pelos médicos de que a cegueira do primeiro filho não tinha causas hereditárias, fato que motivou o nascimento do segundo filho, igualmente cego. Posteriormente, ambos os filhos foram diagnosticados com um tipo de cegueira congênita e hereditária. (PETEFFI, 2012, p. 9-10)

O resultado foi procedente, pois despesas médicas e educacionais extraordinárias da criança cega congênita merecem ser reparáveis, pois mesmo depois de sua maioridade é possível que continue a ser um dependente legal dos pais.¹⁶

1.1.4.5. *Walker v. Rinck*

O caso *Walker v. Rinck*, julgado pela Suprema Corte de Indiana em 1992 foi proposto em virtude dos sérios danos físicos e psicológicos causados ao filho do casal, por um procedimento equivocado no momento do nascimento, envolvendo o fator RH do sangue da mãe. Foi julgado procedente, pois houve nexo de causalidade entre a ação do médico e o dano causado à criança (PETEFFI, 2012, p. 12 e BROWNE, 2001, p. 2568-2569).

1.1.4.6. *Barder v. Johnson*

Ocorreu que em 1979, a senhora Johnson havia dado à luz um filho com hidrocefalia, atrasos mentais e motores severos, que demandou cuidados especiais até sua morte aos quatro meses de vida. Voltou a ficar grávida, em 1982, concebendo um filho sem deficiência ou complicações na gestação.

Em 1991, a senhora Johnson veio a engravidar novamente e, mais uma vez, procurou o Doutor Baden para realização dos exames pré-natais, como havia feito na gestação anterior. Com dezenove semanas de gestação foi realizada uma amniocentese que não revelou nenhuma anormalidade. Contudo, no mesmo dia, foi realizado um ultrassom por meio do qual o Doutor Baden verificou que o nascituro tinha uma cavidade cerebral extremamente grande e

¹⁶ AMY S. VICCARO & another vs. AUBREY MILUNSKY. 406 Mass. 777, 1990. Suffolk County, p. 780. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/406/406mass777.html>

com forma não usual. Diante disso, o médico solicitou à sua equipe que marcasse outra consulta para a senhora Johnson, a fim de que fossem realizados outros testes.

Por um mal entendido, a senhora Johnson não foi chamada para outra consulta, bem como o ginecologista que a acompanhava não foi informado dos resultados do ultrassom.

Com trinta e três semanas e meia de gestação o ginecologista da senhora Johnson realizou, ele mesmo, nova ultrassonografia onde foi possível confirmar que o nascituro sofria de hidrocefalia. Contudo, naquele momento, já era tarde para a realização do aborto.

Assim, em 4 de setembro de 1991, a senhora Johnson deu à luz uma criança com hidrocefalia e outras malformações que, mais tarde, foram a causa de sua morte.

O casal Johnson, diante destes fatos, propôs uma ação contra o Doutor Baden e contra a instituição médica da qual ele faz parte, sob o fundamento de que houve falha no dever de informar os resultados do ultrassom realizado e, conseqüentemente, por ter-lhes privado de optar pelo aborto (SOUZA, 2010, p. 80-81).

O tribunal de Indiana, em 1997, julgou procedente o pedido, considerando que os Johnson deveriam ser indenizados em virtude da negligência no dever de informar dos médicos.

Deveriam se indenizados pelos: a) Os custos extraordinários que irão ter para tratar a deficiência de nascimento; b) qualquer custo médico que vieram a ter durante a vida do filho como consequência de sua enfermidade; c) gastos com internação ocasionados pela negligência médica; d) a dor física sofrida pela mãe; e) o dano moral e o sofrimento espiritual sofridos pelos pais; e f) a perda do débito conjugal (MEDINA, 2008, p.553)¹⁷.

1.1.4.7. *Duplan v. Harper*

Extrai-se do artigo de Medina (2008, p.553), o caso em que a senhora Roseanne Duplan procurou a Clínica OB/GYN, pertencente à Força Aérea norte americana, para realizar exames pré-natais.

O teste detectou um alto risco de contágio de citomegalovirus (CMV), que tem o condão de causar defeitos e malformações fetais. Diante deste resultado, a senhora Duplan solicitou uma contraprova, no sentido de buscar a determinação se ela era imune ao

¹⁷ “a) Los costos extraordinarios en que debieron incurrir para tratar el defecto de nacimiento; b) cualquier costo médico en que debieron incurrir durante la vida de niño como consecuencia de su enfermedad; c) gastos de internación ocasionados por la negligencia médica; d) el dolor físico sufrido por la madre; e) el daño mental y el sufrimiento espiritual padecido por los padres, y f) la pérdida del débito conyugal.”

citomegalovírus, pois, eles não estavam dispostos a criar um filho com doenças e deficiências, razão pela qual optariam pelo aborto.

Realizado o exame, confirmou-se a infecção da paciente pelo citomegalovirus. Semelhante ao caso acima apresentado, ocorreu erro na informação do exame, sendo que neste caso uma enfermeira afirmou ao casal que o resultado “positivo” significava que o feto estava imune à doença, quando era o contrário.

Assim, diante desta informação, a gravidez foi levada a termo, sendo que a senhora Duplan deu à luz um menino, Zacarias, que padecia de várias malformações causadas pelo citomegalovirus, quais sejam, surdez total, microcefalia, retardo mental e incapacidades motoras.

O julgamento pela Corte de Apelação dos Estados Unidos, em 1999, foi favorável ao pedido dos Duplan, condenando o Estado ao pagamento de \$ 3.056.100,00 (três milhões cinquenta e seis mil e cem dólares) por danos materiais, \$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) por danos morais e \$ 2.856.100,00 (dois milhões oitocentos e cinquenta e seis mil e cem dólares) em razão dos gastos extraordinários que o filho Zacarias demandaria considerando os cuidados especiais necessários à sua criação.

1.1.4.8. Levy v. Oregon's Legacy Health hospital

Em caso recentíssimo, do ano de 2012, tem-se um julgado procedente para indenização por *wrongful birth* em Portland, Oregon, no “Multnomah County Circuit Court”.

Ariel e Deborah Levy pleitearam indenização em face de Oregon's Legacy Health hospital, por negligência em seu desempenho, análise e relatório nos testes de pré-natal que detectariam alguma anomalia no feto, pois a criança nascera com Síndrome de Down. Afirmam que, se fosse diagnosticado, iriam realizar o aborto. Em virtude disto, o júri decidiu pelo pagamento com os custos extras para sustentar a criança doente seria no valor de 2,9 milhões de dólares, em virtude da negligência do hospital (ART CAPLAN, 2012 e Daily Mail Reporter, 2012).

1.1.4.9. Conclusão

Conforme os casos apresentados, afirma-se que a corrente que admite o *wrongful birth* é majoritária e utiliza alguns argumentos recorrentes para justificar suas decisões, tais como evitar a negligência em testes pré-natais, preservar a autonomia nas escolhas

reprodutivas dos pais e compensar os pais pelos altos custos associados com a criação de uma criança deficiente¹⁸.

Esse entendimento possui inúmeras críticas, pois geraria discriminação e mais intolerância contra os excepcionais que estariam no cerne da ação de *wrongful birth*. Essa discriminação, após o “Americans with Disabilities Act”, de 1990, seria expressamente proibida pelo ordenamento norte-americano (SHETH, 2006, p. 653 ss apud PETEFFI, 2012).

Como exemplo da indignação com esse pensamento, organizações enviaram cartas em protesto a esse entendimento ao American Civil Liberties Union (ACLU) em 2012, afirmando, em suma, que essas políticas desumanizam os deficientes e desvaloriza suas vidas, que essas ações exigem que os pais rejeitem publicamente o seu filho por causa de uma deficiência e que é um perigo para a sociedade como um todo, que se esforça para ser respeitosa e incluir todos os membros, entre outras alegações¹⁹.

Marsha Saxton (1998) afirma que a mensagem passada pelos casos é de que esses indivíduos com doenças, como Síndrome de Down, não deveriam nascer e as mulheres poderiam realizar abortos seletivos. Representa que uma vez nascidas, essas crianças com deficiência são um fardo muito grande e os médicos que não conseguiram eliminá-las devem ser punidos financeiramente. Alega que muitos pais com crianças deficientes afirmam que há algo profundamente humano e valioso em cuidar e amar alguém assim.

Hensel argumenta que os benefícios pessoais que os autores podem ter em uma ação individual de *wrongful birth* poderiam botar em risco todos os ganhos de identidade e igualdade que a categoria dos deficientes físicos conquistou na sociedade (HENSEL, 2005, p. 144 apud PETEFFI). Hensel ainda afirma que a indenização não é conferida a todos os pais de deficientes, mas apenas àqueles que estão dispostos a declarar a menor valia de seus filhos, criando, desta forma, verdadeiros bastardos emocionais. Em alguns casos, as mães levam seus filhos ao tribunal como prova, para que o júri veja a gravidade da deficiência, comprovando a sua vontade de ter efetuado um aborto (p. 171 e 172)²⁰.

¹⁸ HENSEL, 2005, p. 160 e SHETH, 2006, p. 651 apud PETEFFI. A autora chega a um grau de precisão ainda maior, afirmando que são 23 jurisdições que aceitam o *wrongful birth*.

¹⁹ Carta das associações, datada de março de 2012 aos membros da “American Civil Liberties Union”. Disponível em: <http://autisticadvocacy.org/2012/05/letter-to-aclu-on-wrongful-birth-and-life-statements/>

²⁰ O autor ainda completa dizendo que na maioria dos casos de *wrongful birth* nós temos casos de pós-concepção (aborto) e não de pré-concepção (vasectomia). Deste modo, fica claro que a mãe não tinha apenas um desejo abstrato de não conceber um filho deficiente, mas que queria ter abortado aquela criança específica, que acabou nascendo.

William C. Duncan (2010, p. 20) alega que poucos estados americanos ainda são contra esse tipo de ação, no entanto já seria um início, pois apoiar esses posicionamentos seria válido, pois ajudam a manter a linha contra a escuridão moral da crescente “cultura da morte”.

Assegura, ainda, que as jurisdições que reconhecem esse tipo demanda são: “Alabama, Arizona, California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Florida, Illinois, Kansas, Louisiana, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, Ohio, South Carolina, Texas, Virginia, Washington, West Virginia, e Wisconsin.” (DUNCAN, p. 21).

Nas palavras de Fernando Simões (2010, p. 193):

De uma análise das decisões jurisprudenciais dos tribunais europeus e norte-americanos resulta que, quando confrontados com estas inquietantes demandas, os tribunais tendem a conceder indemnizações pelas despesas excepcionais de sustento de uma criança deficiente, e uma indemnização pelos danos morais dos pais, mas rejeitam a pretensão indemnizatória apresentada pela criança, pelo dano pessoal de ter nascido (apud DIAS PEREIRA, 2004, p. 378)

Portanto, no momento, a maioria dos estados norte-americanos reconhece a reparação dos danos nesses casos.

1.1.5. WRONGFUL LIFE

Os casos de *wrongful life* são os mais polêmicos, pois o requerimento de indenização é realizado pela própria criança em virtude de seu nascido, como será demonstrado a seguir.

1.1.5.1. Zepeda v. Zepeda

Primeiro caso na temática do *wrongful life* foi *Zepeda v. Zepeda*, de 1963, julgado pela Corte de Illinois.

Esse caso trata de uma criança que acionou o seu próprio pai por carregar o peso de ser filho ilegítimo (seu pai não era casado com sua mãe e possuía uma esposa), argumentando ter uma vida indevida, sem uma família “normal”.

Foi denegado o pedido de indenização, pois poderia abrir precedente para muitos processos de filhos nascidos fora do casamento ou em condições adversas, os quais pleiteariam contra quem propiciou tal dissabor.

Ressalta-se que este caso difere dos casos tradicionais de *wrongful life*, em que há o nascimento de um deficiente que poderia não nascer se os pais fossem informados da possibilidade e realizassem um aborto. (HENSEL, 2005, p. 155; STRASSER, 1999, p. 34; VIELA, 2008, p. 460-461)

1.1.5.2. *Gleitman v. Cosgrove*

Este caso já foi citado quando demonstrado o *wrongful birth*, no entanto o filho deficiente também foi autor na demanda, configurando como caso de *wrongful life* e pode ser considerado o primeiro caso típico da temática que analisou o tema da “vida injusta” a fundo.

Em 1967, a Suprema Corte de Nova Jersey (2011) julgou a ação em que Jeffrey Robert Gleitman, uma criança representada pelo seu tutor e seus pais, Irwin Gleitman e Sandra Gleitman, ajuizaram um pedido de indenização contra os médicos responsáveis pelo acompanhamento pré-natal.

Conforme já apresentado, durante a gravidez, a genitora teve rubéola, mas, segundo os médicos, a doença não teria nenhum efeito sobre o seu filho. Ocorre que, quando nasceu, a criança apresentou deficiências ocasionadas pela doença. O fundamento da ação foi a negligência dos médicos, que impediu o exercício do aborto. (HOLANDA, 2010, p. 03)

A Corte julgou improcedente e alegou, especificamente para afastar a pretensão do filho, a dificuldade em se medir os danos, pela impossibilidade lógica de se comparar e valorar a vida e a existência. Entendeu que há princípios de ordem pública que militam a favor da vida, sendo incompatíveis com o pedido do filho. (YÁGÜEZ, 2001, p.248 e RAPOSO, 2010, p. 68).

1.1.5.3. *Park v. Chessin*

O Caso Park v. Chessin foi proposto em Nova York, em 1977, considera-se a primeira decisão favorável ao *wrongful life*.

A demanda foi proposta pela criança pelo fato de nascer afetada pela doença renal policística e os médicos não terem informado de maneira adequada aos pais sobre essa possibilidade.

O tribunal considerou que, no caso, a criança não reclamava danos pelo nascimento em si, mas sim pela dor e sofrimento presentes após seu nascimento, que derivou de uma conduta médica anterior à concepção. (EMALDI-CIRIÓN, 2004, p. 103 apud DE SOUZA, 2010, p.100)

Patrick J. Kelley (1979, p. 940) transcreve parte das razões da Corte:

O intermediário tribunal de apelações de Nova York decidiu que a criança tinha uma pretensão para a *wrongful life*: [O Tribunal não reconheceu anteriormente a causa da ação.] Mas os casos não são decididos no vácuo, mas sim, as decisões devem manter o ritmo com a expansão da evolução tecnológica, econômica e social. Inerente à abolição da proibição legal do aborto ...é uma consideração de política pública que dá aos pais o direito potencial, dentro de certos

limites legais da lei e do caso, para não ter um filho. Esse direito se estende a casos em que ele pode ser determinável com a razoável certeza médica de que a criança iria nascer deformado. A violação deste direito também pode ser considerado ilícito para o direito fundamental da criança ao nascer como um ser humano funcional. (tradução livre)²¹

1.1.5.4. *Culender v. Bio-Science Laboratories*

Em 1980, Hyam e Phillis Curlender foram ao laboratório réu para realizar exames de sangue, destinados a revelar se eles carregavam genes que podem causar a doença de Tay-Sachs em sua prole. Baseando-se nos resultados negativos, Sra. Curlender concebeu e deu à luz à Shauna.

Pouco depois de seu nascimento, os médicos descobriram que Shauna tinha doença de Tay-Sachs. A criança deficiente, através de seu pai, entrou com uma queixa de acordo com “*wrongful life*” contra os laboratórios de ensaio, alegando que a negligência em dar “incorretas e imprecisas” informações para seus pais foi a causa imediata de seu nascimento e posterior sofrimento (NELSON, 1980, p. 676-683 e HOLANDA, 2011, p. 03).

Sua decisão também foi procedente pela Corte de Apelação do Estado da Califórnia, decidindo que os danos deveriam ser calculados para compensar “a dor e o sofrimento” a ser suportado durante o tempo de vida limitado disponível para uma criança e qualquer perda pecuniária especial resultante da condição de deficiente (JACKSON, 1995, p. 541).

