

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

NICOLE PIAZZA FERRARI

**O NASCIMENTO INDESEJADO COMO UM DANO REPARÁVEL: UMA  
ANÁLISE DOS CASOS DE *WRONGFUL CONCEPTION* ENCONTRADOS NAS  
JURISPRUDÊNCIAS NACIONAL E ESTRANGEIRA**

Florianópolis

2020

NICOLE PIAZZA FERRARI

**O NASCIMENTO INDESEJADO COMO UM DANO REPARÁVEL: UMA  
ANÁLISE DOS CASOS DE *WRONGFUL CONCEPTION* ENCONTRADOS NAS  
JURISPRUDÊNCIAS NACIONAL E ESTRANGEIRA**

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

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis

2020

*Dedico este trabalho aos meus pais.*

## AGRADECIMENTOS

Difícil é descrever a sensação de mais absoluta completude a que me vi acometida ao ingressar e cursar a graduação na Universidade Federal de Santa Catarina. Atrelado ao sonho de estudar em uma instituição de tal magnitude, torna-se imperioso reconhecer o privilégio que ocupo por me encontrar, em meio a uma sociedade tão assimétrica e injusta quanto a brasileira, num setor tão sofisticado do meio acadêmico. Passar por esses corredores compartilhados por tantas figuras célebres e assistir a aulas ministradas por professores tão inspiradores, críticos e inteligentes, implicam na responsabilidade de corresponder a todo esse manancial de conhecimento presente na UFSC, e de desvinculá-lo de quaisquer estagnações ou anacronismos, já que o direito é, por essência, força viva em constante desenvolvimento.

A autora do presente trabalho, portanto, não deve ser vista de forma individual; ela é, antes, uma somatória de todas as pessoas incríveis que contribuíram para o seu aperfeiçoamento acadêmico, profissional e pessoal.

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por mim compreendido como essa força da natureza que nos acolhe e nos dá forças nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Jucemar e Susana, que são a verdadeira personificação do meu amor, agradeço por absolutamente tudo, por não medirem esforços para a realização dos meus (nossos) sonhos e especialmente por terem me dado a liberdade necessária para que eu me tornasse quem sou hoje. Jamais poderei descrever a gratidão que eu sinto por ser filha de vocês.

À minha irmã de coração, Majorye, por ter o coração mais generoso e a alma mais linda que eu já conheci. Ao longo desses vinte anos de amizade, ela foi – e sempre será – o meu maior refúgio e a pessoa que melhor me compreende.

À Natália e Hadassa, seres absolutamente singulares e brilhantes, que me ensinam diariamente sobre amizade, compreensão e independência. Vocês são as mulheres mais fortes que eu já conheci e a felicidade que eu sinto quando estou com vocês é insuperável.

A Gustavo, meu amor, por ser essencial em minha vida e me apoiar em todos os momentos.

Aos meus especiais amigos, Amandha, Ale, Paulo Henrique e Marin, com os quais dividi as cadeiras do curso de graduação em Direito da UFSC. Asseguro-os de que estou completamente tranquila por saber que o futuro do direito repousa sobre mentes tão sensatas e brilhantes quanto as suas.

Agradeço ao Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva, exemplo de inteligência e comprometimento acadêmico, por aceitar o convite para orientar o presente trabalho. As aulas ministradas pelo senhor marcaram profundamente a minha experiência na graduação e as levarei para toda a vida.

*O vazio é o espaço da liberdade, a ausência de certezas. Mas é isso o que tememos: o não ter certezas. Por isso trocamos o voo por gaiolas. As gaiolas são lugares onde as certezas moram.*

Fiódor Dostoiévski

*O fim do direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta.*

Rudolf von Ihering

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise técnica e crítica dos casos de *wrongful conception* encontrados nas jurisprudências nacional e estrangeira. Para tanto, proceder-se-á, no primeiro capítulo, à contextualização da problemática, à demonstração dos pontos de intersecção existentes entre o direito estrangeiro e o ordenamento jurídico brasileiro, e ao estabelecimento da semântica que pautará o trabalho. Na sequência, haverá a exposição de alguns casos emblemáticos julgados pelas cortes estadunidenses, europeias e brasileiras, que versam sobre os casos de nascimento indesejado pela falha de métodos contraceptivos, oportunidade em que serão mencionadas as principais teorias que fundamentaram as decisões prolatadas. Por fim, será realizada uma análise da “teoria do bastardo emocional”, da “teoria do evento abençoado”, bem como um estudo da viabilidade de aplicação do instituto da *compensatio lucri cum damno* às demandas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Wrongful conception. Nascimento indesejado. Falha métodos contraceptivos.

## ABSTRACT

This paper aims at technical and critical analysis of cases of wrongful conception found in national and foreign jurisprudence. Therefore, in the first chapter, the problem will be contextualized, the points of intersection existing between foreign law and the Brazilian legal system will be demonstrated, and the semantics that will guide the work will be established. In the sequence, there will be the presentation of some emblematic cases judged by the American, European and Brazilian courts, which deal with cases of unwanted birth due to the failure of contraceptive methods, an opportunity in which they will be mentioned as the main theories that are based on decisions made. Finally, an analysis of the “emotional bastard theory”, the “blessing theory”, as well as a study of the feasibility of applying the *compensatio lucri cum damno* institute to these demands.

Key words: Civil liability. Wrongful Conception. Unwanted birth. Failure of birth control methods.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Des – Desembargador

Min – Ministro

Resp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

Rel – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 A FIGURA DO DANO INDENIZÁVEL E A SUA RELAÇÃO COM A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS.....</b>	<b>13</b>
1.1 A necessidade de consenso semântico entre <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i> .....	23
1.2 Pontos de intersecção da temática entre o direito estrangeiro e o ordenamento jurídico brasileiro.....	27
1.3 . A tutela conferida à autonomia reprodutiva e ao direito ao planejamento familiar cenário nacional e no plano internacional.....	32
<b>2 <i>WRONGFUL CONCEPTION</i>.....</b>	<b>39</b>
2.1 Jurisprudência estadunidense.....	39
2.2 Jurisprudência europeia.....	49
2.3 Jurisprudência brasileira.....	55
2.3.1 Julgados relevantes exarados pelos tribunais de justiça estaduais.....	55
2.3.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	64
<b>3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES À LUZ DOS PRINCÍPIOS E TEORIAS QUE REGEM A RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>68</b>
3.1 Eventual colisão entre os direitos reprodutivos e a dignidade da criança à luz da “teoria do bastardo emocional” .....	68
3.2 A ausência de dor decorrente da parentalidade segundo a “teoria do evento abençoado” .....	71
3.3 A (in)aplicabilidade da <i>compensatio lucri cum damno</i> às hipóteses de nascimento indesejado.....	75
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, submetido à avaliação do Curso de Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, carrega uma interdisciplinaridade característica dessa área do conhecimento, tendo em vista que problemática a ser retratada perpassa desde as nuances mais clássicas da responsabilidade civil até as concepções mais vanguardistas existentes no âmbito do direito de família.

A partir do crescente desenvolvimento tecnológico que permeia, dentre outras áreas, a medicina e a indústria farmacêutica, possibilitou-se a concretização da autonomia reprodutiva e do direito ao planejamento familiar, sobretudo mediante o vasto rol de contraceptivos disponibilizados no mercado, como as pílulas hormonais, os preservativos, as cirurgias de esterilização e, em alguns países, o aborto. Em que pese a quase absoluta eficácia dos mecanismos contraceptivos e a vasta gama de meios aptos ao controle das faculdades procriativas, infere-se que inúmeras ações judiciais tem sido propostas sob o argumento de que os genitores, autores na demanda, experimentaram um dano indenizável consubstanciado no nascimento da criança inesperada.

Destarte, tendo em vista a relevância que os direitos reprodutivos ostentam tanto na experiência normativa brasileira quanto no cenário internacional, a pesquisa destina-se a aferir se o nascimento indesejado de uma criança saudável, decorrente da falha de um método contraceptivo, deve ser considerado um dano reparável e, nos casos em que tal assertiva é positiva, quais seriam as metodologias empregadas na quantificação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais experimentados pelos pais.

A apresentação do conteúdo objeto de análise se dará em três etapas distintas, com o objetivo de possibilitar ao leitor uma visão panorâmica do conteúdo e, sobretudo, uma percepção, ao menos inicialmente, imparcial.

Para tanto, debruçar-se-á, no primeiro capítulo, sobre aspectos conceituais da responsabilidade civil, especialmente acerca do conceito de dano indenizável, bem como sobre questões centrais da autonomia reprodutiva e do direito ao planejamento familiar. Além disso, proceder-se-á à exposição das principais vertentes responsáveis pela diferenciação entre os conceitos de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, com o conseqüente estabelecimento de um “acordo semântico” acerca das nomenclaturas.

No segundo capítulo, por sua vez, serão abordados alguns casos emblemáticos de *wrongful conception* encontrados nas jurisprudências estadunidense, europeia e brasileira. Ressalta-se que, nesta oportunidade, não serão tecidas profundas críticas sobre

posicionamentos adotados pelos julgadores ou, ainda, acerca das teses formuladas pelas partes litigantes, sobretudo porque a referida exposição tem por objetivo central expor o leitor a tais argumentos jurídicos sem uma conotação valorativa e, portanto, possibilitar a formação de uma posição desvinculada de influências externas.

A crítica, portanto, repousará sobre o terceiro capítulo do presente trabalho, ocasião em que as principais teorias veiculadas pelos tribunais nacionais e estrangeiros serão minuciosamente analisadas, bem como os requisitos ínsitos à aplicação das mesmas. Nesse contexto, a partir de construções críticas realizadas por juristas, será debatida a ideia ainda muito enraizada de que a felicidade feminina encontra-se vinculada à maternidade, bem como o tema moralmente sensível da sexualidade e a sua histórica dependência com a procriação. Além disso, será discutida a aventada colisão entre os direitos reprodutivos dos pais e a dignidade da criança nascida e a também alegada ausência de dor decorrente da parentalidade. Por fim, analisar-se-á a possibilidade de incidência do instituto da *compensatio lucri cum damno* para justificar uma diminuição proporcional da indenização em decorrência do regozijo intrínseco à vinda de uma criança ao mundo.

## 1 A FIGURA DO DANO INDENIZÁVEL E A SUA RELAÇÃO COM A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

A área da responsabilidade civil traz em seu cerne um dinamismo que culmina no surgimento de inúmeros danos indenizáveis, outrora inimagináveis, já que essa área do Direito Obrigacional encontra-se intimamente vinculada às complexas relações desveladas entre os seres humanos que, inexoravelmente, praticam atos ilícitos e rompem a estabilidade e o equilíbrio anterior, o que gera o dever de reparar o prejuízo causado.<sup>1</sup>

Destarte, impende colacionar a diferenciação realizada por Jorge Mosset Iturraspe acerca das três fases da responsabilidade civil: 1) a clássica ou romana, que concebe o dano como a ruptura do equilíbrio entre as pessoas e a reparação como o retorno da justiça; 2) a moderna, verificada entre os séculos XVII e XIX, cujo destaque se encontra no Código Civil Francês que adotou uma responsabilidade civil baseada na culpa; 3) e a contemporânea, consubstanciada nos múltiplos fatores de imputação e numa perspectiva menos individualista da responsabilidade aquiliana.<sup>2</sup>