1.1.5.5. *Turpin v. Soritini*

A demanda foi originada em 1982 na Califórnia. Ocorreu que o Dr. Soritini foi negligente em não diagnosticar a perda auditiva de Hope como uma doença hereditária, primeiro filho do casal, privando assim os seus pais de uma decisão informada sobre a concepção de outra criança, pois poderia, da mesma forma, ser surda. O médico foi acusado de ter causado o nascimento injusto de Joy, pois sem o seu diagnóstico negligente, ele não teria nascido, seus pais iriam optar pelo aborto. (JANNOL, p. 8).

Nesse caso foi utilizado o conceito de “direito de morrer” para refutar a ideia de que toda a vida é preferível a “não vida”, a sugestão implícita é que a própria vida pode ser

²¹ The New York intermediate appellate court held that the child had a cause of action for wrongful life: [Court have not previously recognized the cause of action.] But cases are not decided in a vacuum; rather, decisional law must keep pace with expanding technological, economic and social change. Inherent in the abolition of the statutory ban on abortion ... is a public policy consideration which gives potential parents the right, within certain statutory and case law limitations, not to have a child. This right extends to instances in which it can be determined with reasonable medical certainty that the child would be born deformed. The breach of this right may also be said to be tortious to the fundamental right of a child to be born as a whole functional human being.

uma lesão ao indivíduo (GALLAGHER, 1987, P. 1324). O “direito de morrer” permite que doentes terminais escolham se querem se submeter a procedimentos ou tratamentos que possam prolongar a vida ou não.

Da mesma forma que foi julgado o caso *Park v. Chessin*, o pedido foi acatado em 1982 e o médico obrigado a indenizar por todos os gastos extraordinários e despesas médicas que sofressem os pais durante a vida do filho, visto que este tipo de despesa foi considerada suscetível de cálculo com razoável precisão (CASANOVA, 2004, p. 104).

1.1.5.6. *Walker v. Mart*

Caso julgado pela Corte do Arizona em 1990, em que a mãe procurou acompanhamento de médico obstetra na gravidez, contudo este foi negligente em não informar, discutir ou testar para a possibilidade de rubéola no primeiro trimestre.

Quando a criança nasceu, ela sofria de síndrome da rubéola congênita, fazendo com que a mãe demandasse em seu nome, *wrongful birth* e representando a criança, por *wrongful life*, requerendo os danos extraordinários e gerais oriundos da doença (MILUNSKY, 2004, p. 200).

Os danos requeridos pela mãe, em *wrongful birth*, foram compensados, no entanto a ação em nome do filho, *wrongful life*, foi julgado improcedente com base no argumento de que trazer uma criança ao mundo, não é uma lesão legalmente percebida. Esta abordagem geralmente é compatível com o fundamento de que os médicos não causaram as deformidades das crianças. Além disso, a afirmação de que é preferível não ter nascido a ter nascido com deficiências graves é "logicamente impossível". "Tais conclusões são um mistério, mais propriamente deixada para os filósofos e teólogos do que aos tribunais". (JACKSON, 1995, p. 563)

1.1.5.7. *Kassama v. Magat*

Este caso de 2001 tem um resultado diferente dos demais apresentados, serve para verificar os limites da responsabilidade do médico e para novas argumentações acerca da questão.

A senhora Millicent Kassama realizou o acompanhamento pré-natal com o doutor Magat, no entanto seu filho nasceu portador de Síndrome de Down.

Alegou, assim, que o médico havia sido negligente no aconselhamento genético pré-natal e propôs ação por *wrongful birth* e *life*, em uma os pais pleitearam os danos

materiais com a criação do filho deficiente e na outra o representaram, alegando que a negligência retirou o direito de escolha dos pais, livre e esclarecido.

Diante disso, a Suprema Corte de Maryland julgou improcedentes ambas as demandas, por entender que a senhora Kassama havia contribuído para o resultado danoso, pois ficou confirmado que o médico a instruiu a realizar exames de sangue e ela ultrapassou o tempo requerido, alegaram que “todo paciente tem o dever de cooperar com seu médico.” (MEDINA, 2008, p.557)

George D. Pozgar (2004, p. 360) afirma que a Corte decidiu que uma vida prejudicada não era pior que a “não vida”, e por isso, a vida por si só não pode ser considerada um sofrimento e que não havia evidências de que Ibrion não era amada e não poderia retribuir esse carinho aos pais. Alegaram, ainda, que estudos mostram que pessoas portadoras da doença podem ter uma vida produtiva e com significado, podem ser educados, ter emprego, amizades e lidar com a sociedade como um todo. Tudo isso seria a verdadeira essência da vida e muito mais valioso que qualquer dano que pode suportar.

1.1.5.8. Conclusões

A discussão nesse tipo de ação é polêmica e com fortes fundamentos, pois a própria criança pleiteia pelo seu direito de não ter nascido. Aborda a controvérsia da quantificação da vida, se a não existência seria preferível a uma vida de sofrimento por ser portador de uma deficiência, além de outros aspectos.

Através das decisões apresentadas, verifica-se que muitos tribunais concluíram que é impossível determinar se a inexistência é preferível à vida prejudicada e, portanto, se representa uma lesão compensável.

As críticas à procedência desse tipo de ação um pouco semelhantes às apresentadas para os casos de *wrongful birth*, no entanto aqui são mais profundas, devido ao polo ativo ser constituído pelo próprio deficiente.

Cumprе ressaltar que as indenizações, em geral, são limitadas aos danos “especiais” gerados pela criança deficiente (GALLAGHER, 1987, p. 1327), ou seja, as despesas médicas e gastos extraordinários.

Pozgar (2004, p. 357) expõe que as ações de *wrongful life* são geralmente mal sucedidas, principalmente pelo fato de que as cortes têm relutância, por razões de política pública, de permitir recuperação financeira pelo dano de se ter nascido. O autor defende que o direito à vida e o princípio de que todos são iguais perante a lei são fundamentais na

Constituição, portanto decidir que a vida de uma criança não vale a pena é abandonar esses ideais. E, ainda, caracterizar uma vida de um incapacitado como um dano pode denegrir todos os deficientes.

Kathleen Gallagher (1987, p. 1326) expõe, em relação ao preconceito e inserção na sociedade de pessoas deficientes, que a crescente conscientização das pessoas com deficiência como membros produtivos da sociedade e da legislação aprovada para ajuda-las não podem ser prejudicadas por uma determinação judicial que poderia trazer a ideia de que esse grupo inteiro de pessoas teriam vidas "injustas".

A autora quer expressar que esse tipo de ação pode afetar os direitos e a inserção na sociedade já conquistada por pessoas com deficiência, fazendo regredir por colocá-las no mesmo "grupo" dos que pleiteiam o *wrongful life*. Com relação a esse tema, destaca-se que a carta enviada à ACLU pelas associações dos deficientes (já menciona nas considerações sobre o *wrongful birth*), também é destinada a criticar esse tipo de demanda.

Ainda mencionando a autora, é contundente em sua crítica a esse tipo de ação, esta questionaria a crença da preciosidade da vida em si e encontraria argumento para a vida ser uma lesão. Reivindicações de *wrongful life* podem causar problemas graves, com o questionamento sobre quais critérios definem uma vida "sem valor" e permite que os pais declararem que a vida de seu filho não vale a pena viver e, ainda, faria a criança indagar futuramente sobre o valor de sua existência (1987, p. 1330 e 1331)²².

Patrick J. Kelley (1979, p. 942) argumenta:

A decisão de requerer a ação de *wrongful life* normalmente não é feita por autor, mas pelos pais, encarregados de demandantes de cuidados e educação. O tribunal determina se a inexistência seria preferível à vida da criança-autora. Se o autor prevalece, o resultado é uma declaração judicial formal que teria sido melhor se o autor não tivesse nascido. De acordo com a teoria utilitarista, por que o Estado proteger a vida do filho depois que ele declara formalmente que a criança teria sido melhor se ele não existisse? Como a criança pode alcançar qualquer senso de dignidade, quando o Estado e seus pais negam que sua existência tem algum valor? Não rejeição formal dos pais de pena da criança necessariamente afetam a profundidade de seu compromisso subsequente ao seu cuidado e educação? (tradução livre)²³

²² In conclusion, it is submitted that policy reasons dictate that *wrongful life* should not be allowed. The claim questions the belief of the preciousness of life itself; it finds life to be an injury. *Wrongful life* claims pose serious problems as to what criteria define a "worthless" life. It allows parents to declare that their child's life is not worth living, straining the family unit and leaving the child to speculate later on the value of his existence. Additionally, a judicial determination of a life as "wrongful" because of an accompanying handicap makes serious inroads into the progress made toward hanging society's attitudes toward the disabled.

²³ Third, recognition of the *wrongful life* cause of action insults the infant-plaintiff. The decision to sue for *wrongful life* ordinarily is made not by plaintiff, but by the parents charged with plaintiffs care and education. The court then determines whether nonexistence would be preferable to infant-plaintiff's life. If plaintiff prevails, the result is a formal judicial declaration that it would have been better if plaintiff had not been born. Under the

Por outro lado, COHEN (1978, p. 224) questiona se, por analogia, não se pode defender que, em certas circunstâncias, a não-existência seria preferível à vida tal como ela é, e que por isso a pessoa foi prejudicada pelo simples fato de nascer.

Ressalta-se, ainda, a consequência da procedência dessas demandas pode gerar na postura médica, tornando a prática desses profissionais mais defensiva e a disseminação do pensamento pró-aborto, com médicos sempre optando por esta alternativa nos mais variados casos para não serem responsabilizados futuramente.

Rafael Peteffi da Silva (2008, p. 12) assevera que a força dos argumentos apresentados, com os quais concorda, são responsáveis por influenciar a imensa maioria da jurisprudência norte-americana sobre *wrongful life*, já que apenas três Estados reconhecem a reparação deste tipo de dano.

Nas palavras de Gabriel Gualano de Godoy (2007, p. 16):

Muitas das Cortes norte-americanas que se depararam com tais tipos de ação optaram por aceitar as demandas propostas com base em um nascimento injusto e rejeitar as demandas com base em uma vida injusta. Isso teria ocorrido por conta de uma preocupação humanista com a dádiva da vida, mas também porque seria mais simples decidir a questão da perda da chance parental como um dano em vez de enfrentar a espinhosa questão metafísica da preferência pela não-existência e sua articulação com o Direito, ou com a Justiça.

Por fim, são aceitas as três formas de ação (*wrongful life, birth e conception*) apresentadas somente na Califórnia, Nova Jersey e Washington. (DUNCAN, p. 21; MEDINA, 2008, p. 436).

1.2. DIREITO BRITÂNICO

Neste momento será feita uma análise do posicionamento do direito britânico em relação ao *wrongful conception ou pregnancy* (como é mais dominado no país), *wrongful birth* e *wrongful life*.

1.2.1. WRONGFUL CONCEPTION

1.2.1.1. *Sciuriaga v. Powell*

Sciuriaga v. Powell foi o primeiro caso (1979) em que ocorreu a demanda pelo nascimento de uma criança saudável em virtude de um procedimento abortivo feito de forma

utilitarian theory, why should the state protect the child's life after it formally declares that the child would have been better off if he did not exist? How can the child achieve any sense of dignity when both the state and his parents deny that his existence has any value? Would not the parents' formal rejection of the child's worth necessarily affect the depth of their subsequent commitment to his care and nurture?

negligente. Os danos foram premiados aos pais pela falha do procedimento em si, com base em princípios comuns de negligência médica.

Foi concedida indenização pela dor e sofrimento e para a perda real e potencial de ganhos, mas não ocorreu reparação para a manutenção ou criação da criança (JACKSON, 1995, p. 584).

1.2.1.2. *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority*

Três anos mais tarde foi julgado caso semelhante, em que a esterilização foi realizada com negligência e os pais conceberam uma criança saudável, neste caso as questões de ordem pública foram exaustivamente analisadas.

A ação foi analisada como um caso de "nascimento injusto", *wrongful birth*, embora possa agora ser mais claramente identificado como um caso de "gravidez injusta", *wrognful conception*.

A demanda foi julgada parcialmente procedente e condenou ao pagamento de indenização por danos morais e lucros cessantes durante a gravidez (que foram concedidos), danos por "perturbação para as finanças da família", como o custo de um enxoval. Rejeitou o pagamento dos custos futuros da criação com base em questões de ordem pública, pois essas ações colocariam um encargo financeiro excessivo sobre a profissão médica e provavelmente poderia levar a uma redução dos padrões profissionais, pressionando os médicos a recomendar o aborto por medo de possíveis litígios.

Além disso, a ação poderia ter grandes implicações sociais por perturbar a vida familiar e causar amargura entre pai e filho pela possibilidade da criança pode ter conhecimento de que o tribunal havia declarado publicamente que a sua vida era um erro e que ela era indesejada.

A problemática do apuramento dos danos também foi discutida, pois seriam calculados por compensação entre as alegrias de ter um filho contra os encargos financeiros e outras dificuldades que ele causa e foi argumentado, ainda, sobre a santidade da vida humana. (JACKSON, 1995, p. 584 e julgamento House of Lords²⁴)

1.2.1.3. *Emeh v. Kensington Chelsea and Westminster Health Authority*

Este caso de 1985 também foi ocorrência de uma vasectomia defeituosa, no entanto neste caso a criança nasceu com deficiências.

²⁴ HOUSE OF LORDS - Lord Slynn of Hadley Lord Steyn Lord Hope of Craighead Lord Clyde Lord Millett OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGMENT IN THE CAUSE *MACFARLANE AND ANOTHER v. TAYSIDE HEALTH BOARD*, 25 NOVEMBER 1999. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

O juiz de primeira instância argumentou que a opção da autora em não interromper a gravidez rompia o nexo de causalidade em relação a qualquer dano posterior a sua decisão, cabendo-lhe, somente, demandar danos morais e materiais em razão da esterilização mal sucedida. Contudo, o Tribunal de Apelação modificou o entendimento do primeiro grau. Isto porque não cabe a um tribunal decidir acerca da razoabilidade ou não da decisão de abortar (SOUZA, 2010, p. 74).

O tribunal de apelações indicou que existia um argumento forte para a concessão de indenizações em casos de crianças com deficiências, em oposição aos casos que envolvem os saudáveis. Ou seja, teria entendido que seria caso de *wrongful conception*, pela falha no método contraceptivo, mas com o agravante do nascimento da criança com deficiência.

Além dos custos decididos posteriormente, nesse caso também foi indenizado pelos custos completos de educação infantil, sem limitá-las, equilibrando as diferenças entre as necessidades de uma normal e uma criança "anormal" até os 18 anos de idade (JACKSON, 1995, p. 584 e julgamento House of Lords²⁵).

1.2.1.4. *Allan v. Bloomsbury Health Authority*

Em caso mais recente, do ano de 1993, pode-se analisar a instabilidade dos posicionamentos adotados. Ocasinou que no momento em que a mãe foi realizar a esterilização não foi diagnosticada a sua gravidez de quatro semanas. A gravidez só foi detectada após 17 semanas, momento em que a Sra. Allen sentiu que era tarde demais para abortar e a menina nasceu completamente saudável.

Declarou-se que, se a negligência de um médico resultou em um nascimento não planejado, a mãe tinha direito a recuperar os danos para a dor e o sofrimento associado com a gravidez, bem como danos para a perda financeira causada por educar a criança para a vida adulta, até os 18 anos. Danos para o significativo esforço e cansaço que uma mãe pode sofrer em educar uma criança não seriam recuperáveis, esta carga foi compensada pela alegria de ter uma criança saudável. (JACKSON, 1995, p. 586-587 e julgamento House of Lords²⁶).

1.2.1.5. *McFarlane v Tayside Health Board*

Decisão mais recente, de 1999, deu-se mais um caso de vasectomia mal sucedida que gerou uma gravidez, mesmo os pais tendo tomado todas as precauções indicadas pelos médicos.

²⁵Idem.

²⁶Idem.

Em primeira instância, cuja decisão foi exarada em 1997, o pedido foi julgado improcedente sob a alegação de que a gravidez e o parto não constituíam evento danoso.