No que tange à última concepção, elucida Eugênio Facchini Neto que, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, os antigos ordenamentos jurídicos que protegiam exclusivamente o direito de propriedade foram paulatinamente superados por sistemas que conferiam ênfase à proteção da pessoa humana. Nesse sentido, conforme ressalta o autor, passou-se a reconhecer como interesses jurídicos tuteláveis por intermédio da responsabilidade civil “a dor, o sofrimento – daí o reconhecimento dos denominados danos morais, *dommage moral*, *danni soggettivi*, *pain and suffering*, *Schmerzensgeld* – [...] os danos biológicos, existenciais, danos ao projeto de vida, préjudice d’agrément, e tantos outros [...]”<sup>3</sup>

De fato, a alteração de paradigma na esfera da responsabilidade civil não poderia deixar de influenciar e ampliar o conceito de dano indenizável, consoante bem elucida Rafael Peteffi da Silva:

Essa mudança de paradigma em relação à ampliação do conceito de dano indenizável é bem apanhada por Nancy Levit. De acordo com os valores individualistas e patrimonialistas do século XIX, observa-se a reparação exclusiva de danos patrimoniais, certos e tangíveis. Atualmente, vive-se a era da incerteza. Ora, se o novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram

<sup>1</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 807-809.

<sup>2</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., t. I, 2004. p. 13-14.

<sup>3</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana das pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista AJURIS**. Porto Alegre, v. 127, setembro 2012. p. 158-159.

indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais passam a ser reparados. Assim, os prejuízos representados por quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis.<sup>4</sup>

Para Caio Mário da Silva Pereira e Gustavo Tepedino, com a consagração de princípios como a dignidade da pessoa humana, atrelada ao constante desenvolvimento tecnológico que permeia a sociedade pós-moderna, houve um deslocamento da ênfase conferida à conduta do agente para a figura do dano ressarcível, motivo pelo qual, segundo os autores, não seria desarrazoada uma alusão à “Era dos Danos”, com o consequente surgimento de uma nova tipologia de danos.<sup>5</sup>

Sob outro viés, Maria Celina Bodin de Moraes concebe uma perspectiva complementar ao afirmar que o eixo da responsabilidade civil foi deslocado da figura do ofensor, que deveria responder por suas culpas, para o direito da vítima de se ver ressarcida por suas perdas, dores e percalços.<sup>6</sup>

Pode-se afirmar, à luz do exposto, que os domínios da responsabilidade civil são ampliados na mesma proporção em que se multiplicam os inventos, as descobertas e outras conquistas da atividade humana.<sup>7</sup> Assim, o surgimento de novas técnicas, a superação de entraves morais e a tutela conferida a determinados interesses, antes dificilmente reconhecidos pelo ordenamento, fazem com que as faces da responsabilidade civil e do dano indenizável adquiram novos contornos.

Acerca das implicações das descobertas tecnológicas sobre a responsabilidade civil, ressalta Bruno Leonardo Câmara Carrá:

Por mais que se queira uma idílica realidade de risco zero, ainda não se conseguiu superar o fato de que tecnologia e risco são grandezas inversamente proporcionais. Essa indesejada antinomia entre os avanços tecnológicos e os riscos que eles naturalmente emanam parece constituir o tributo da modernidade pelos seus muitos benefícios.<sup>8</sup>

Em que pese a evolução exposta, cujo epicentro reside na maior sensibilidade destinada à tutela de aspectos existenciais da personalidade, adverte Anderson Schreiber que, por outro lado, a grande variedade de modalidades de dano traz insegurança jurídica ao

<sup>4</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 73-74.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 52.

<sup>6</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 02.

<sup>8</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38.

ordenamento, já que a multiplicidade de novas figuras encontra limites tão somente na imaginação do intérprete e na flexibilidade da jurisprudência.<sup>9</sup>

Com o fito de melhor delinear essa expansão no conceito de dano ressarcível e a sua acepção contemporânea, tornam-se necessárias algumas ponderações acerca das correntes doutrinárias que lhe conferiam/conferem embasamento: I) a Teoria da Diferença ou do Dano Abstrato e a II) Teoria do Interesse ou Dano Concreto.<sup>10</sup>

Nessa senda, tem-se que a concepção clássica de dano indenizável é explicada pela teoria da diferença (*differezztheorie*), sob a ótica de que “o prejuízo a ser reparado corresponde à diferença entre o valor atual do patrimônio do lesado e aquele que teria caso não tivesse sido afetado pela ocorrência do ato ilícito”.<sup>11</sup> Por conseguinte, inobstante a teoria acima retratada seja pertinente para estabelecer a ressarcibilidade dos danos patrimoniais, ela não se mostra adequada para a avaliação de outras modalidades de dano, como os extrapatrimoniais e os coletivos, por exemplo.<sup>12</sup>

Ressalta Maria Celina Bodin de Moraes que, na atualidade, a compreensão da importância dessa conversão do conceito de dano a uma dimensão matemática nos escapa, porquanto a definição de patrimônio está automatizada, sendo quase inerente à natureza das coisas. No entanto, conforme destaca a doutrinadora, foi Savigny o responsável pela nítida diferenciação entre a pessoa e seus bens, sendo esses últimos integrados sob um conceito “unitário a fim de construir um objeto que pudesse ser protegido contra os atos ilícitos”.<sup>13</sup>

Em contrapartida, tendo em vista a insuficiência da Teoria da Diferença por não contemplar, em sua definição, outras modalidades de danos existentes, houve um esforço da doutrina na busca de uma explicação mais completa acerca do dano indenizável, o que deu ensejo ao desenvolvimento da Teoria do Interesse ou do Dano Concreto. Assim, superada a noção naturalista ou patrimonialista, ampliou-se a conceituação de dano de maneira a abranger “todas as ofensas que atinjam a interesses juridicamente tutelados”.<sup>14</sup>

Nesse compasso, afigura-se pertinente mencionar a sistematização realizada por Calvo Costa quanto às quatro acepções conceituais de dano indenizável, que divide as noções