Em grau de recurso, a decisão foi invertida, em 1998, sob a alegação de que os benefícios da maternidade e paternidade não podem compensar os danos causados pela gravidez indesejada (SOUSA, 2010, p. 76 apud MACLEAN, 2000).

Iara Antunes de Sousa traz a decisão do recurso à Casa dos Lordes, em que transcreve:

[...] os custos de sustento de uma criança saudável não podiam ser impostos ao médico ou à clínica, pois tal seria desproporcional em relação ao fato ilícito e não teria em conta os benefícios contrapostos trazidos à família com o nascimento de uma criança saudável, presentes mesmo que os pais não quisessem ter tido mais filhos [...]. (SOUSA, 2010, p. 76 adup PINTO, 2008, p. 82).

Ao final, foi concedida indenização à mãe, pela perda de rendimentos e demais danos patrimoniais associados à gravidez e ao parto em si, entretanto foram negados os gastos com a educação da criança.

1.2.2. WRONGFUL BIRTH

1.2.2.1. *Salih v. Enfield Health Authority*

Neste caso ocorreu o nascimento de uma criança que sofreu de síndrome da rubéola congênita, nascendo surda e parcialmente cega, como resultado do fracasso de uma autoridade de saúde para diagnosticar e avisar a mãe de que seu filho poderia ser afetado pela rubéola. Esta negligência resultou na incapacidade de escolha da mãe para realizar o aborto.

Ao considerar que os pais não tinham direito a perdas e danos, o tribunal se baseou em provas que demonstravam que tinham planejado ter um quarto filho e por isso não tinham sofrido um abalo financeiro, portanto não teria ocorrido negligência médica²⁷.

1.2.2.2. *Rance v. Mid-Downs Area Health Authority*

Neste caso de 1990 ocorreu o nascimento de uma criança deficiência muito grave, espinha bífida, causados pela negligência de um radiologista do hospital que não providenciou mais exames. Esses teriam confirmado, ou dissipadas as suspeitas, que a criança estava nessa condição e, nesse caso, a mãe teria interrompido a gravidez.

O pedido foi rejeitado, mas, mais uma vez, por razões que não apoiam a presente discussão. Não foi encontrada qualquer negligência em nome do radiologista.

Além disso, ele afirmou que, mesmo se tivesse, não teria permitido a ação com base no que a mãe estava em um estágio de sua gravidez, que era muito avançado para ter

²⁷ Idem.

direito ao aborto, uma declaração agora tornada obsoleta por causa das posteriores alterações da lei²⁸.

1.2.3. WRONGFUL LIFE

1.2.3.1. Mckay v. Essex Area Health Authority

Durante a gravidez a mãe suspeitou que tinha contraído rubéola e por isso foi consultar com o médico, explicando que estava grávida e preocupado com o futuro de seu filho. O médico assegurou-lhe que ela não tinha rubéola e garantiu que a criança não tinha sido infectada, por este motivo não tinha que considerar o aborto ou se preocupar com a saúde da criança. Baseando-se nessas informações, a mãe da criança continuou a sua gravidez.

O médico havia sido negligente e extraviado uma das duas amostras de sangue que tirara da mãe. Além disso, ele confundiu uma de suas amostras com uma amostra colhida de outra fonte. Como resultado, a criança nasceu parcialmente cega e surda, com graves danos a seus tecidos neurais, bem como outras deficiências.

Em 1982 o tribunal de apelações rejeitou o pedido, considerou que o médico não devia nenhuma obrigação legal para o feto "para evitar o seu nascimento", nem para "causar a sua morte." Além disso, o tribunal considerou rubéola da mãe foi a única causa de lesão para a criança, e não qualquer conduta por parte do médico.

Ademais, arguiu que mesmo que a criança houvesse sofrido uma lesão, a indenização seria impossível de calcular. De acordo com o tribunal, o propósito dos danos monetários é o "de colocar o lesado o mais perto possível da condição que tinha antes de ser ferido" e concluiu que não seria possível realizar essa avaliação, uma vez que, aparentemente, implicaria comparar a vida com defeitos contra a não existência. Além disso, o tribunal considerou que tal ação foi contra a política pública, correndo "totalmente contrário ao conceito da santidade da vida humana". (JACKSON, 1995, 538-539; LIU, 1987, p. 70-71)

1.2.4. Conclusões

Resta destacar, primeiramente, que as nomenclaturas na Inglaterra não são tão padronizadas quanto no direito norte-americano, sendo dificultoso, muitas vezes, ter conhecimento de quais tipos de casos os autores se referem.

Feita esta ressalva, conclui-se que, com relação ao *wrongful conception*, o posicionamento é semelhante ao do direito norte-americano. Em regra as demandas são consideradas procedentes e a compensação se dá das despesas com o procedimento mal

²⁸ Rance v Mid-Downs Health Authority [1991] 1 QB 587, [1991] 2 WLR 159, [1991] 1 All ER 801, QBD

sucedido e a perda dos rendimentos, somente em poucos casos é concedida a indenização pelos custos da educação e criação da criança e pelos danos morais.

Por outro lado, embora à primeira vista pareça que a lei Inglesa não reconhece ações de *wrongful birth*, é evidente que nos casos aqui destacados os tribunais nunca consideraram as afirmações com base em qualquer princípio ou lógica. Portanto, de acordo com o pesquisado, não há casos para uma correta análise do posicionamento concreto.

O Caso Mckay, demanda de *wrongful life*, é o mais importante nesse ponto e primeiro a ser julgado, sendo ainda parâmetro para firmar o posicionamento de negar indenizações deste teor no país, entendendo como faz a maioria dos estados norte-americanos em denegar este tipo de pedido.

1.3. DIREITO FRANCÊS

No direito francês será destacado o caso Perruche, demanda de *wrongful life* que teve mais destaque na mídia e gerou inúmeros conflitos de opiniões no país, ensejando em uma lei sobre a matéria.

Cumprido ressaltar que a França descriminalizou o aborto com a lei de 17 de janeiro de 1975, tornando-o um direito subjetivo. Nas palavras de Daniel Sarmiento (2005, p. 9):

Mais recentemente, em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória.

1.3.1. Caso Perruche

É considerado o mais importante na França no âmbito da indenização por *wrongful life* e sua decisão no ano de 2001 gerou muitas discussões e enfoque na mídia, o que deu origem à lei “anti-Perruche”.

Em 1982 um médico examinou a filha de quatro anos de um casal francês e constatou erupções cutâneas causadas pela rubéola na criança. Posteriormente os mesmos sintomas foram encontrados também na mãe.

Como foi levantada a probabilidade de gravidez da senhora Josette Perruche, o médico prescreveu um exame laboratorial com o objetivo de verificar se o feto havia

contraído infecção intrauterina, pois poderia provocar graves danos (síndrome de Gregg). A senhora Perruche manifestou claramente a intenção de interromper a gravidez caso fosse detectada a rubéola. Após os exames, o médico responsável informou que a gestante estava imune à doença e que o bebê nasceria saudável.

Em 14 de janeiro de 1983 nasceu Nicolas Perruche, no entanto apresentou os sintomas da síndrome de Greg, ou síndrome da rubéola congênita, com lesões auditivas e visuais, cardiopatias e neuropatias. (VILELA, 2008, p. 461)

Inconformada, a mãe representou o filho como autor na ação de *wrongful life* e o “fundamento jurídico do pedido de reparação de danos foi a perda da chance de exercício, por parte da mãe, do direito à interrupção voluntária da gravidez, conforme declarado ao médico na ocasião do exame pré-natal” (GODOY, 2007, p. 32).

Nas palavras de Rafael Peteffi (2008, p. 11):

O caso trilhou caminho jurisprudencial interessante, pois, em 1993, a Corte de Apelação de Paris concedeu reparação pelos danos sofridos pela Sra. Perruche, mas não concedeu indenização alguma ao recém-nascido, pois considerou que não havia nexo de causalidade entre os danos sofridos por ele e os equivocados procedimentos médicos. A Corte de Cassação, em 1996, cassou o acórdão da Corte de Apelação de Paris somente no que dizia respeito aos danos conferidos ao menor. A Corte de Apelação de reenvio²⁹, de Orleans, recusou-se a acatar a determinação da Corte de Cassação, utilizando os mesmos argumentos do tribunal parisiense.

Após as decisões de anteriores instâncias contra a indenização ao autor, a Assembleia Plenária da Corte de Cassação, em 2000, julgou a demanda favorável a esse. A decisão pode ser resumida na ementa do acórdão:

PROFISSÕES MÉDICAS E PARAMÉDICAS – Médico cirurgião – Responsabilidade contratual – Erro – Nexo de causalidade – Mulher grávida – Concurso de erros de um laboratório e de um médico – Criança nascida com deficiência – Direito à reparação.

A partir do momento em que os erros cometidos por um médico e um laboratório na execução de contratos firmados com uma mulher grávida tenham impedido esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez com o objetivo de evitar o nascimento de uma criança atingida por uma deficiência, esta última pode requerer a reparação do dano resultante dessa deficiência e causada pelos erros considerados. (GODOY, 2007, p. 39 e MAXWELL, 2012, p. 11).

Considerou que a negligência no momento do diagnóstico pré-natal, meio de prever alguma anomalia fetal, provocou a perda da chance de Josette Perruche optar pela interrupção voluntária da gestação de Nicolas Perruche, sendo admitido o direito à indenização. A decisão reconheceu que o próprio filho teria direito de pleitear a reparação por seu sofrimento de viver uma vida completamente insatisfatória, em virtude das falhas cometidas.

²⁹ Cour D’ Appel de renvoi.

Essa deliberação gerou incômodo em variados grupos, destacando o intenso ativismo dos movimentos em defesa dos direitos humanos das pessoas com deficiência, o que inspirou a realização de três projetos de lei encaminhados à Assembleia Nacional francesa. Visando frear tal situação e modificar a jurisprudência Perruche, acabando com a avalanche processual, o resultado foi a promulgação da Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002, que ficou conhecida como Lei anti-Perruche, principalmente por dispor a respeito da total impossibilidade de alguém pleitear indenização pelo fato de ter nascido (VILELA, 2008, p. 461; GODOY, 2007, p. 34; EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.104).³⁰

Nas palavras de Vera Lúcia Raposo (2010, p. 71):

Esta lei apenas admite a reparação de danos resultantes directamente (em termos denexo de causalidade) de actos médicos, isto é, quando o acto médico em si mesmo causou a lesão ou a agravou (como sucede por vezes com o trabalho de parto), ou não permitiu a tomada das medidas adequadas para a evitar. Por outro lado, apenas considera os prejuízos sofridos pelos pais, e com isto remete por inteiro a abordagem da questão para os cânones clássicos da responsabilidade civil (arts. 1382.º e 1383 do Code Civil francês). Finalmente, admite que os pais possam pedir uma compensação pelos danos sofridos em virtude do nascimento de uma criança cuja deficiência não foi detectada durante a gravidez, mas exclui do montante os encargos especiais que venham a suportar com o filho, isto é, os danos patrimoniais, os quais ficam a cargo da solidariedade Nacional. Esta norma foi revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de Fevereiro de 2005, que, porém, introduziu no código de acção social francês um art. L. 114-5, sensivelmente com o mesmo teor.

Para Godoy (2007, p. 35-36), o caso trouxe duas linhas de pensamento, uma “interpretação liberal, aos moldes norte-americanos e à luz do direito da responsabilidade civil francês, em que a inexecução contratual gera um dano a ser reparado em dinheiro”, a qual foi utilizada para defender a compensação ao autor. A segunda seria contrária a essa posição, com uma “interpretação humanista, à luz dos chamados direitos da personalidade e dos direitos humanos, em que a vida é considerada um direito fundamental, tão essencial que não poderia ser compreendida como dano sem que isso ofendesse a dignidade de toda a humanidade”.

Gabriel Godoy (2007, p. 46) destaca as críticas dos juristas franceses ao caso Perruche:

O ponto central de grande parte dessas críticas parece anunciar as conseqüências drásticas de considerar que todo dano é imputável. Quando até

³⁰ Lei 2002-303, de 04.03.2001, artigo 1º: “Nul ne peut 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 parentes 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”.

mesmo fatos aleatórios, como a vida, passam a aparecer no campo do direito de danos, pode-se dizer não apenas que vivemos em uma sociedade do dano, mas também que a norma dessa sociedade se constitui a partir de um critério biológico e outro econômico, o que faz da vida capital humano e do sujeito um objeto no mercado de troca de equivalentes.

Em contraponto a esse entendimento, Rafael Peteffi traz em seu artigo o entendimento de que a principal razão para negar a indenização são os requisitos da responsabilidade civil, conforme menciona:

...o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus pilares a segurança jurídica e, se os requisitos da responsabilidade civil, como o nexo de causalidade, realmente carecem de definições mais objetivas, esse fato deveria gerar o trabalho doutrinário no sentido de sofisticar os marcos teóricos e campos de operabilidade dos institutos, antes de servir como fundamento para indenizar prejuízos que não guardam relação de causa e efeito com a ação ou omissão do agente. (2008, p. 16)

Gabriel Godoy (2007, p. 35) ainda ressalta o parecer de Jerry Sainte-Rose, Advogado Geral junto à Corte de Cassação francesa:

O aproveitamento esperado de uma demanda de indenização formada em nome da criança deficiente não deve fazer esquecer que, em termos de direitos fundamentais, admitir que seu nascimento seja um dano para ela mesma constitui um atentado ao respeito de sua dignidade. Na medida em que ela tende, através do aborto dito terapêutico e seus efeitos eugênicos, a uma diferenciação dos deficientes de nascença que não podem senão 'reforçar o fenômeno social de rejeição dos sujeitos considerados como anormais', a ação por vida injusta contraria o princípio formulado pelo artigo 16 do Código Civil que implica a igual dignidade dos seres humanos. Segue-se que o interesse de agir da criança não é legítimo(...) as regras da responsabilidade civil não são adaptadas para ajudar os pais no que condiz as despesas com a educação da criança. Essa ajuda é correspondente à solidariedade nacional. É o direito social.

Destaca-se a crítica apresentada por Hermitte (HERMITTE, 1997, p. 1406 apud PETEFFI, 2008, p. 12-13), o qual afirma que a doença já fazia parte de sua carga genética, é impossível dissociar vida e deficiência, pois uma não existe sem a outra, ou seja, a única opção da criança seria não nascer. Ainda, que não se pode considerar que a criança deficiente possa usar sua qualidade de sujeito de direito para demandar a reparação do dano que resulta do fato de não ter sido abortada pelos seus pais, fato que lhe impediria de se tornar um sujeito de direito.

Godoy (2007, p. 41) ainda ressalta a crítica trazida por Sainte-Rose, de que foi adotada uma presunção de comportamento da mãe, que poderia, na última hora, mudar de opinião, pois alega que sempre existirá a dúvida sobre qual teria sido a atitude da mulher grávida confrontada com um diagnóstico desfavorável.

E cita, também, V. Pecresse:

...uma criança não pode reclamar de ter nascido já que foi concebida por seus pais, mesmo se ela é vítima de uma doença incurável ou de uma condição genética, uma vez que a ciência médica não oferece nenhum tratamento para sará-la no útero. Afirmar o contrário seria julgar que existem vidas que não valem a pena serem vividas e impor à mãe certa obrigação de recorrer, em caso de diagnóstico alarmante, a uma interrupção da gravidez.

Guilherme Wunsch e Taysa Schiocchet (2012, p. 17) mencionam a opinião de Alex Gosseries:

Em um caso do tipo Perruche, ele pode e tem diferentes razões para contestar a aplicação da responsabilidade por culpa levando à reparação dos danos para a criança. Pode-se, na verdade, questionar a realidade de uma falha. A existência de um nexo de causalidade que é suficientemente direta para atender aos requisitos do artigo 1382 do Código Civil pode ser questionada. Pode-se também duvidar da capacidade de avaliar a extensão dos danos para a criança e a reparabilidade deste. Finalmente, pode-se questionar a própria possibilidade de danos para a criança, neste caso típico. Esta última posição que desenvolvemos aqui. (...) Ao contrário, vamos defender a ideia de que é incorreto dizer que essa deficiência constitui lesão. (Tradução livre dos autores).³¹

Por outro lado, existem as argumentações da outra corrente, a qual defende a decisão adota no caso Perruche.

Petteffi (2008, p. 15-16) traz as defesas dessa tese realizadas por dois autores, Basil Markesinis e Muriel Fabre-Magnan. O primeiro argumenta, resumidamente, que pode haver maneiras de vida muito sacrificadas, podendo ser piores do que a própria morte e este seria o “dano” enfrentado no caso. Critica, também, a visão absolutamente pragmática francesa em relação ao nexo de causalidade e, por isso, esse não pode ser apontado como causa mais importante para criticar a decisão.

A autora, Muriel Fabre-Magnan, defende que não há dúvidas da falha dos médicos, agindo com negligência no dever de informar. “Acredita que o prejuízo sofrido pela criança é evidente, pois toda vítima de acidente que resulta em deficiência requer reparação. Assim, considera que viver com deficiência é um dano amplamente reconhecido.”

O direito francês, portanto, limitou a reparação por *wrongful life* no seu ordenamento, mas as críticas à lei ainda existem como uma discussão latente na doutrina, conforme demonstrado.

³¹ GOSSERIES, Axel. Faut-il couper les ailes à l'arrêt Perruche? In: Revue Interdisciplinaire d'études juridiques, n. 48, 2002. Disponível em: <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/perrucheriej.pdf>. - dans le cas de type Perruche, il y a peut y avoir différentes raisons de contester l'application de la responsabilité pour faute conduisant à la réparation d'un dommage à l'enfant. L'on peut s'interroger en fait sur la réalité d'une faute. L'existence d'un lien de causalité qui soit suffisamment direct pour satisfaire aux conditions de l'article 1382 C. Civ. peut être mise en doute. L'on peut aussi douter de la possibilité d'évaluer l'ampleur du dommage à l'enfant et de la réparabilité de ce dommage. Enfin, l'on peut mettre en cause la possibilité même d'un dommage à l'enfant dans ce type de cas. C'est cette dernière position que nous développerons ici. (...) Par contre, nous défendrons l'idée selon laquelle il est incorrect d'affirmer que ce handicap est constitutif d'un dommage.

2. O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

Apesar do direito brasileiro não permitir o aborto, somente em casos específicos - estupro, fetos anencéfalos e risco de morte para a mãe em virtude da gravidez-, as demandas por gravidez e nascimento indesejados têm crescido no judiciário.

Debates no Brasil a respeito do tema são constantes, atualmente existem muitos protestos e projetos de lei contra qualquer tipo de liberação, um exemplo é o chamado Estatuto do Nascituro (PL 478/07), que prevê proteção jurídica à criança ainda não nascida.

O mais recente debate a favor da descriminalização é com a reforma do Código Penal (PLS 236/2012), cuja proposta ampliaria as situações previstas para o aborto legal – principalmente com a proposta de descriminalização da prática até a 12ª semana de gestação, se for atestado que a mulher não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade. Dá-se destaque para o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, o qual defendeu essa posição recentemente e causou alarde na imprensa e nos grupos contrários a este posicionamento³².

Ademais, as novas normas técnicas do Ministério da Saúde sobre o aborto, possibilitando que o procedimento fosse efetuado sem a apresentação do boletim de ocorrência comprobatório do estupro, aumentariam, em muito, segundo a opinião de alguns autores, o número de abortos no Brasil. (PETEFFI DA SILVA, 2008, p. 205)

Esses recentes acontecimentos relativos ao tema geram mais relevância para o seu estudo, pois conseqüentemente as demandas brasileiras poderão ter uma maior variação de casos e com uma problemática maior a ser analisada, caso reformado o código penal ou houver o efetivo aumento no número de abortos por conta das novas normas técnicas.

Neste momento será demonstrada como a temática está sendo julgada no Brasil, dando um panorama geral dos acórdãos dos principais tribunais do país (Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo) e destaque para as decisões do Superior Tribunal de Justiça referentes ao tema.

³² Notícias em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/05/maioria-dos-projetos-legislativos-defende-restricoes-ao-aborto.html>;
<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRSPE92K08N20130321?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>;
http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/index.php?option=com_content&view=article&id=551:conselho-federal-de-medicina-e-favoravel-ao-aborto-ate-o-3o-mes-de-gestacao&catid=2:noticias&Itemid=13

2.2. JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

2.2.1. *Caso Microvlar*

Inicia-s a exposição do posicionamento jurisprudencial com o caso Microvlar, conhecido como das “pílulas de farinha”, o qual recebeu muito destaque em 1998 por ser um dos primeiros casos de nascimento indesejado no Brasil e com muitos autores pleiteando indenização perante a empresa.

Ocorreu que naquele ano a empresa Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. recebeu queixas de consumidoras que haviam tomado o produto anticoncepcional por ela produzido e haviam engravidado. Verificou-se que as pílulas sem princípio ativo foram fabricadas para o teste de uma máquina embaladora do laboratório e, por uma falha, chegaram ao mercado para o consumo.

Segundo notícias, cerca de 200 mulheres teriam ficado grávidas na ocasião, mas poucas delas, cerca de 10, conseguiram comprovar na Justiça que tomaram as pílulas do lote com defeito e foram indenizadas. A maior problemática do caso foi nesse sentido, pois só teria direito à indenização aquelas que conseguissem comprovar o consumo da pílula sem princípio ativo, por meio de receita médica, declaração médica, cartela da pílula, depoimento pessoal, testemunhas, dentre outros meios de prova.³³

A principal demanda julgada foi a ação civil pública ajuizada pelo Estado de São Paulo e pelo Procon de São Paulo. Em primeiro e segundo grau de jurisdição (n. 2006/0104394-9) foram concedidos os pedidos feitos na exordial, sendo estes: disponibilizar equipe médica neutra para todos os lesados, sem custo a estes, para fornecimento de todas as informações, exames e acompanhamentos necessários, inclusive para o fim de comprovar a ocorrência de gravidez em face do uso do placebo; publicar em jornais de grande circulação, rádio e TV, notas explicativas sobre o ocorrido e informações aptas a propiciar, pelos consumidores, a verificação sobre a compra de medicamento eficiente, assim como a informar sobre a existência da equipe médica supra referida; pagamento de compensação pelos danos morais coletivos ao fundo de reparação dos interesses difusos, estes fixados em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Em relação a estes, o pedido foi de uma condenação genérica da requerida ao pagamento de danos morais, incluindo-se no objeto da lide os

³³ Notícias em: <http://palavrassussurradas.wordpress.com/2008/03/25/pilula-de-farinha-stj-confirma-decisao-que-obriga-shering-a-pagar-r-1-milhao-de-indenizacao/>;
http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL361980-9356,00-STJ+CONDENA+SCHERING+A+PAGAR+INDENIZACAO+POR+PILULAS+DE+FARINHA.html

direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados, de forma a permitir, por estes, futura execução individual da sentença.

As razões da decisão consistiram em que a ré não tomou as medidas suficientes para prevenir o risco, que atrasou por quase um mês a necessária comunicação dos fatos às autoridades e, no correr das investigações, ainda emitiu comunicado que, de forma nebulosa, incentivaria as consumidoras a continuar com o uso do falso medicamento.

O Recurso Especial (866636/SP), tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, e publicado em 05.03.2008, não foi conhecido, sob a alegação de que a demandada mantinha pouco controle sobre alguns dos aspectos essenciais de sua atividade produtiva, mesmo produzindo medicamento com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores, sem ser sequer possível identificar qual erro levou ao fato em tela, ressaltando, assim, a sendo sua responsabilidade.

A excludente de responsabilidade objetiva só prevaleceria quando efetivamente configurada que a circulação da mercadoria teria ocorrido por ocasião de um evento no qual a empresa produtora do bem não teria qualquer participação, fato que não ocorreu, sendo considerado que a ré teve participação direta nos eventos que levaram à circulação das “pílulas placebo” entre os consumidores, pois não tomou qualquer precaução para impedir a sua ocorrência. Ressaltaram no voto que “...aquele que produz substância perigosa e depois não se assegura de sua eliminação é, certamente, responsável pelos danos que daquela possam advir.”

Com relação à culpa de terceiro, no caso dos farmacêuticos, a decisão afasta essa hipótese por ser de responsabilidade da empresa a colocação no mercado e pelo fato da ré não ter requerido a responsabilidade solidária, tese que poderia ser acolhida.

Relativo ao dano moral, entenderam que o anticoncepcional é tomado por mulheres que não desejam ter filhos e o simples fato de frustrar essa opção da mulher, já enseja dano moral.

Sendo assim, permaneceu a decisão do Tribunal, nos moldes apresentados e o valor dos danos morais dividido às mulheres que pudessem comprovar a utilização do medicamento e sua posterior gravidez.

Individualmente muitos autores ingressaram no judiciário requerendo a indenização por danos morais e materiais contra a empresa.

Uma das demandas julgadas procedentes foi de uma autora que ficou grávida quando fazia uso do medicamento e, para agravar a sua situação, alegou que fazia uso pelo fato de que seu filho nasceu com doença grave geneticamente transmissível, prevenindo-se

contra um novo nascimento nas mesmas condições. Seus pedidos foram os danos materiais com todas as despesas referentes a saúde, educação e alimentação da criança, até que esta completasse 21 anos de idade e, ainda, compensação pelo abalo moral.

Em um primeiro momento a sentença julgou improcedente o pleito inicial por entender prova fundamental a apresentação, pela autora, da cartela de Microvlar sem o princípio ativo. O acórdão do Tribunal de São Paulo modificou a sentença e condenou ao pagamento de pensão mensal à criança até os 21 anos e o pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Entendeu que a apresentação da cartela não seria indispensável, pois é normal que as pessoas se desfaçam destas após o uso, existindo prova suficiente da utilização regular do medicamento por parte da autora há muitos anos e ressaltou, ainda, a responsabilidade da empresa pela negligência no descarte dos materiais, pois não deveriam ter atingido os consumidores. No âmbito jurídico, ressaltou a responsabilidade objetiva da empresa, assim como a ausência de excludentes de ilicitude aplicáveis ao caso.

No Recurso especial nº 1096325 a Ministra Nancy Andrichi, em 09.12.2008, entendeu que os precedentes julgados por ela e contra a mesma empresa já demonstravam sua responsabilidade, com a seguinte ementa:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante. Danos morais. Ocorrência. Valor que não pode ser considerado excessivo.

- Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.

- Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

- Por sua vez, além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso regular do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a

recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.

- Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.

- Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.

- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais.

- A alteração do valor fixado a título de compensação pelos danos morais só deve ser revista em hipótese que indique insuportável absurdo, o que não ocorre na presente hipótese. Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

Portanto, não houve mudança na decisão, permanecendo a condenação à pensão e ao dano moral já estipuladas, pelos motivos semelhantes aos anteriormente apresentados nas razões da ação civil pública.

Outro caso foi julgado pela Ministra Nancy Andrighi em 17.02.2011 (terceira turma) e transcorreu da forma a seguir apresentada.

A autora teria alegado que fazia uso do anticoncepcional quando foi surpreendida por uma gravidez completamente inesperada, o que foi causa de grande angústia, tendo em vista sua idade – 40 anos, considerada de risco para a gestação – e o fato de já ter três filhos, sendo que a vinda de um quarto rebento estava absolutamente fora do planejamento familiar, inclusive por conta de suas condições financeiras. Seus pedidos foram semelhantes aos do caso anterior, relativos aos danos materiais com a manutenção da criança e os danos morais sofridos.

A sentença julgou improcedentes os pedidos iniciais e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu parcial provimento à apelação n. 2001.018238-6 da recorrida para condenar a ré ao pagamento de danos materiais com os gastos com a manutenção da criança, por entender sua responsabilidade como fornecedora e que o período em que ficou grávida teria coincido com o caso das pílulas de farinha no mercado. No entanto, a maioria dos

juízes rejeitaram os danos morais, sob o argumento de que uma criança nunca poderia ser considerada um abalo moral aos pais.

Os embargos infringentes também foram rejeitados e em relação aos recursos especiais das partes, primeiramente com provimentos negados pelo TJ/SC, foi dado prosseguimento ao recurso da ré com a interposição de agravo.

Ao final, foi negado seguimento ao recurso especial n. 1120746, publicado em 24.02.2011, com a emenda a seguir, semelhante à anterior (posteriormente o agravo interposto pelo laboratório foi indeferido):

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. PLACEBOS UTILIZADOS POR CONSUMIDORAS. ANÁLISE DO MATERIAL PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE. CORRETA VALORAÇÃO DA PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DESNECESSIDADE.

1. Acontecimento que se notabilizou como o 'caso das pílulas de farinha': cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada.

2. A alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras não é suficiente para afastar o dever de indenizar do laboratório. O panorama fático evidencia que essa demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

3. Além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.

4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.

5. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.

6. A conclusão quanto à presença dos requisitos indispensáveis à caracterização do dever de indenizar não exige a inversão do ônus da prova. Decorre apenas da contraposição dos dados existentes nos autos, especificamente sob a ótica da proteção ao consumidor e levando em consideração, sobretudo, a existência de elementos cuja prova se mostra impossível - ou ao menos inexigível - para ambas as partes.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

Portanto, permaneceu o entendimento da apelação, de que restava demonstrado que a autora fazia uso do medicamento e a condenação da empresa a reembolsar os gastos com fraldas, vestuário e atendimento médico, discriminados nas notas fiscais, pois deu causa

à gravidez inesperada da apelante, configurado o nexos causal na demanda. Deferiu, também, o pedido de pagamento de pensão mensal, ressarcimento das despesas de custeio com a manutenção do rebento, originadas de acidente de consumo. Fixou estes em 2/3 (dois terços) de um salário mínimo a serem pagos mensalmente até os 18 (dezoito) anos da criança.

Este próximo caso deu-se de forma semelhante, no entanto não houve o pedido dos danos morais, somente os materiais na quantia de R\$ 20.000,00 com despesas básicas da gravidez, custeio da cirurgia corretiva de complicações que lhe sobrevieram com esta e, ainda, condenação ao pagamento de pensão mensal não inferior a quatro salários mínimos ao nascituro, a contar do nascimento até que este complete vinte e um anos de idade.

A apelação do TJ/RS (n. 2005.0013366-0) reformou a sentença oriunda de Porto Alegre, a qual negou a indenização por não entender comprovada a ingestão das pílulas pela autora. Foi deferida parcialmente a indenização pelos danos materiais, fixando a indenização em dois salários mínimos mensais, até o nascituro completar dezoito anos, mais as despesas decorrentes da própria gravidez, a serem apuradas em liquidação de sentença. Isto porque consideraram comprovada a utilização do anticoncepcional pela autora.

O recurso especial n. 720930 foi julgado em 20.10.2009, pela quarta turma, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, com o resultado negativo à parte, como demonstra a ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE.

1. O Tribunal a quo, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo.

2. A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.

3. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.

4. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexos causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu.

5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

Este é um dos casos citados anteriormente, de mulheres que não conseguiram comprovar cabalmente que faziam uso da medicação ao tempo da gravidez e foi afastada a responsabilidade da empresa farmacêutica. Consideraram necessário comprovar o uso trazendo a caixa dos medicamentos utilizados ou a nota fiscal de sua compra, alegando que do contrário a inversão do ônus da prova significaria a automática procedência do pedido, como teria ocorrido na instância anterior.

Destaca-se outros casos julgados pelo STJ em que onexo causal da obrigação de indenizar foi considerado rompido por não haver comprovação da utilização do medicamento, são eles: REsp 798803 / BA, REsp 844969 / MG, REsp 883612 / ES, REsp 697078 / BA.

Com a verificação dos casos acima, pode-se chegar a algumas conclusões em relação ao posicionamento do STJ em relação a matéria.