---

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 92

<sup>10</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>13</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 143-144.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 144.

de dano como: I) detrimento de um bem jurídico; II) violação de um interesse jurídico; III) lesão a um direito subjetivo; e, por fim, IV) o dano percebido em suas repercussões/resultados.<sup>15</sup>

Muito embora a primeira concepção nos remeta à ideia de dano como a diminuição ou extinção de um bem, essa sistemática foi superada pelas ideias de Carnelutti, ao argumento de que o dano não se limita ao menoscabo de um bem, mas consiste na lesão a um interesse do indivíduo. Essa alteração de perspectiva foi fundada em críticas acerca da noção estática arraigada à ideia de dano como lesão a um determinado bem ou como modificação da realidade material. Isso porque, enquanto o bem possui a capacidade de satisfazer necessidades humanas, a figura do interesse consiste, por sua vez, na possibilidade concreta de um indivíduo específico satisfazer determinada necessidade a partir da utilização de um bem<sup>16</sup>.

Para De Cupis: “o conceito de bem pode ser facilmente determinado, considerando que se identifica com tudo que pode satisfazer uma carência”.<sup>17</sup> Por conseguinte, Sanseverino parafraseia Carnelutti ao afirmar que “interesse é a valoração que determinado bem recebe de alguém, considerando a relação ou a posição jurídica de certa pessoa em face dele”.<sup>18</sup>

A título exemplificativo, tem-se que o direito não tutela um imóvel isoladamente, mas a capacidade que determinado imóvel (bem) possui para satisfazer as necessidades de seu titular. Destarte, se o imóvel é utilizado tão somente para a moradia, é possível que, com a sua danificação, o titular desse bem seja ressarcido pela lesão a interesses relacionados à categoria de danos emergentes. Contudo, caso seja atribuída ao imóvel uma destinação comercial, torna-se viável a reparação pela lesão a interesses atrelados aos lucros cessantes, à luz do caso concreto.<sup>19</sup>

Por conseguinte, cita-se uma hipótese bastante elucidativa retratada na doutrina francesa: um imóvel que estava prestes a ser demolido é abalroado por um caminhão muito pesado, sendo que a colisão resulta na destruição completa do imóvel. Como se vê, não obstante o bem tenha sido destruído, não restou configurado o dano em virtude inexistência de lesão a um interesse jurídico. Em verdade, a demolição promovida pelo caminhão

---

<sup>15</sup> CALVO COSTA, Carlos. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 60. In: BASTOS, Daniel Deggau. **A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática**. Dissertação (Mestre em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 29.

<sup>16</sup> Ibid., p. 73.

<sup>17</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Milano: Giuffrè, 1966. p. 37-38. In: SANSEVERINO, 2010, p. 143

<sup>18</sup> SANSEVERINO, 2010, p. 143.

<sup>19</sup> Tais contextos práticos são trazidos a partir das exemplificações formuladas por Rafael Peteffi da Silva, orientador do presente trabalho.

desgovernado é apta a ensejar uma vantagem ao dono do imóvel, já que o trabalho de realizar a demolição foi poupado<sup>20</sup>.

Nessa senda, interessante destacar o entendimento de Alsina Bustamante no que tange à classificação de danos como patrimoniais ou extrapatrimoniais, posto que, para o autor, o cerne da diferenciação não reside na natureza do bem atacado, mas nos aspectos do interesse efetivamente lesionado. Assim, se um ato recai sobre um bem jurídico e reflete no patrimônio da vítima, há um dano patrimonial e, de outra parte, caso incida sobre um bem jurídico qualquer e afete outros interesses – que não os patrimoniais – como os sentimentos do ofendido, estar-se-á diante de um dano extrapatrimonial<sup>21</sup>.

Mais restritivo é o entendimento de que o dano corresponde à lesão a um direito subjetivo da vítima. Nesse contexto, Orlando Gomes frisa que as definições realizadas por Ihering e Windscheid acerca de direitos subjetivos encontram-se incompletas, posto que, no seu entender, conceituar o direito subjetivo como um “interesse juridicamente tutelado” ou, ainda, como “o poder ou o domínio da vontade conferido pela ordem jurídica”, como fez, respectivamente, cada um dos autores, implica numa visão unilateral do instituto. Para o doutrinador, “o direito subjetivo não é só o poder da vontade, como não é apenas interesse, senão poder atribuído à vontade do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente”<sup>22</sup>.

Essa concepção de dano como a violação de direitos subjetivos é bastante criticada por Sanseverino:

A caracterização do dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado permite também a superação da orientação clássica, mais restritiva, que o liga aos direitos subjetivos. Efetivamente, no modelo clássico individualista e privatístico, concede-se proteção efetiva apenas às lesões a interesses individuais, que consubstanciem lesão a direitos subjetivos de uma pessoa determinada.

Esse modelo restritivo, no entanto, tem-se mostrado insuficiente para atender às novas demandas da sociedade contemporânea nos casos de ofensas a interesses fragmentários de toda uma coletividade, como ocorre na agressão a interesses difusos (e.g meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, histórico).<sup>23</sup>

Por conseguinte, Zannoni ressalta a existência de contextos em que o titular do interesse lesado não chega a ser detentor de um direito subjetivo, como na hipótese de uma

<sup>20</sup> LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. **Droit de la Responsabilité**, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998. p. 194. In: BASTOS, Daniel Deggau. **A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática**. Dissertação (Mestre em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 32.

<sup>21</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 238-239.

<sup>22</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83-84.