Primeiramente, a empresa foi responsabilizada pelos nascimentos indesejados em virtude de sua falha, tendo que pagar os danos materiais individuais às mães que conseguiram provar a utilização do medicamento, com as despesas pela criação dos filhos, em geral, até os 21 anos de idade, em alguns casos também a compensação pelo abalo moral e, ainda, os danos morais coletivos fixados em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) na ação civil pública.

As razões para essas decisões foram da responsabilização objetiva da empresa, a qual deve lidar com os danos causados por colocar no mercado produtos defeituosos. Foi destacado que ela não atentou para o correto descarte do material perigoso, extremamente necessário no caso de manufaturar produto com potencialidade extremamente lesivo aos consumidores.

Os erros existentes no processo produtivo e de descarte foram tantos que geraram várias hipóteses verossímeis e não excludentes para explicar de que forma o produto defeituoso teria acabado nas mãos das consumidoras. Portanto, consideraram que a entrada do produto no mercado não necessitaria estar comprovada, pois não ingressou de forma rotineira, sendo que as provas levam a crer que os medicamentos foram desviados por funcionários da própria empresa.

As demandas não se deram pela falha do produto em virtude de seu grau de falibilidade, ou seja, o nível de garantia genérico que tem o produto, fato que poderia descaracterizar a responsabilidade da empresa, mas sim de um defeito do produto, consequência na falha de sua produção.

A questão da comprovação da ingestão do medicamento foi de grande dificuldade e que retirou o direito de compensação de muitos autores. Alguns julgadores decidiram que o melhor caminho a adotar seria deixar com o consumidor o ônus de comprovar suas alegações, devendo demonstrar cabalmente a utilização do medicamento, seja com a caixa do medicamento ou nota fiscal da compra.

Em alguns casos concluíram que seria impossível a empresa fazer prova negativa da utilização pelas autoras, assim como seria difícil a comprovação do consumidor, pois a maioria não teria o cuidado de guardar a caixa do medicamento. Portanto, os julgadores exprimiram a necessidade de analisar o conjunto probatório, fazendo com que o direito processual e material se aproximasse dos princípios consumeristas, pois o ônus da prova para ambas as partes se mostraria de grande dificuldade.

Os julgados que deferiram o pleito aos autores, se não provado com a caixa do medicamento, presumiram que as mulheres faziam uso do anticoncepcional. Esta presunção se deu quando demonstrada a prescrição habitual do medicamento e, por consequência, sendo considerada contínua sua utilização durante o período em as pílulas de farinha estavam no mercado de consumo ou, ainda, quando demonstrado o requerimento médico para o seu uso.

Em relação ao dano moral, mesmo as defesas afirmando que o nascimento de uma criança nunca poderia ser considerado um abalo por ser um “evento abençoado”, na maioria dos casos consideraram que a falha do remédio frustra a opção da mulher, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais.

2.2.2. Outros casos de falha de anticoncepcionais

Muitas são as demandas em virtude de gravidez pela falha dos métodos anticoncepcionais, como pílulas, DIU e injetáveis, requerendo indenizações por danos materiais e morais.

Os tribunais analisados decidem no sentido de que a eficácia desses métodos não é 100% (cem por cento) garantida, existindo um grau de falibilidade, sendo um risco inerente ao produto. Em alguns casos argumentam que a expectativa de segurança que se espera de um

medicamento deste tipo é aquela pautada no número expressivo de mulheres que atingem o resultado contraceptivo buscado. O medicamento não atingiria o fim buscado apenas em reduzido número de mulheres. Sendo assim, o padrão de segurança deveria ser levado em consideração a toda sociedade de consumo e não apenas ao consumidor-vítima.

A título de exemplificação traz-se os seguintes julgados:

INDENIZAÇÃO. Dano material e moral. Uso de anticoncepcional. Gravidez indesejada. Ausência de inadequação ou falha na formulação do produto. Pequena possibilidade percentual de concepção que existe quando da adoção de qualquer meio contraceptivo oral ou injetável. Possibilidade amplamente conhecida pela população. Informações constantes da bula do medicamento. Risco inerente ao produto. Defeito não verificado. Responsabilidade objetiva por fato do produto afastada. Dever de indenizar não configurado. Precedentes desta Colenda Câmara. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível n. 0001084-80.2011.8.26.0283. Rel. Des. Milton Carvalho. 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/04/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DISPOSITIVO INTRAUTERINO. DIU. GRAVIDEZ. AUSÊNCIA DE ERRO MÉDICO. Não havendo evidências de falha no serviço prestado, já que o laudo pericial e a prova testemunhal serviram para atestar a adequação na conduta profissional na implantação do dispositivo intrauterino, é de ser mantida a sentença que julgou improcedente a ação. Caso em que a autora engravidou, mesmo com o uso do DIU, o que se mostrava perfeitamente possível, diante da porcentagem de falha do dispositivo, informada à demandante. APELO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70050402247, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 14/11/2012)

Para a procedência da demanda considera-se que deve ser comprovado algum defeito ou falha no produto, além de, em muitos casos, o autor ter o ônus de comprovar a efetiva e correta utilização do anticoncepcional, com orientação ou prescrição médica.

Destaca-se este caso de julgamento procedente em que ocorreu a falha do produto:

INDENIZAÇÃO. Dano material e moral. Apelada que se utilizou de medicamento denominado Implanon, contraceptivo implantado em seu braço com eficácia de 03 anos. Gravidez após 02 anos de uso. Defeito no produto e falha na informação. Comprovação donexo causai. Recurso pretendendo a reforma da r. sentença ou diminuição do quantum indenizatório, aceite apenas para reduzir o custo dos danos morais. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 9066049-55.2009.8.26.0000. Rel. Des. Teixeira Leite. 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 16.08.2012)

O Superior Tribunal de Justiça julgou novo caso que tem como ré a mesma empresa fabricante do anticoncepcional Microvlar, no entanto o medicamento é o “Diane 35”. Teria ocorrido que todo um lote de medicamentos foi fornecido ao mercado de consumo com somente vinte comprimidos, ao invés dos vinte e um que garantiriam a eficácia do tratamento e a prevenção à gravidez.

Na demanda a autora alega que fez uso do medicamento de forma correta, no entanto teria engravidado. Os pedidos foram o ressarcimento das despesas médicas com a gravidez, ao pagamento de plano de saúde à gestante, à constituição de enxoval e custos de

alimentação da criança, além de compensação pelos danos morais, no valor de quinhentos salários mínimos, à mãe e ao menor.

A sentença, julgando antecipadamente a lide, declarou prejudicados os pedidos referentes à educação e alimentação da criança, em face do falecimento desta no parto, e improcedentes os outros pedidos, tanto em face da ausência de comprovação relativa à ingestão do medicamento, quanto à ausência de total segurança oferecida por este, mesmo na hipótese de utilização regular, conforme afirmou o fabricante. Nos termos da sentença, portanto, “(...) se a autora realmente quisesse evitar qualquer risco de gravidez, deveria aliar à suposta ingestão do anticoncepcional a outro método que evitasse a ocorrência, como, por exemplo, preservativos”.

A apelação no TJ/SC, nº 159.783-4/2-00, com Relator Desembargador Luis Scarabelli, reformou parcialmente a sentença e condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Destaca-se a ementa do acórdão:

“INDÚSTRIA FARMACÊUTICA – RELAÇÃO DE CONSUMO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – MEDICAMENTO ANTICONCEPCIONAL 'DIANE 35' – LOTE PRODUZIDO COM UMA DRÁGEA A MENOS – DEFEITO NO PRODUTO – NÃO INCIDÊNCIA DE HIPÓTESE DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – DANO MORAL CARACTERIZADO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA”

Destacou o Desembargador que a ré afirma que esta ocorrência foi isolada e sem qualquer representativa dentro do contexto geral, pois a quantidade produzida do medicamento foi cerca de 65 milhões de cartelas ao ano. Deste modo, a empresa teria auferido o lucro de todos esses medicamentos vendidos e estaria em plenas condições e com dever de reparar o prejuízo deste “fato isolado”.

Ainda, declarou que os danos morais decorrem da própria frustração da justa expectativa da consumidora em adquirir produto defeituoso, com uma probabilidade de falha majorada no seu mister - evitar a gravidez -, e da aflição e abalo psíquico inerentes a este risco majorado.

Não houve modificação do acórdão na decisão do Resp 918257/SP pela Ministra Nancy Andrichi, julgado em 23.11.2007 pela Terceira Turma, a qual julgou no mesmo sentido dos casos do Microvlar de sua autoria:

Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Consumidora do anticoncepcional 'Diane 35' que engravidou, de forma indesejada, durante a utilização do produto em face de defeito

deste, porque cartelas com 20 comprimidos, ao invés de 21, foram colocadas no mercado.

- A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.

- Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.

- Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu de uma prova existente para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.

- Se for negada a suficiência da prova relativa ao consumo reiterado do produto como sustentáculo para a conclusão do Tribunal, restará, apenas, a opção de acolher em seu lugar uma presunção de que a consumidora teria proposto a ação para se aproveitar daquele receituário e de uma situação pública de defeito no produto, fazendo-se passar por vítima do evento sem sê-lo.

- Assim, trocar-se-ia uma conclusão resultante da análise de uma prova evidente, da realidade dos fatos e dos princípios jurídicos aplicáveis, por uma outra presunção isolada que depende da indevida inserção de um qualificativo doloso à pretensão da autora.

- A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais.

- Na presente hipótese, acrescente-se ainda o fato de que a criança, infelizmente, veio a falecer no parto.

- A alteração do valor fixado a título de compensação pelos danos morais só deve ser revista em hipótese que indique insuportável absurdo, o que não ocorre na presente hipótese. Precedentes.

- A partir da vigência do CC/02, aplicam-se juros de mora de 1% ao mês, nos termos de reiterados precedentes da 3ª e da 4ª Turma.

Recurso especial não conhecido.

Verifica-se o entendimento majoritário de que quando a falha é procedente de algum defeito do produto por negligência da empresa fabricante são compensáveis os danos materiais (se ocorridos) e morais, por não ter impedido a gravidez.

Ressalta-se que da mesma forma como debatido nos casos do Microvlar, um dos problemas maiores é a questão da prova, a qual em todos os casos é discutido exaustivamente e existe a dupla dificuldade de produzi-la, necessitando aplicar as normas processuais de acordo com a proteção do consumidor.

Destaca-se, ainda, que este caso do anticoncepcional “Diane 35” foi um fato isolado ocorrido e os julgadores usaram essa argumentação contra a empresa, observando que os lucros obtidos com as milhões de cartelas vendidas dão plenas condições de ressarcimento da empresa.

Neste novo caso a ser apresentado a ré foi novamente a empresa Schering, em virtude da fabricação do anticoncepcional Mesigyna®.

A demanda foi proposta pela autora em virtude de sua gravidez indesejada e consequente violação ao planejamento familiar, pois fazia uso regular do método contraceptivo pra evitar uma gravidez de um terceiro filho por conta de sua capacidade financeira.

Na decisão de primeiro grau foram julgados improcedentes os pedidos dos autores, fundamentando sua decisão na inexistência de elementos nos autos que indicassem que o medicamento consumido se tratava de material inerte ou ineficaz. Acrescentado que, mesmo passando por tão rigoroso controle, é sabido que qualquer contraceptivo não garante 100% (cem por cento) de eficácia.

A decisão foi mantida pelo Tribunal de Santa Catarina, pois entendeu não ter sido violado o direito de informação dos autores, por ser de conhecimento público que os métodos anticoncepcionais, sem exceção, não possuem garantia plena e por estar destacado na bula do medicamento motivos para sua ineficácia. O recurso especial dos autores nº 1261815, com relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, teve seu seguimento negado pelos mesmos motivos trazidos no acórdão, assim como o agravo regimental julgado em 25.02.2013 com as mesmas razões, com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. ANTICONCEPCIONAL. GRAVIDEZ INDESEJADA. POSSIBILIDADE. INFORMAÇÃO CONSTANTE DA BULA DO MEDICAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DE INFORMAÇÃO. 1. Ação de indenização movida por casal contra o laboratório fabricante do anticoncepcional Mesigyna, em decorrência de sua ineficácia, ensejando uma terceira gravidez não planejada. 2. Alegação do laboratório fabricante, acolhida pelas instâncias de origem, de que nenhum anticoncepcional é cem por cento eficaz, tendo essa informação constado de sua bula. 3. Fato notório de que os métodos contraceptivos não são 100% eficazes. 4. Informação constante da bula do medicamento. 5. Não caracterização do defeito de informação. 6. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Portanto, conclui-se que a ocorrência de uma gravidez indesejada, mesmo com o uso constante e correto do medicamento para sua prevenção, não é caso de compensação por qualquer dano, pois presente em sua bula que o método não seria 100% (cem por cento) eficaz. Os julgadores, portanto, consideraram uma consequência razoável uma gravidez ocorrida nessas condições, devendo o consumidor fazer uso de outros métodos contraceptivos como os preservativos, juntamente com a pílula, para que não venha a engravidar.

2.2.3. Preservativos Rompidos

De maneira equivalente são julgados os casos de preservativos que se rompem com o uso, devendo ser verificado o defeito em sua fabricação e considerar que a proteção não é 100% (cem por cento) garantida.

Na maioria das demandas verificadas são considerados casos fortuitos o seu rompimento e a compensação pelos danos ocorridos é negada.

O julgado apresentado a seguir é um dos poucos encontrados em que foi julgada procedente a demanda em caso de rompimento de preservativos.

Indenização por danos morais e materiais - Julgamento ultra petita - Ocorrência - Sentença que condenou a empresa-ré ao custeio do tratamento médico, sem que esse pedido tenha sido formulado na inicial - "Princípio da Congruência" - Arts. 128 e 460 do CPC - Limitação do decisum, excluída a condenação por danos materiais. Indenização por danos morais - Preservativo - Rompimento - Autora infectada pelo vírus HIV - Procedência - Responsabilidade objetiva - Fabricante que responde pelos danos causados pelo produto, independentemente de culpa - Art. 12 do CDC - Ré que não logrou comprovar a incolumidade do preservativo utilizado pela autora - Ausente culpa exclusiva da consumidora - Indenização devida - Pretendida majoração pela autora - Inconsistência - Pessoa que se relacionou com parceiro sabidamente soropositivo - Exposição ao risco que deve ser sopesada na quantificação do dano - Apelo da ré parcialmente provido - Improvido recurso da autora. (Tribunal de São Paulo. Apelação n. 9194729-92.2008.8.26.0000. Des. Rel. Joaquim Garcia. 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/02/2009)

Este caso é muito específico, pois a autora guardou o preservativo rompido, no entanto não foi realizada sua perícia, somente a de outros produtos do mesmo lote. Sendo assim, os desembargadores consideraram que a ré não comprovou, mesmo podendo, que o preservativo utilizado pela autora estava em perfeitas condições e não apresentava qualquer defeito e, ainda, que existe a possibilidade de falha na produção e esta não foi absolutamente excluída.

Destaca-se que as consequências oriundas do fato, além da gravidez, foi a contaminação pelo vírus HIV, o que se mostra extremamente necessária a responsabilização, pois de fato prevenira-se da doença e não obteve êxito.

Outro caso com consequências semelhantes foi julgado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, no entanto seu resultado foi improcedente por não ter sido verificado o defeito do produto, como é o caso da maioria das demandas.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFEITO NO PRODUTO. DANOS DECORRENTES DA RUPTURA DE PRESERVATIVOS. GRAVIDEZ INDESEJADA E TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE DO PRODUTO. PROVA DE AUSÊNCIA DO DEFEITO ART. 12, §3º, DO CDC. A responsabilidade civil do fabricante pelo defeito no produto é objetiva. Ao fabricante incumbe demonstrar a ocorrência de uma das causas excludentes do dever de indenizar. Inteligência do disposto no art. 12, §3º, do CDC. Caso em que restou demonstrada a ausência de defeito no produto. Ausência, pois, do dever de indenizar. APELO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Apelação Cível Nº 70018926238, Sexta Câmara Cível, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 24/07/2008)

Portanto, mesmo com as graves consequências trazidas ao consumidor, se não demonstrada a falha do produto, como no caso em tela que não foi verificado defeitos no lote do preservativo, pois teriam sido fabricados de acordo com o regulamento pertinente.

Foi destacado pela mídia um caso de Minas Gerais em que se requereu a reparação dos danos decorrentes da gravidez indesejada em virtude de um preservativo rompido, conhecido como “o furo da camisinha”.

Renata Vilela (2008, 456) menciona o caso comentando que a decisão de 1º grau foi reformada pelo Tribunal, nela houve a condenação da empresa fabricante de preservativos a pagar 100 salários mínimos a título de danos morais e, ainda, pensão mensal no valor de 1 (um) salário mínimo até o filho completar 21 anos de idade.

O Tribunal de Minas Gerais julgou a apelação nº 2.0000.00.414639-8/000, Relª. Desª. Eulina do Carmo Almeida, julgado em 27.05.2004, com a seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS
- PRESERVATIVO ROMPIDO - CASO FORTUITO - EXCLUDENTE DO
DEVER DE INDENIZAR.

Os consumidores que utilizam preservativo assumem o risco de que o mesmo possa não gerar o efeito esperado, pois, como é de conhecimento geral, os métodos anticoncepcionais disponibilizados no mercado não são providos de total eficácia, sendo o seu rompimento mero caso fortuito.

Afirmaram no voto que o risco é inerente ao produto, pois pesquisas indicam que este método contraceptivo não está livre de vícios, tornando-se impossível falar em responsabilidade decorrente da falta de informação, devido a menção na bula de que nenhum método contraceptivo é totalmente seguro e desprovido de riscos.

Alegaram, ainda, que o caso é isolado, estando dentro dos limites do perigo assumido pelos autores ao utilizarem o produto e que seria possível em um lote de inúmeros preservativos um deles vir a apresentar problemas. Portanto, enquadrou-se o caso nas causas excludentes da obrigação de ressarcimento na teoria do risco, qual seja, o caso fortuito.

Ressalta-se o desabafo de um dos julgadores da demanda em seu voto:

Eu acho, no meu ponto de vista de ética e moral, que o que arreventou aí não foi só uma camisinha. O que arreventou aí foi a dignidade moral de um ser humano, mas isso é apenas um desabafo que faço, porque a lei permite que esse tipo de ação seja proposta e nós somos obrigados a acatar a vontade da lei. Acatando a vontade da lei, eu peço licença para declarar o meu voto.

Acentua-se que o feito não foi conhecido nas instâncias superiores por considerarem reexame de provas constantes nos autos (Súmula 7 do STJ), permanecendo a presente decisão.

Destaca-se, ainda, outra decisão mais recente que em 1º grau julgou improcedente a demanda de caso semelhante e foi ao mesmo tribunal, nº 1.0024.09.724485-9/001, julgado em 27.10.2011, Rel^a. Des^a. Versiani Penna:

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA - DISPENSABILIDADE - PRESERVATIVO ROMPIDO - CASO FORTUITO - EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR - DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS - APELO DESPROVIDO.

- Cabe ao juiz, como destinatário da prova, aferir sobre a necessidade ou não da sua realização, dispensando a que se mostre desnecessária. (Inteligência do art. 130 do CPC).

- O dano moral é aquele que fere a alma do ofendido, seu espírito, sua honra, sua dignidade, seu conceito perante si mesmo e perante toda a sociedade. Uma vez que sofra uma lesão de tal ordem, tem o direito de ver o infrator julgado e condenado a lhe pagar uma verba que compense ou amenize a dor, o constrangimento, a que, injustamente, foi submetido.

- Nem todas as situações desagradáveis, angústias, medos, sustos, desilusões, sensação de injustiça, que ocorrem no cotidiano das pessoas, são intensos e duradouros, a ponto de romper o seu equilíbrio psicológico e dar ensejo à reparação por dano moral.

Nota-se que as razões são semelhantes com a decisão anterior e com os outros casos apresentados, considerando o rompimento do preservativo um caso fortuito que a empresa não tem dever de indenizar, podendo ocorrer em virtude da grande quantidade de preservativos produzidos.

2.2.4. Casos de vasectomia/laqueadura

Os casos de gravidez após a realização de cirurgias de métodos de contracepção permanentes assemelham-se aos já apresentados no primeiro capítulo deste trabalho, no entanto a responsabilização diverge do aplicado no direito internacional.

Cumprе ressaltar, primeiramente, a grande quantidade de casos julgados nos tribunais em relação essas demandas em que são alegados erros médicos em virtude da ocorrência de uma gravidez indesejada mesmo após a realização das cirurgias de laqueadura e vasectomia.

Verificando-se os julgamentos dos principais tribunais brasileiros e o levantamento trazido por Rafael Peteffi (2010, p. 12) em sua obra, conclui-se que a maioria dos casos relativos à gravidez após cirurgia de laqueadura ou vasectomia são julgados improcedentes sob a alegação de que o erro do médico deve ser demonstrado, pois essas técnicas seriam uma obrigação de meio do profissional e não de resultado. Ressaltam a existência de uma grande probabilidade de reversão desses tipos de cirurgia, não sendo possível relacionar sempre o fato de ocorrer uma gravidez indesejada com uma falha cirúrgica. A grande dificuldade desse tipo de ação é constante à comprovação da culpa

médica, tanto no dever de informar, quanto no cometimento de erro médico por imperícia, imprudência ou negligência.

Em julgado do Tribunal de Santa Catarina destaca-se: "A jurisprudência e a doutrina têm classificado as cirurgias de vasectomia como obrigações de meio, não gerando indenização eventual gravidez indesejada, por não se tratar de método absoluto, eis que, estatisticamente, este procedimento prevê a possibilidade de falha a cada dois mil casos" (Apelação Cível n. 2003.021450-0, de Tubarão, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 16.4.2004).

A título de exemplificação, traz-se um julgado recente, de 20.05.2013, do Tribunal de São Paulo acerca do tema:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CF, art. 37, § 6º. CC, art. 186. Erro médico. Laqueadura tubária. Gravidez posterior. Dever de informação do grau de eficácia da cirurgia. Indenização. 1. Responsabilidade civil. Culpa administrativa. A culpa administrativa abrange os atos ilícitos da Administração e aqueles que se enquadram como 'falha do serviço', isto é, em que Administração não funcionou, funcionou mal ou funcionou tarde e implica em culpa subjetiva, com fundamento nos art. 15 e 159 do Código Civil (redação anterior; atual art. 186 do CC). 2. Erro médico. Médico. Hospital público. A autora não provou que houve negligência ou imperícia médica na conduta médica no procedimento de realização da laqueadura. O laudo concluiu que a gravidez posterior está dentro do parâmetro esperado para técnica realizada e não há nexos de causalidade com o ato médico. Hipótese que demonstra que a autora foi informada de que o procedimento era irreversível e definitivo, o que denota correto e diligente atendimento médico, decorrente do próprio dever deste. Conjunto probatório que demonstra conduta médica diligente, afastando a hipótese de atuação culposa. Impossibilidade de responsabilização do médico e do Hospital. Improcedência. Recurso da autora desprovido. (Apelação Cível n. 0011743-45.2003.8.26.0602. Rel. Des. TORRES DE CARVALHO. 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 20.05.2013)

Apenas uma pequena parcela dos casos leva à procedência da reparação e geralmente é fundada no dever de informar do profissional, os quais não avisam corretamente ao paciente sobre a possibilidade de uma reversão na cirurgia e posterior gravidez, ressaltando os cuidados a serem tomados.

Alguns casos julgados pelo tribunal de São Paulo vão mais a fundo no tema e consideraram que é comprovado o dever de informar do médico quando a mulher expressa documentalmente, por escrito, sua concordância com a cirurgia somente e justamente depois do devido esclarecimento acerca do procedimento, entendendo não presumível que a informação foi passada sem essa documentação.

Entre as diminutas hipóteses de procedência, quando demonstrada a culpabilidade do agente, dá-se a condenação, no entanto, em muitos casos é utilizado o argumento do nascimento como um "evento abençoado" para afastar qualquer hipótese de compensação, seja moral ou patrimonial. Quando condenados, no Tribunal de São Paulo, por exemplo, o

dano moral varia entre 10 e 40 mil reais e o dano material com pensão ao filho até a maioridade.

Destaque para acórdão julgado procedente pelo mesmo Tribunal:

Responsabilidade Civil. Laqueadura. Paciente que ficou grávida do quinto filho meses após a cirurgia. Dever de informação que não foi adequadamente atendido. Art. 10, §1º, da Lei 9.263/96. Responsabilidade do médico suficientemente demonstrada. Indenização moral devida, mas não no patamar pretendido. Devida também pensão mensal, até que o menor atinja a maioridade. Sentença revista. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível n. 0032922-85.2009.8.26.0000. Rel. Des. Claudio Godoy. 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30.04.2013)

Retira-se do inteiro teor do voto:

Destarte, exige-se que a mulher expresse documentalmente, por escrito, sua concordância com a cirurgia somente e justamente depois do devido e detido esclarecimento acerca do procedimento. A bem dizer, a autorização escrita representa real garantia de que o dever de informação foi adequadamente cumprido.

Reforça-se o tema com um julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, trata-se de suposto erro médico por imperícia decorrente de cirurgia ineficaz de vasectomia no autor, o qual foi informado por seu médico que o procedimento seria irreversível e definitivo, fato que dispensaria a utilização de outro método contraceptivo, no entanto ele se tornou pai 10 anos após a realização da cirurgia. O autor argumenta, portanto, a falta de informação, imperícia médica e a cirurgia com natureza de obrigação de resultado, pleiteando, assim, a compensação por danos morais e materiais.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a apelação nº 70018629428, também considerou improcedente o pleito, com os mesmos ditames da sentença.

Ambas alegaram que se trata de responsabilidade subjetiva, devendo ser comprovada a culpa do profissional, sendo que não existiriam provas de que agiu com culpa ou imperícia. Destaca-se, ainda, que a vasectomia não confere 100% (cem por cento) de certeza quanto ao seu resultado, havendo possibilidades de falhas decorrentes do próprio método cirúrgico, sendo uma obrigação de meio e não de resultado, de forma que seu dever para com o paciente não é de cura e nem de obtenção de um resultado que seja imune às falhas do próprio procedimento ou de reações decorrentes da própria pessoa.

Em relação ao dever de informar sobre possíveis reversões na cirurgia, presumiu-se que o médico prestou todas as informações necessárias, considerando, de acordo com as peculiaridades do caso, o fato de existir confiança depositada no profissional, por ser o médico da família e já ter realizado outros procedimentos cirúrgicos nos membros dessa e pelas provas dos autos.

O Recurso Especial nº 1051674, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, julgado em 03.02.2009, entendeu da mesma forma e manteve a sentença:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL - CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado.

II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva;

III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ);

IV - Recurso especial não conhecido.

A problemática dos casos está na demonstração da culpabilidade do profissional, pois aplicável a responsabilidade subjetiva. Para ambas as partes existe a dificuldade em comprovar a falta de informação sobre a possibilidade de reversão da cirurgia e os cuidados a serem tomados e, ainda, que a cirurgia foi realizada de maneira correta e se deu a reversão, a qual pode ocorrer nestas cirurgias.

2.3. COMPARAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO BRASIL

Neste momento será realizado um cotejo analítico dos posicionamentos jurisprudenciais já demonstrados, visando discutir o posicionamento do direito internacional e o brasileiro.

2.3.1. Wrongful Birth

Em relação ao *wrongful birth*, casos de nascimentos indesejados em que a criança nasce com algum defeito físico, a jurisprudência norte-americana é a mais desenvolvida na matéria e a maioria das cortes entende que as demandas configuram o fato como um dano indenizável.

As ações julgadas procedentes verificam negligência nos testes genéticos, como no recente caso *Levy v. Oregon's Legacy Health Hospital*, ou no dever de informar a possibilidade do nascimento com esse defeito, pois ambos, na maior parte dos casos,

poderiam gerar o direito dos autores de decidir sobre a interrupção da gravidez ou se absterem de engravidar.

A falta do dever de informar é a principal motivação de requerer indenização e presente já na primeira demanda procedente do país, caso *Becker v. Swartz*, pois verificada a falta de informação a respeito dos possíveis riscos de uma gravidez aos 35 anos e na falta de realização de exames para verificar eventuais deformações no feto, fatos que contribuíram para que a mãe desse luz a uma criança deficiente. Essa argumentação também é trazida na demanda *Smith v. Cote*, *Lininger v. Eisenbaum*, *Barder v. Johnson* e *Duplan v. Harper*.

Conforme Rafael Peteffi destaca em seu artigo, uma das problemáticas nesse tipo de demanda se encontra na comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica (2008, p. 16).

O primeiro caso apresentado *Gleitman v. Cosgrove* (1967) comprova este fato, pois julgaram improcedente a ação e uma das principais argumentações foi a falta de nexo de causalidade entre a deficiência da criança e a conduta médica, pois esta já possuía a doença. Já a ação *Walter v. Rinck* foi julgada procedente pois verificado nexo causal entre a conduta médica e a própria deficiência gerada.

A Inglaterra, como já ressaltado, não existe uma jurisprudência que abarque o assunto profundamente, as razões utilizadas para negar a indenização foram outras, que não a questão do direito a vida ou nexo de causalidade.

Apesar das críticas em relação a esse tipo de ação serem no sentido de gerar uma discriminação e maior preconceito contra os deficientes físicos, ela é muito aceita e tem grande abertura nas cortes americanas, assim como o *wrongful conception*. A lógica adotada pela maioria é que uma negligência médica com essa consequência é muito pior para os pais, pois os custos de criação e acompanhamento médico com filhos deficientes é muito maior.

Os autores criticam esse tipo de demanda por gerar preconceito e intolerância aos deficientes, como faz Sheth (2006, p. 653), Hensel (2005, p. 144), que resalta a criação de bastardos emocionais com essas demandas e Marsha Saxton (1998), a qual ainda destaca que as ações representam que essas crianças são um fardo muito pesado aos pais e os médicos que não conseguiram elimina-las deveriam ser punidos economicamente.

No Brasil não se enxerga muito ponto de contato nos casos presentes no judiciário em virtude da criminalização do aborto. Cumpre ressaltar que no Brasil ele é tipificado como crime no Código Penal, que prevê pena de 1 a 3 anos de prisão para a gestante, e de 1 a 4 anos para o médico ou qualquer outra pessoa que realize nela o procedimento de retirada do feto (arts. 124 a 127 do CP). As hipóteses consideradas exceções

são os casos de risco de vida para gestante, quando o feto foi gerado em decorrência de estupro (art. 128 do CP) e, ainda, em casos de feto anencéfalo (por decisão do STF na ADPF 54, votada em 2012).

Como já destacado no primeiro capítulo desta obra, o direito americano, inglês e francês não criminalizam o aborto. No primeiro, o julgamento pela Suprema Corte do caso *Roe v. Wade*, no ano de 1973, foi a quebra do paradigma da questão, considerando o aborto constitucionalizado no país. Já na Inglaterra ele é legal até a 24ª semana de gestação. Na França é permitido até as 12 semanas, por solicitação da mulher, e no segundo trimestre, por razões médicas (risco de vida para a mulher, risco para a saúde física da mulher e risco de malformação do feto).

No entanto, visualiza-se uma possibilidade de contato com o direito brasileiro que se explicita no caso *Lininger v. Eisenbaum*, julgado em 1988 pela Suprema Corte do Colorado. Como já citado, os autores foram equivocadamente informados pelos médicos de que a cegueira do primeiro filho não tinha causas hereditárias, fato que motivou o desejo e o nascimento de ter um segundo filho, no entanto este nasceu igualmente cego. Posteriormente, ambos os filhos foram diagnosticados com um tipo de cegueira congênita e hereditária. Este caso, portanto, não abarca a possibilidade do aborto, mas tange a possibilidade de escolha em não ter um filho por chance de ocorrência de doenças genéticas.