<sup>23</sup> SANSEVERINO, 2010, p. 144.

criança órfã sustentada por um indivíduo que com ela não possui relação de parentesco. É indagado, então, se teria a criança legitimidade para buscar uma reparação. Essa questão foi bastante debatida na França nos casos de concubinato, ficando estabelecido que, em não sendo adúlterino, seria admitida a proteção à mulher.<sup>24</sup> Clóvis do Couto e Silva, por sua vez, menciona que, “além dos direitos subjetivos que podem ser lesados pelas atividades das pessoas [...] uma questão de grande importância doutrinária e prática é, entretanto, a que se relaciona com a tutela de certos interesses, como, por exemplo, a chance”.<sup>25</sup>

Nessa tônica, Maria Celina Bodin de Moraes tece críticas a respeito da concepção de dano ressarcível como violação a direito subjetivo, tendo em vista a sua ínsita vinculação à noção de antijuridicidade. Para a autora, a interpretação da responsabilidade civil à luz dessa concepção “acaba por interpretar o sistema da responsabilidade civil como se fora típico, uma vez que somente diante da violação de normas que, especificamente, reconhecem direitos subjetivos absolutos admite o surgimento da sanção civil”.<sup>26</sup>

Além disso, adverte a autora que, na modernidade, o conceito de dano ressarcível encontra-se desvinculado da noção de antijuridicidade, com a adoção de critérios mais amplos que abarcam não apenas direitos subjetivos, mas também interesses considerados dignos de tutela jurídica que, por consequência, quando lesionados, obrigam o agente à reparação.<sup>27</sup> No que tange ao *locus* operacional da antijuridicidade, aliás, afigura-se pertinente ressaltar as observações formuladas por Rafael Peteffi da Silva:

Para a aceitação do dano como *locus* operacional da antijuridicidade, ter-se-ia que se considerar o dano causado – mesmo entendido em seu conceito normativo, como violação do interesse juridicamente tutelado – de forma independente da conduta do autor do dano. Portanto, a lesão a um bem jurídico amplamente tutelado, como a vida, deveria ser sempre considerada como objetivamente ilícita. [...] presente estudo revelou a inexorável conexão da antijuridicidade com o fato causador do dano, afastando o *locus* operacional do instituto do prejuízo sofrido pela vítima, ainda que esse prejuízo, por vezes, integre-se à conduta causadora e torne-se elemento importante para a identificação do fato antijurídico.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> ZANNONI, Eduardo A. **El daño em la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 29-30. In: SANSEVERINO, 2010, p. 145; BASTOS, Daniel Deggau. **A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática**. Dissertação (Mestre em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 32.

<sup>25</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, 2015. p. 335.

<sup>26</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. v. 29. 2006. p. 240, 246.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>28</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 18/2019. p. 21/40.

Cinge-se às explicações supracitadas, o apontamento formulado por Schreiber no sentido de que “a limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea”<sup>29</sup>, sobretudo diante da multiplicidade de novas situações e expectativas que emergem da sociedade atual.

Por fim, quanto à definição de dano como a consequência/repercussão negativa da lesão, Fernando Noronha afirma que, “na relação do dano com o bem violado, é conveniente ressaltar que aquele não é propriamente a violação deste, e sim a consequência prejudicial resultante dessa violação”.<sup>30</sup> Acrescenta, ainda, que essa lesão ao bem configura o “fato antijurídico”<sup>31</sup>, isto é, aquele contrário ao ordenamento jurídico como um todo, cujo resultado reflete negativamente sobre situações juridicamente tuteladas. Percebe-se, portanto, que essa corrente se debruça sobre as repercussões da lesão ocasionada, e não exclusivamente ao bem jurídico violado ou ao interesse juridicamente protegido afetado pela conduta do agente.<sup>32</sup>

A presente exposição não objetiva ser estanque quanto às definições atribuídas ao dano como elemento da responsabilidade civil e tampouco se destina a emprestar um caráter valorativo às lições apresentadas pelos doutrinadores, sendo que o almejado, a partir desse panorama geral, é cientificar o leitor acerca da existência dos múltiplos entendimentos que, muitas vezes, ao longo da praxe jurídica, não são especificados ao referenciar o termo “dano” e que podem imputar ao elemento uma conotação bastante diversa a depender do marco teórico.

Sob outro viés, Sérgio Cavalieri atribui à ausência de uma definição legal o surgimento de um rol nada criterioso de novos danos, dentre eles, o dano sexual, o dano pelo custo do filho indesejado, dano de férias arruinadas, dano por rompimento do noivado e o dano por abandono afetivo do filho melhor.<sup>33</sup> De todo modo, ainda que inexista uma conceituação expressa na legislação pátria, certo é que a definição majoritariamente aceita pela doutrina utiliza como base a Teoria do Interesse para vincular o dano à lesão a um interesse juridicamente protegido.<sup>34</sup>

No que tange especificamente à problemática a ser abordada no presente trabalho, afigura-se pertinente mencionar que, a partir da crescente inovação tecnológica que permeia,

---

<sup>29</sup> SCHREIBER, 2012, p. 124.

<sup>30</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 580.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 580.

<sup>32</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Disminuciones psicofísicas**. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 7.

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 104.

<sup>34</sup> MORAES, 2006, p. 240.

dentre outros campos, a medicina e a indústria farmacêutica, possibilitou-se a concretização da autonomia reprodutiva e do direito ao planejamento familiar, sobretudo mediante o vasto rol de contraceptivos disponibilizados no mercado, como as pílulas hormonais, os preservativos, as cirurgias de esterilização e, em alguns países, o aborto.<sup>35</sup>

Não obstante a eficiência quase absoluta dos referidos mecanismos e a extensa gama de técnicas aptas a controlar as funções reprodutivas, verifica-se que nascimentos indesejados de crianças em razão da falha de métodos contraceptivos têm culminado na propositura de inúmeras ações judiciais, sob o argumento de que os genitores, autores na demanda, experimentaram um dano indenizável consubstanciado no nascimento da criança inesperada.