Destaca-se, ainda, que no direito brasileiro a falha de diagnóstico pré-natal não geraria nenhuma consequência relacionada a interrupção de gravidez, sendo que nos outros países é possível a realização do aborto por conta de possíveis deficiências no feto, pois existe o direito de adotar uma decisão informada nesses casos. Com a legislação brasileira atual esse tipo de demanda geraria, no máximo, requerimento de dano moral por uma expectativa frustrada dos pais.

2.3.2. Wrongful Life

Os casos mais polêmicos citados foram os referentes ao *wrongful life*, pois a própria criança pleiteia indenização por ter nascido, pargumentando que uma “não vida” seria melhor do que vive. De fato, esse é o ponto extremo da matéria e que gera muita discussão e críticas, pois é moralmente questionável um indivíduo que sofre com alguma deficiência, mesmo que representado por seus pais, requer o ressarcimento pelo simples fato de ter nascido.

Nos Estados Unidos, a maioria dos casos apreciados pelo judiciário têm suas pretensões afastadas, as argumentações utilizadas trazem questões relativas ao valor da vida e

direito à vida. Destacando dos exemplos trazidos, o caso *Gleitman v. Cosgrove*, traz o entendimento pela impossibilidade lógica de se comparar e valorar a vida e a existência e também sobre as questões de ordem pública que militam em favor da vida. Em outros casos, julgaram que a afirmação de que é preferível não ter nascido a ter viver com deficiências graves é "logicamente impossível" e que trazer uma criança ao mundo não é uma lesão legalmente percebida, como em *Kassama v. Magat* e *Walker v. Mart*.

Nos casos julgados procedentes, a questão da prova e do nexo de causalidade são bem discutidos, pois em alguns consideram que os médicos não causaram as deformidades das crianças. As demandas indenizadas baseiam-se no dever de informar do médico a respeito de riscos ou possíveis doenças, como visto em *Park v. Chessin* e, ainda, nos erros de diagnóstico pré-natal, como é o caso *Culender v. Bio-Science Laboratories* (1980) e *Turpin v. Soritini* (1982). Nesses casos, os danos compensados geralmente são limitados às despesas médicas e gastos extraordinários.

A Inglaterra possui somente um precedente, o qual considerou que a rubéola da mãe foi a única causa de lesão para a criança, e não qualquer conduta por parte do médico e ainda acrescentou que seria impossível o cálculo de uma indenização, pois o propósito dos danos monetários é o "de colocar o lesado o mais perto possível da condição que tinha antes de ser ferido" e concluiu que não seria possível realizar essa avaliação, uma vez que, aparentemente, implicaria comparar a vida com defeitos contra a não existência. Além disso, o tribunal considerou que tal ação foi contra a política pública, correndo "totalmente contrário ao conceito da santidade da vida humana". (JACKSON, 1995, 538-539; LIU, 1987, p. 70-71).

Na França, o caso *Perruche*, o qual foi julgado procedente, gerou inúmeros protestos a respeito da decisão proferida em defesa dos direitos humanos das pessoas com deficiência, gerando a Lei anti-Perruche, dispondo, principalmente, a respeito da total impossibilidade de alguém pleitear indenização pelo fato de ter nascido (VILELA, 2008, p. 461; GODOY, 2007, p. 34; EMALDI-CIRIÓN, 2004, p.104).

Verifica-se, portanto, que as argumentações que tangem a "santidade da vida" e as questões de ordem e política públicas que militam a favor do respeito à vida são pontos chaves para, em grande parte dos tribunais averiguados, negarem esse tipo de demanda.

Ressalta-se que as discussões a respeito da questão não pararam, mesmo na França em que a lei proíbe esse tipo de demanda, existindo autores que defendem o posicionamento de que se deve indenizar o requerente, como o americano *Cohen* e o francês *Basil Markesinis*, o qual defendem que, em certas circunstâncias, a não existência poderia ser

preferível à uma vida difícil, e da autora Muriel Fabre-Magnan que sustenta que viver com deficiência é um dano amplamente reconhecido.

A maioria dos autores demonstrados são contra a pretensão dessa demanda, sob alegações referentes à possível descriminalização dos deficientes e dificuldade de inserção desses na sociedade, como coloca a autora Kathleen Gallagher (EUA).

George D. Pozgar, norte-americano, coloca os princípios constitucionais do direito à vida e o princípio de que todos são iguais perante a lei barrariam a pretensão. Patrick J. Kelley já questiona a proteção que o Estado traria à uma vida que previamente declarou que seria melhor sua inexistência.

Hermitte, autora francesa, ainda traz argumentação interessante, que não se pode considerar que a criança deficiente possa usar sua qualidade de sujeito de direito para demandar a reparação do dano que resulta do fato de não ter sido abortada pelos seus pais, fato que lhe impediria de se tornar um sujeito de direito.

Da mesma forma que o *wrongful birth*, este tipo de demanda fica com dificuldade em ser encontrada no judiciário, além da criminalização do aborto, há o fato que o polo ativo é a criança deficiente em favor do seu direito de “não ter nascido”, fator que traz complicações à procedência da demanda em todos os países verificados.

2.3.3. *Wrongful conception*

As demandas “*wrongful conception*” são os casos que mais coadunam com a jurisprudência brasileira, pois englobam falhas nos métodos contraceptivos, os quais possuem demandas recorrentes no país.

Nos Estados Unidos, em um primeiro momento, as ações não eram julgadas procedentes, em sua maioria sob o argumento da gravidez como um “evento abençoado” e que os momentos de felicidade com os filhos não poderiam ser considerados um dano indenizável, como afirmado no caso *Christensen v. Thornby*. Entendiam, ainda, como no primeiro caso julgado, *Shaheen v. Knight*, em que não deveria ser levado em consideração a falha no procedimento de vasectomia, mas o bem jurídico que visava ser tutela, que no caso eram os possíveis danos à criança decorrentes da gravidez, no entanto como estes não ocorreram, não existindo dano a ser reparado.

A mudança no posicionamento se deu com os precedentes *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade*, no primeiro ficou garantido o direito ao controle de natalidade e planejamento familiar e, no outro, o direito constitucional ao aborto. Estes foram essenciais para firmar o posicionamento majoritário a favor da recuperação dos danos advindos de uma

gravidez indesejada, principalmente dos casos de procedimentos cirúrgicos de laqueadura e vasectomia que falham. Sendo assim, a postura nos julgamentos atualmente é dominante no sentido de que ocorrendo um ato de negligência médica que gere um resultado indesejado, no caso a gravidez, o profissional deve arcar com os danos decorrentes do fato.

Os poucos tribunais que divergem no assunto usam a lógica de que o nascimento de uma criança saudável não é um mal, um dano que necessite de reparação, por uma questão de política pública. Este posicionamento é minoritário, sendo percebido em somente dois dos tribunais americanos (ALVAREZ, 2000, p. 595).

O posicionamento nos julgamentos na Inglaterra são semelhantes aos americanos, consolidando o entendimento que a negligência médica que gera uma gravidez indesejada, deve ser indenizado.

A maior divergência nos julgados do direito internacional é quanto o alcance da indenização, pois a imensa maioria restringe a indenização do dano moral adicionado ao dano patrimonial gerado pelos custos dos métodos contraceptivos (cirurgia de vasectomia ou laqueadura tubária), pelos demais custos médicos e pela eventual perda de proventos durante a gravidez (PETEFFI, 2008, pgs. 19-20), em outros casos ainda abarcariam o direito ao recebimento de pensão, incluindo gastos com a criação e educação da criança.

Esse entendimento majoritário vem de autores, como Jennifer Mee (1992, p. 914), que defendem a posição de que a indenização não deveria integrar os custos de criação e educação de uma criança saudável, através de pensionamento, pois poderia configurar uma desvalorização da vida. Os julgados que negam essa indenização também entendem dessa forma e ainda utilizam o argumento de que uma vida saudável é um benefício para os pais ou que a criança poderia ter o conhecimento posterior que a origem de seu sustento e assim gerar os “bastardos emocionais”, como foi argumentado em *Wilbur v. Kerr*.

Em comparação aos brasileiros, os casos estrangeiros são mais abrangentes e diversos, pois abarcam o *wrongful conception, birth e life*. As demandas verificadas na jurisprudência nacional encaixam-se como *wrongful conception (ou pregnancy)*, conforme a nomenclatura aqui adotada, pois abarca situações de casais que escolheram lançar mão de métodos contraceptivos, como vasectomia, laqueadura e, por falha médica, conceberam uma criança não planejada ou indesejada.

Verificou-se que a maioria dos julgamentos brasileiros dos feitos relativos ao *wrongful conception* são improcedentes, afastando as pretensões de reparação dos autores. As demandas favoráveis restringem-se, majoritariamente, àquelas em que comprovados defeitos ou falhas na fabricação dos métodos contraceptivos ou falha no dever de informar do médico.

São essas as ações contra o fabricante do anticoncepcional Microvlar (“pílulas de farinha”) e aos relativos à falta de um comprimido nas cartelas do anticoncepcional “Diane 35” e, ainda, o caso isolado do preservativo rompido por falta de comprovação de sua qualidade pela empresa. Nos casos das cirurgias de laqueadura ou vasectomia, somente são julgados procedentes os requerimentos dos autores que comprovam o erro médico ou a falta do dever de informar sobre a possível reversão da cirurgia e suas consequências.

Esses primeiros julgados se baseiam na responsabilização objetiva das empresas, como nos casos Microvlar e “Diane 35”, considerando que deve lidar com os danos causados por colocar no mercado produtos defeituosos.

Somente a fim de esclarecer como a matéria é aplicada no direito brasileiro, destaca-se que na relação de, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, sendo o consumidor considerado vulnerável na relação de consumo em face do fornecedor e por este motivo aplicada a responsabilidade objetiva da empresa e, conseqüentemente, invertido o ônus da prova.

Gonçalves menciona:

O Código de Defesa de Consumidor, atento a esses novos rumos da responsabilidade civil, também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro. Em face dos grandes centros produtores, o comerciante perdeu a preeminência de sua função intermediadora. (2012, 364)

Sobre a responsabilidade objetiva, João Batista de Almeida citou as defesas que podem ser usadas pelo fornecedor para escusar-se do pagamento da compensação e que são os excludentes de responsabilização, posto que a condenação é independente de culpa:

Assim, será inútil ao réu alegar em sua defesa a inexistência de culpa ou dolo, porque sua responsabilidade é objetiva e decorre da lei. A defesa do réu, no caso, é restrita à demonstração de que: a) não é responsável pelo ato ou fato lesivo ao consumidor, ou seja, não colocou o produto no mercado, nem prestou o serviço (CDC, art. 12, § 3º, I); b) não houve a ocorrência impugnada, isto é, mesmo tendo colocado o produto no mercado ou prestado o serviço, o defeito inexistente (CDC, arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I); c) houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II). (2009, p. 89)

Os casos da aplicação da responsabilidade civil no Código do Consumidor, que cumprem ser destacados e se encaixam nos casos apresentados são a “do fato do produto ou serviço, em que o dano ocorrido é em virtude de um vício de um produto ou serviço, é o *acidente de consumo*.”

A responsabilização pelo fato do produto está disciplinada no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, com a seguinte redação:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Decorrerá de um defeito, podendo ser de concepção, produção ou comercialização, tão grave no produto/serviço que compromete sua segurança e atinge o consumidor, devendo o fornecedor responder pelos danos causados com responsabilidade objetiva.

João Batista de Almeida afirma:

Assim, como regra, é o fornecedor o responsável pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art. 12), pelo simples fato de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são os autores da colocação no mercado do produto defeituoso, sendo natural, portanto, que assumam os riscos dessa conduta e arquem com os encargos decorrentes da reparação de danos das atividades que lhes são próprias, como projeto, fabricação, construção, montagem, manipulação ou acondicionamento, além daquelas decorrentes de insuficiência ou inadequação de informações sobre utilização e riscos dos produtos e serviços. Em todos os casos a responsabilidade se mostra clara e evidente, tendo em vista o elo entre o fornecedor e o produto ou serviço. (2009, p. 87)

Portanto, nos casos apresentados verifica-se que o produto consumido falhou em dar sua proteção necessária, que era a prevenção da gravidez, devendo a empresa responder pelos danos causados, pelo fato do produto.

No entanto, na maior parte dos casos verificados os tribunais analisados decidem no sentido de que a eficácia dos métodos contraceptivos não é 100% (cem por cento) garantida, existindo um grau de falibilidade, sendo um risco inerente ao produto. Sendo assim, se não configurada algum defeito na fabricação, a consequência da gravidez abrangeria a porcentagem de probabilidade de falha desses métodos contraceptivos, os quais são mencionados nas bulas, restando caracterizado, ainda, o dever de informação.

Já em relação à responsabilização dos profissionais da saúde nos casos de gravidez após cirurgias de vasectomia e laqueadura, entende-se que a medicina e os tratamentos utilizados são muito complexos, pois nenhum ser humano é igual e suas reações diversas. Em cada caso há um resultado inesperado, tornando a obrigação do profissional não de “resultado” ou de cura, mas essencialmente de “meio”, em virtude das limitações existentes. Portanto, na responsabilização do médico, é necessário aferir com cauteloso exame os meios por ele empregados em cada caso.

Sobre a obrigação de meio o autor Arnaldo Rizzardo destaca:

Na obrigação de meio, a assunção de obrigações limita-se ao desempenho ou emprego de determinados meios, ou de conhecimentos específicos, de práticas recomendadas, de diligência total, de um procedimento qualificado e técnico. Almeja-se alcançar um resultado, o qual, porém, não é garantido. Promete-se, no entanto, fazer o melhor para conseguir o intento pretendido. [...] A atividade do médico é essencialmente de meio, pois não comporta uma certeza de que conseguirá a cura, ou extirpará uma doença. Todavia, em vários campos, enquadra-se como de resultado, e assim no exame radiológico, na realização de exames gerais e específicos para equilibrar a saúde de uma pessoa, na aplicação de curativos e de retiradas de pequenas manchas da pele [...] (2007, ps. 325 e 326)

Gonçalves ensina em sua obra:

Portanto, para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos resultados adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. (2012, p. 331)

A responsabilização pessoal do médico enquadra-se no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual faz a ressalva sobre os profissionais liberais e sua responsabilidade subjetiva: *“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”*.

No entanto, mesmo sua responsabilidade sendo subjetiva, são subordinados aos preceitos e princípios do Código de Defesa do Consumidor, pois são fornecedores de um serviço.

Rizzardo destaca:

Não está o médico proibido de errar. Nem sempre o erro acarreta a responsabilidade. Não pode, porém, errar por culpa, isto é, por aqodamento, por ligeireza, por falta de estudo, por carência de exames, por despreparo técnico, dentro outros múltiplos fatores. Arremata Neri Tadeu Camara Souza: “Não importa se o médico errou, mas, sim, se esse erro vem acompanhado pela conduta na conduta do médico. O julgador não busca uma diagnóstico equivocado – inerente ao desempenho da medicina, pelas imprevisões de comportamento do organismo humano. Busca, ele, um agir culposo do profissional, para que, aí sim, este possa ser responsabilizado pelos eventuais danos causados ao paciente. (2007, p. 327)

Cavaliere, em seu Programa de Responsabilidade Civil, menciona:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. [...] Devemos ter em mente, todavia, que o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva. (2010, p. 385-386)

Portanto, para ser possível a responsabilização e a compensação desse profissional é necessário verificar culpa em sua atuação, agindo com negligência, imprudência ou imperícia.

No entanto, conforme já ressaltado na citação supramencionada, a responsabilidade da pessoa jurídica em que esses profissionais trabalham é objetiva. Sobre a responsabilidade do estabelecimento e do médico, Gonçalves ressalta:

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde exclusivamente pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento. (2012, p. 341)

De acordo com esse entendimento e com o verificado na jurisprudência nacional, a maior parte das ações não entende a culpa do médico nos casos de gravidez após cirurgia de vasectomia e laqueadura, também por se tornar difícil a sua comprovação. Entendem que este tipo de cirurgia tem uma possibilidade de reversibilidade e é considerada uma obrigação de meio e não de resultado, de forma que o dever do médico para com o paciente não é de cura e nem de obtenção de um resultado que seja imune às falhas do próprio procedimento ou de reações decorrentes da própria pessoa.

Algumas das demandas, no entanto, são consideradas procedentes e, em sua maioria, quando constatada a falta do dever de informar sobre possíveis complicações e reversão da cirurgia. Exemplo é visto na Apelação Cível julgada pelo tribunal de São Paulo, n. 0032922-85.2009.8.26.0000, em que os desembargadores ainda consideraram que somente com o documento assinado pelo paciente configura o repasse das informações referentes às possíveis complicações da cirurgia.

O médico tem o dever de prestar todas as informações necessárias ao paciente, o consumidor tem o direito de ser informado sobre os riscos que os serviços possam apresentar. É o teor do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

O próprio Código de Ética Médica, em seu art. 34, estabelece que é vedado ao médico: ***"Erro! Indicador não definido. Erro! Indicador não definido. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. Erro! Indicador não definido. Erro! Indicador não definido."***

No entanto, mais uma vez, a dificuldade de fazer prova em relação a essa informação é o que mais dificulta no julgamento desse tipo de demanda, conforme ficou demonstrado nos casos apresentados.

Portanto, no Brasil tem se dado a indenização em relação ao dano efetivamente comprovado, seja em casos de culpa médica ou falha dos métodos contraceptivos, de acordo com os moldes acima expostos.

Destaca-se que o entendimento brasileiro, na parte de quantificação e verbas vinculadas ao dano, é uma das mais avançadas do mundo. Conforme visto nos julgados apresentados, as pretensões que em outros países poderiam ser indeferidas, como é a questão do pagamento de pensão para criação da criança, nos casos brasileiros a maior parte considera o pensionamento devido, demonstrando que os argumentos do “valor à vida” e a possibilidade de gerar um “bastardo emocional” não são tão presentes na jurisprudência nacional.

Outras decisões, no entanto, utilizando-se do argumento do “*evento abençoado*”, acabam por concluir pela inexistência do dano moral ou, em outros casos, pela inexistência do dano patrimonial (PETEFFI, 2008, p. 18).

Em relação aos casos apresentados, nos referentes às “pílulas de farinha”, anticoncepcional Microvlar, todas as demandas verificadas que julgadas procedentes os danos foram totalmente compensados, com reparação pelos danos morais, custos médicos e pensão ao filho até completar a maioridade. No caso do “Diane 35”, como a criança havia morrido no parto, foram dados somente os danos morais aos autores. Em relação às cirurgias de laqueadura e vasectomia, em muitos casos é utilizado o argumento do nascimento como um “evento abençoado” para afastar qualquer hipótese de compensação, seja moral ou patrimonial, no entanto quando condenados, no Tribunal de São Paulo, por exemplo, em geral o dano moral é indenizado e o dano material com pensão ao filho até a maioridade.

Comparando o aplicado no direito internacional e o brasileiro, verifica-se que a diferença na abordagem da matéria é a análise mais aberta da culpa do médico que se faz no direito norte-americano e inglês. Como visto, no Brasil a maioria dos casos aborta a comprovação cabal da culpa do profissional e de algum defeito do método contraceptivo, fazendo com que esse seja um dos principais motivos para negar a indenização.

Nos Estados Unidos e Inglaterra, nos casos de *wrongful conception*, vê-se uma maior preocupação em reparar o dano sofrido pelos autores, com as decisões com menos enfoque na questão da prova e sim pelo nexos causal e consequências a serem enfrentadas.

Ressalta-se que o conceito de dano reparável é o mesmo no direito brasileiro e norte-americano, a falha ou defeito em um produto/serviço que se prestava em impedir uma gravidez e não o faz, gera um dano e, em algumas hipóteses considerado um abalo moral.

CONCLUSÃO

O tema é, de fato, de suma importância no direito, pois visa proteger pecuniariamente aqueles que sofreram danos morais e financeiros em virtude de uma negligência ou falha nos métodos contraceptivos adotados.

O caminho da análise jurisprudencial foi essencial para demonstrar a discrepância existente entre os julgamentos da matéria entre os países analisados e o Brasil, pois a proteção aos autores no país é mais fraca ao que se verifica em outros locais.

Destaca-se que parte dessa diferença se dá pela diferença legislativa para a questão do aborto voluntário, pois permitido nos países analisados, França, Inglaterra e Estados Unidos, o que torna a temática com mais possibilidade e abertura.

Enquanto nos Estados Unidos da América a matéria é desenvolvida desde a década de 70, aqui os primeiros casos relacionados viram ao judiciário na década de 90 e, ainda, com restrições.

Nos países analisados, os casos de *wrongful conception* (gravidez devido a falhas nos métodos contraceptivos) tem um posicionamento majoritariamente favorável pela doutrina, entendendo que os autores merecem ter seus danos ressarcidos materiais e morais, em alguns casos inclusive com reparação integral dos danos e pagamento de pensão para os custos com criação e educação da criança.

A maior polêmica em relação ao assunto são as demandas de *wrongful birth*, em virtude dos possíveis preconceitos gerados contra os portadores de doenças, mas é mais forte nas de *wrongful life*, em que a própria criança pleiteia indenização por ter nascido, pois uma “não vida” seria melhor do que vive. De fato, esse é o ponto extremo da matéria e que precisa de muita discussão e críticas, pois é moralmente questionável um indivíduo que sofre com alguma deficiência, mesmo que representado por seus pais, requer o ressarcimento pelo simples fato de ter nascido.

A questão nos outros países analisados, portanto, é muito mais avançada e com estudos sobre o tema, divergindo quanto ao dano a ser reparável, se moral e/ou material e, neste, se devido o direito ao pensionamento para custos de criação e educação do infante.

No Brasil o enfoque dos julgados é a questão da comprovação da culpa ou defeito dos serviços ou produtos, tornando a possibilidade de procedência das demandas menos frequente e com dificuldades para o autor fazer prova das alegações.

A questão do dano indenizável é semelhante nos países, considerando que a falha/defeito no produto ou serviço que gera uma gravidez indesejada deve ser indenizável, a temática é analisada nos outros países em relação ao Brasil de maneira mais aberta da culpa, principalmente médica. No entanto, todos divergem quanto ao dano compensável, se material, moral e quais pedidos devem ser atendidos.

Portanto, a doutrina brasileira se mostra mais tímida no assunto, fato que se dá por acreditar que o assunto somente adquire relevância em países que apresentam a ampla possibilidade de abortos voluntários. E mesmo nos casos indenizáveis, vê-se uma maior barreira à indenização, em virtude da necessária comprovação da culpa/defeitos, como já demonstrado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVAREZ, Iraida J., *A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases*, 41 B.C.L. Rev. 585, n° 2000, disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol41/iss3/3>

AMY S. VICCARO & another vs. AUBREY MILUNSKY. 406 Mass. 777, 1990. Suffolk County, p. 780. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/406/406mass777.html>

BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Com Revisão 5416194500*. Recorrente: Celso Ramin e outra. Recorrido: Stainoff e Simão Saúde Ltda. e outro. Relator(a): Antonio Marcelo Cunzolo Rimola. São Paulo, 27 de junho de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Com Revisão 5273545600*. Recorrente: William da Silva Oliveira. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo. Relator(a): Henrique Nelson Calandra. São Paulo, 03 de junho de 2008

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Com Revisão 4020925800*. Recorrente: Antonio Sergio Correa Gomes Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. São Paulo, 11 de dezembro de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul., *Apelação Cível n. 70018629428* . Recorrente: João Carlos Picolo. Recorrido: Lenio Carlos Dagnoluzzo Tragnago. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 02.022712-4*. Recorrente: Jair Machado Trajano. Recorrido: Antonino Pandolfi e Serplan-Serviço de Orientação e Planejamento Familiar. Relator: Des. Dionízio Jenczak. Florianópolis, 30 de agosto de 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70012464111*. Recorrente/Recorrido: Moises Rui, Ivete Maria Rui e Ernídio Luiz Bassani. Relator: Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009780065. Recorrente: NETLAB Recorrido: Paulo Gilberto Alves dos Santos. Relator : Cacildo de Andrade Xavier. 18 de maio de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 2097364700. Recorrente: Shering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrido: Edilaine Procópio dos Santos. Relator: Antonio Vilenilson. 03 de junho de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 866.636/SP. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Relator: Nancy Andrichi. Brasília, 29 de novembro de 2007.

BURNS v. HANSON, Patricia BURNS et al. v. Thomas M. HANSON et al. No. 15962. 1999. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/ct-supreme-court/1414386.html>.

CAROLE BURKE & another vs. ELLIOT RIVO. Middlesex County, 13 de Setembro de 1989 – 1º de Março de 1990. Disponível em: <<http://masscases.com/cases/sjc/406/406mass764.html>>. Acesso em: 01.06.2013.

CASANOVA, Carlos Maria Romeo e QUEIRÓS, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rev, 2005, p. 104

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo, Atlas, 2010.

_____. *Programa de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Laiz Marrão Batista da. *Limites existenciais do Direito – reflexões sobre a lei anti-Perruche e o direito de não nascer*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/20271/20271.PDF>> Acesso em 10.03.2013.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. *As normas técnicas do aborto: Ministério da Saúde facilita ao máximo as práticas abortivas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 731, 6 jul. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6972>>. Acesso em: 12 jul. 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

FÉO, Christina e VIERIA, Tereza Rodrigues. *O direito de não nascer com deficiência*, Revista Consulex, n. 240, Janeiro de 2007, p. 12

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FLOOD, Jule T., *New Hampshire: Uncharted Territory*. 2007, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.aul.org/docs/statecourts/NH.pdf>> Acesso em: 02.05.2013.

FRADA, Manuel Carneiro da. A vida própria como dano. In: António Pinto Monteiro, Jorg Neuner e Ingo Sarlet (org). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Um perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 308

GALLAGHER, Kathleen. *Wrongful Life: Should the Action be Allowed?* Louisiana Law Review, vol. 47, n. 6, publicado em julho de 1987.

GODOY, Gabriel Gualano de. *ACÓRDÃO PERRUCHE E O DIREITO DE NÃO NASCER*. Universidade Federal do Paraná, 2007. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf;jsessionid=5846962BF23BB6C28E60D9FE35E2B7F3?sequence=1>. Acesso em: 05.04.2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microssistemas* In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueiredo Alves. (Org.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas, Volume 5, Responsabilidade Civil*. 1 ed. São Paulo: Método, 2006, v. 5.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. *VIOLAÇÃO À LIBERDADE REPRODUTIVA: UMA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA OS CASOS DE WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e2a6330465c8ffc>> Acesso em: 11.05.2013.

HENSEL, Wendy F. *The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol.40, 2005.

JACKSON, Anthony. *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*. 17 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 535 (1995). Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol17/iss3/3>>

JANNOL, Mathew O. *Wrongful Life and Pragmatic Justice in Light of Changing Societal Values: Turpin v. Sortini*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.law.berkeley.edu%2Fsugarman%2FTurpin7.doc&ei=9V5wUeWBFJLs8gSVkIG4Ag&usg=AFQjCNFveo4JPRj7afYgqoFsrvKlETI4EQ&sig2=ND6wOSGdcW3p_IhD2hlY1A&bvm=bv.45373924,d.eWU&cad=rja>. Acesso em: 04.03.2013.

KELLEY, Patrick J. *Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law*. *Washington University Law Review*, vol. 1979, ed. 4º. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=lawrevie>> Acesso em: 22.04.2013.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts*, *George Washington Law Review*, vol. 61, Novembro de 1992.

LIU, Athena. *Wrongful Life: Some of the problems*. *J Med Ethics*, 13º ed. Publicado em 13 de junho de 1987, pgs. 69–73.

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*, vol. 39, 2006.

Macfarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland). House of Lords, julgamento em 25 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>>. Acesso em 27.06.2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, vol.753, 1988.

MASON, J.K. *The Troubled Pregnancy: Legal Wrongs and Rights in Reproduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2.ed., 2008. p. 688

MEDINA, Graciela e WINOGRAD, Carolina. “*Wrongful Birth*”, “*Wrongful Life*” y *Wrongful Pregnancy*” – *Análisis de la jurisprudencia norte, Resenã de jurisprudencia francesa*. Buenos Aires: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2001. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1528/13.pdf>>. Acesso em: 22.03.2013.

MEE, Jennifer. *Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule*. Ed. 70 Wash. U. L. Q. 887 (1992). Disponível em: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1861&context=lawreview>

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*, in *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORVAN, Patrick. *Comment la Cour de cassation a tué la loi qui avait tente d'abatre sa propre jurisprudence*. Disponível em <<http://patrickmorvan.over-blog.com/article-6560450.html>> Acesso em 27.06.2013.

MURTAUGH, Michael T., *Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a "Blessed Event"*, *Pace Law Review*, vol. 27, Winter, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004

NELSON, Merril F. *Wrongful Life-Impaired Infant's Cause of Action Recognized: Curlender v. Bio-Science Laboratorie*. Disponível em: <<http://www.law2.byu.edu/lawreview/archives/1980/3/nel.pdf>> Acesso em: 17.05.2013.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil*. vol. 56, p. 51

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Novos direitos, reparação dos pais pelo nascimento de filhos indesejados e a tutela do direito de não nascer : um diálogo com ordenamento Francês..* In: Reinaldo Pereira e Silva (Org.). *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*. 1 ed. Curitiba:Juruá, p. 183-209

_____. *Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 117, p.311-341, Março de 2010.

_____ e STERSI, Ricardo Soares. *RESPONSABILIDADE CIVIL PELO NASCIMENTO DE FILHOS INDESEJADOS: COMPARAÇÃO JURÍDICA E RECENTES DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS*. Conpendi, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a11ce019e96a4c60>>

POZGAR, George D. *Legal aspects of health care administration*. 9ª ed. Jones and Bartlett Publishers, 2004.

RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Revista Portuguesa do Dano Corporal. Ed. 21. 2010, p. 61-99.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406 de 10.01.2002*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 24.04.2013. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 28.06.2005

SAXTON, Marsha. *Disability Rights and Selective Abortion*. In *Abortion Wars, A Half Century of Struggle: 1950 to 2000*. Rickie Solinger (ed) Berkeley, CA: University of California Press, 1998.

SETH, Darpana. *Better off unborn? An analysis of wrongful birth and wrongful life claims under the Americans with disabilities act*. *Tennessee Law Review*, vol. 73, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

SIMÕES, Fernando Dias. *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana*. Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review. Vol. VIII, nº 13, 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_accoes_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana> Acesso em: 20.04.2013.

SOUZA, Iara Antunes de. *RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO: concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth), vida indevida (wrongful life)*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaIA_1.pdf> Acesso em 20.04.2013.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. e atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STRASSER, Mark. Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?, *Missouri Law Review*, vol. 64, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Walker v. Rinck. Suprema Corte de Indiana, 604 N.E. 2d 591, julgado em 2 de Dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.leagle.com/decision-result/?xmldoc/19921195604NE2d591_11189.xml/docbase/CSLWAR2-1986-2006>. Acesso em: 29.06.2013.

WEIL, Elizabeth. *A Wrongful Birth?* Publicado em: <<http://www.nytimes.com>> em 12 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2006/03/12/magazine/312wrongful.1.html?pagewanted=all>>. Acesso em 28.06.2013.

WILLIAMS, P. SHAHEEN v. KNIGHT. Court of Common Pleas of Lycoming County, Pennsylvania, 11 Fa. D. & C.2d 41 (1957). Disponível em: <<http://law.wustl.edu/orientation/2012/2012DavisOrientationMaterials.pdf>> Acesso em: 01.05.2013.

WÜNSCH, Guilherme e SCHIOCCHÉ, Taysa. *O CORPO HUMANO ENTRE A DIGNIDADE E A PATRIMONIALIZAÇÃO NO ACÓRDÃO NICOLAS PERRUCHE: DIÁLOGOS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO*.

2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=674bfc5f6b72706f>>. Acesso em: 22.06.2013.