Neste mesmo viés, os diagnósticos cada vez mais precisos têm possibilitado a detecção de doenças congênitas, de maneira que, especificamente nos países que permitem o aborto, lides têm sido propostas contra os médicos que não informaram os pais acerca da deficiência do nascituro e, desta forma, impossibilitaram a realização de um eventual abortamento.

Ainda mais polêmicas têm sido as ações ajuizadas pela própria criança contra aqueles que “provocaram” o seu nascimento – os médicos ou os próprios genitores que não executaram o aborto –, sob o argumento de que a inexistência seria preferível à vida nas condições impostas pela deficiência.

Para muito além da notória relevância que a responsabilidade civil ostenta em razão do grande número de ações em trâmite que versam sobre a matéria,<sup>36</sup> constata-se, ainda, o fundamental papel exercido por essa área do direito na afirmação de direitos, visto que, em muitos casos, a faculdade de exigir diretamente o bem ou a prestação não se mostra apta a satisfazer o interesse individual e, por consequência, recorre-se à tutela indenizatória a fim de que os direitos sejam concretizados. Assim, alguns estudiosos afirmam que determinado interesse individual somente é protegido pelo ordenamento jurídico na medida em que o resultado da lesão a esse interesse é considerada um dano indenizável.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Uma pesquisa realizada pela Organização não-governamental Center for Reproductive Rights demonstrou que 590 milhões (36%) de mulheres em idade reprodutiva vivem em países que permitem o aborto mediante solicitação. 67 países globalmente se enquadram nessa categoria. O “The World Abortion Laws Map” está disponível em: <<https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

<sup>36</sup> Segundo pesquisa realizada em 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça, a responsabilidade civil é o segundo assunto mais demandado na Justiça Estadual e na Justiça do Trabalho brasileiras, com cerca de 1.760.905 e 833.566 ações ajuizadas, respectivamente. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-indicacoes-assuntos-mais-demandados-em-2016-nos-tribunais/>>. Acesso em: 17 de março de 2020.

<sup>37</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil e nascimento indesejado**: prejuízos reparáveis. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 284.

É cediço que, nos casos de nascimentos indesejados por falhas no contraceptivo, o direito que se pretende afirmar por intermédio da ação indenizatória consiste na autonomia reprodutiva dos pais. Contudo, tribunais dos mais variados países – como será analisado posteriormente – têm adotado posicionamentos divergentes ao julgar essas demandas, sendo que as decisões prolatadas são quase sempre alvo de muita polêmica.

Essa discussão transcende a esfera jurídica e tangencia múltiplos aspectos da vida humana, dentre eles, a ideia ainda muito difundida de que a felicidade feminina encontra-se intimamente vinculada à maternidade. Além disso, o tema moralmente sensível da sexualidade e a histórica dependência entre a relação sexual e a procriação representam óbices para que os operadores do direito reconheçam que o nascimento possa configurar um dano e seja, portanto, passível de reparação.

Daniel Amaral Carnáuba ressalta, ainda, outra especificidade acerca dessas demandas:

Há, no entanto, uma peculiaridade nesse tipo de litígio, que torna a solução reparatória menos evidente: o fato de que a lesão em questão é *personificada*. Algo que diferencia a violação da autonomia reprodutiva em relação às lesões a outros interesses é que ela provoca o surgimento de um ser humano portador de dignidade própria. O filho não planejado dá corpo à violação do direito de seus genitores; ele é a expressão material desse desrespeito.<sup>38</sup>

Adverte Paulo Mota Pinto que a expressão “criança como dano” (*Kind als Schaden, bébé préjudice*), é bastante criticável, tendo em vista que “não é a própria criança em si que é o dano, antes este consiste no aumento de despesas com o seu sustento, ou, para os danos não patrimoniais, no sofrimento ligado à gravidez e nascimento [...]”.<sup>39</sup> Esse termo, contudo, será explorado ao longo do trabalho, de maneira que a presente exposição limita-se a ventilar a controvérsia instaurada na doutrina e jurisprudência.

Por outro viés, alguns trabalhos acadêmicos aventam a possibilidade de reparação pela chance perdida em razão do nascimento indesejado, porquanto os genitores da criança viram-se privados da oportunidade de obstruir a concepção – evento esse considerado aleatório.<sup>40</sup> Insta frisar, por oportuno, o caráter autônomo conferido às chances perdidas, consoante bem elucidada o professor Rafael Peteffi da Silva:

---

<sup>38</sup> Ibid., p. 09.

<sup>39</sup> PINTO, Paulo Mota. Indenização em caso de 'nascimento indevido' e de 'vida indevida' (wrongful birth e wrongful life). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 10. n. 3. Belo Horizonte: Imprensa, 2008. p. 78.

<sup>40</sup> NARDELLI, Eduardo Felipe; ZENI DE SÁ, Priscila. Concepção Indesejada (Wrongful Conception), Nascimento Indesejado (Wrongful Birth) e Vida Indesejada (Wrongful Life): Possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. v. 2. n. 2. 13 dez. 2016. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. p. 163.

[...] essa referida autonomia serviria para separar definitivamente o dano representado pela paralisação do processo aleatório no qual se encontra a vítima (chance perdida) do prejuízo representado pela perda da vantagem esperada, que também se denominou dano final. A vantagem esperada seria o benefício que a vítima poderia auferir se o processo aleatório fosse até o seu final e resultasse em algo positivo [...].<sup>41</sup>

Aliás, destaca o supracitado autor que a certeza de cem por cento em relação ao nexo de causalidade raramente é atingida, razão pela qual a responsabilização pelo dano final é usualmente aplicada pelos juízes quando verificado um alto grau de probabilidade. Dessa forma, infere-se que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada quando a vítima encontra-se impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e o dano final (perda da vantagem esperada).<sup>42</sup>

Nesse compasso, ressalta-se que uma pesquisa promovida pela Universidade de Princeton, nos Estados Unidos, analisou amplamente a eficácia dos métodos contraceptivos, sendo que o teor dos resultados demonstrou que a pílula anticoncepcional, quando utilizada corretamente, possui uma eficácia de 99,7%, enquanto outros métodos de barreira, como os preservativos, em seu uso perfeito, possuem um índice de prevenção de 98%.<sup>43</sup>

Como se vê, certo é que o uso adequado de grande parte dos mecanismos contraceptivos, como mencionado anteriormente, chega a uma eficácia quase absoluta contra eventual gravidez, de maneira que, por se tratar de um índice altíssimo, o nexo de causalidade entre o defeito do contraceptivo (por exemplo o anticoncepcional que é colocado no mercado sem o seu princípio ativo ou a cirurgia de esterilização que não é realizada adequadamente) e o nascimento da criança encontrar-se-ia bem definido e apto a imputar ao agente a responsabilidade pelo dano final.

Diante dessa sucinta explanação é possível verificar que, uma vez afastada a teoria da perda de uma chance nos casos de nascimento inoportuno ocasionado pela falhas de métodos contraceptivos, o ponto central da problemática cinge-se à possibilidade de se considerar o nascimento de uma criança – ou, em outras palavras, o custo e o sofrimento ligados à gravidez –, um dano reparável, em face do interesse jurídico consistente na autonomia reprodutiva.

Com o fito de abordar a temática em sua amplitude, o presente capítulo tratará de questões conceituais e analisará a evolução dos direitos reprodutivos e sexuais no cenário

---

<sup>41</sup> SILVA, 2009, p. 19.

<sup>42</sup> Ibid., p. 142-147.

<sup>43</sup> TRUSSEL, James. Contraceptive failure in the United States. *Contraception*. v. 86, nº 5, 2011. p. 397.

atual para, no segundo capítulo, debruçar-se sobre as decisões do direito nacional e alienígena que versam sobre os casos de nascimento de crianças indesejadas.

### 1.1 A necessidade de consenso semântico entre *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*

O direito norte-americano foi pioneiro ao utilizar as terminologias *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* para designar os casos de nascimentos de crianças de alguma forma indesejadas. Esses três termos não possuem uma definição pacífica entre os doutrinadores, contudo, a fim de otimizar a aceção dos institutos e viabilizar o debate sobre o tema, mostra-se imprescindível a exposição das divergências conceituais e, por conseguinte, o estabelecimento de “acordos semânticos” acerca das nomenclaturas.<sup>44</sup>

Nessa toada, infere-se que o autor Michael Murtaugh utiliza o termo *wrongful birth* de forma ampla para os casos em que os pais postulam indenizações pelo nascimento indesejado de um filho, independentemente de eventual deficiência da criança. Ou seja, a nomenclatura é aplicada, também, aos casos em que o bebê nasce saudável. Já no que tange às ações de *wrongful life*, Murtaugh assevera que o fundamento mais utilizado pelos tribunais para denegá-las é a impossibilidade de se calcular os danos, porquanto, nessas ações, é a própria criança com deficiência que pleiteia uma indenização em razão da sua existência. Assim, nas demandas de *wrongful life* exige-se que o tribunal avalie a diferença entre o valor da vida da criança (causado pela negligência dos médicos que não evitaram a concepção ou dos pais que não realizaram o abortamento, por exemplo) e o de sua inexistência (ou seja, seu valor caso o ato negligente não tivesse ocorrido), o que, segundo a maioria dos tribunais estadunidenses, é incapaz de se medir. O autor ressalva que apenas três estados reconheceram as ações de *wrongful life*: Califórnia, Nova Jersey e Washington.<sup>45</sup>

Em contrapartida, denota-se que a autora Darpana Sheth representa uma corrente doutrinária divergente ao defender que o termo *wrongful birth* deve ser utilizado somente nos casos em que os pais deram à luz crianças com deficiência. Nessas hipóteses de nascimento indesejado, os médicos deixaram de efetuar um diagnóstico preciso sobre as condições do feto e, dessa forma, retiraram dos pais a possibilidade de interrupção da

---

<sup>44</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 395.

<sup>45</sup> MURTAUGH, Michael T. Wrongful birth: the courts' dilemma in determining a remedy for a 'blessed event'. *Pace Law Review*. v. 27, 2007. p. 241.

gravidez.<sup>46</sup> Verifica-se, pois, que a autora restringe a utilização da nomenclatura *wrongful birth*, visto que a designação não contempla os casos de nascimento de filhos saudáveis, ainda que indesejados. Por derradeiro, Sheth esclarece que o termo *wrongful conception* deve ser utilizado quando, em razão de erros na contracepção, como uma cirurgia de esterilização mal realizada, há o nascimento indesejado de crianças saudáveis; enquanto a nomenclatura *wrongful pregnancy* está associada a erros médicos praticados após a concepção, como nos casos de falhas no procedimento abortivo, que dão ensejo ao nascimento indesejado de bebês sadios.<sup>47</sup>

Nesse sentido, observa-se que Mark Strasser tece duras críticas a respeito da não aceitação, por grande parte das cortes estadunidenses, das chamadas *wrongful life actions*. Em sua análise, o autor reconhece que os direitos e as lesões referentes às *wrongful life* são distintos dos casos de *wrongful birth*, contudo, assevera que as razões – pouco persuasivas – apresentadas pelos tribunais para afastar as primeiras, aplicar-se-iam com igual força às últimas. Destarte, o autor conclui que, muito embora os tribunais se recusem a conceder indenizações nos casos de *wrongful life* sob o pretexto de que os danos oriundos da “vida indesejada” são muito especulativos, em outras lides os júris são frequentemente compelidos a realizar avaliações a respeito de casos envolvendo dor, sofrimento e angústia dos litigantes.<sup>48</sup>

No que tange às diferenciações conceituais, Mark Strasser afirma que os tribunais norte-americanos distinguem as *wrongful birth actions* dos *pre-conception torts* sob a fundamentação de que, na primeira categoria, a ação do médico não deu causa à deficiência, enquanto, na última, o erro do profissional da medicina culminou diretamente na má formação do feto.<sup>49</sup> O autor cita, ainda, o caso *Turpin v. Sortini*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1982, que bem elucida a diferenciação suprarreferida:

[...] num caso ordinário de lesão pré-natal [*pre-conception torts*], se o réu não tivesse sido negligente, a criança teria nascido saudável. Neste caso [*wrongful birth*], pelo contrário, o trágico fato é que, se os réus tivessem realizado os seus trabalhos apropriadamente, ela não teria nascido com a audição intacta, mas - de acordo com o autor - não teria nascido [...].<sup>50</sup>

<sup>46</sup> A autora, baseada em pesquisas científicas, afirmou que cerca de oitenta por cento dos fetos diagnosticados com Síndrome de Down são abortados nos Estados Unidos.

<sup>47</sup> SHETH, 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. p. 647.

<sup>48</sup> 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. 55-56.

<sup>49</sup> STRASSER, 1999, p. 52.

<sup>50</sup> Ibid., p. 52. Tradução nossa. “*In an ordinary prenatal injury case, if the defendant had not been negligent, the child would have been born healthy... In this case, by contrast, the obvious tragic fact is that... if defendants had performed their jobs properly, she would not have been born with hearing intact, but according to the complaint would not have been born at all*”.

Além disso, Strasser especifica que, nos casos de *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*, os pais de uma criança saudável, mas não planejada, buscam a reparação pelos danos causados por determinado médico que foi negligente na execução de um procedimento de esterilização ou, ainda, propõem a ação contra um fabricante de medicamentos que, supostamente, falhou na distribuição ou produção de um contraceptivo.<sup>51</sup>

Por conseguinte, nos casos de *wrongful birth*, a demanda é ajuizada pelos próprios pais no intuito de serem ressarcidos pelos danos provenientes do nascimento de uma criança com deficiência, tendo em vista que, nesses casos, o profissional da medicina não obteve o diagnóstico correto acerca do defeito genético (nos pais ou na criança) em tempo hábil para a prática de um aborto eugênico ou, ainda, para impedir completamente a gravidez. De outra parte, Strasser assevera que, nas *wrongful life actions*, a própria criança – pessoa com deficiência – figura no polo ativo da demanda e persegue o ressarcimento pelos danos provenientes do ato ilícito do médico ou fabricante.<sup>52</sup>

Conforme defende Jennifer Mee, para efetuar as distinções básicas entre as três espécies de ações que lidam com o nascimento de crianças indesejadas (*wrongful conception, birth e life*) seria necessário identificar os seguintes fatores: I) o autor da ação; II) o momento em que a suposta negligência ocorreu, se antes ou depois da concepção; III) se a criança nasceu saudável e; IV) se o rebento era planejado pelos genitores.<sup>53</sup>

Para Hensel, a lesão verificada nos casos de *wrongful birth* consiste na perda da oportunidade de interrupção da gravidez; em contrapartida, nas hipóteses de *wrongful life*, a lesão operável seria a própria vida da criança, porquanto, nesses casos, sustenta-se que a inexistência seria preferível à vida.<sup>54</sup>

No meio desse robusto debate jurídico, Hensel formula críticas contundentes sobre o direcionamento dos estudos acadêmicos, visto que, no seu entender, a produção científica se debruçou majoritariamente sobre o impacto dos testes genéticos e a consequente compensação concedida a indivíduos com deficiência e seus cuidadores, sem que a repercussão dessas ações na comunidade de pessoas com deficiência tenha sido objeto de ampla discussão. Para o estudioso, os aspectos problemáticos dessas ações excedem em muito as dificuldades conceituais suprarreferidas, já que essas demandas podem influenciar

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 30.

<sup>52</sup> Ibid., p. 30.

<sup>53</sup> MEE, Jennifer. Wrongful conception: the emergence of a full recovery rule. **Washington University Law Review**. v. 70, n. 3, 1992. p. 892.

<sup>54</sup> HENSEL, Wendy F. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**. vol. 40, 2005. p. 142-143.

sobremaneira o bem-estar psicológico de indivíduos com deficiência, além da imagem pública e aceitação na sociedade.<sup>55</sup>

Ao arremate, Hensel destaca que, ao contrário do que usualmente é debatido nas ações que versam sobre responsabilidade civil, nos casos de *wrongful birth e life* o enfoque é destinado à deficiência, um *status* que, na sua visão, é ao menos parcialmente uma construção social. Assim, nessas ações, torna-se necessário avaliar se uma determinada deficiência é tão comprometedora das faculdades de um indivíduo que seria plausível a escolha de um aborto, contracepção pelos pais ou, ainda, a inexistência da criança com deficiência.<sup>56</sup>

Ainda referente às distinções conceituais, é possível identificar três correntes firmadas nos tribunais de estados norte-americanos: em Minnesota e na Carolina do Norte, o termo *wrongful conception* é utilizado de maneira ampla, sendo aplicado também aos casos envolvendo falhas de testes genéticos e o conseqüente nascimento de uma criança deficiente. Não obstante, nas cortes desses dois estados, para que a hipótese seja enquadrada como *wrongful birth*, é imperioso que o dano requerido pela vítima seja a perda da oportunidade de abortar o feto; os estados de Colorado e Washington filiam-se à corrente majoritária do Direito norte-americano ao considerarem como *wrongful birth* toda a lide que trate sobre o nascimento de crianças deficientes, tanto nos casos em que esse nascimento tenha ocorrido devido a diagnósticos equivocados e a conseqüente perda da chance de abortar o feto, quanto nas hipóteses em que o nascimento decorre da falha de métodos contraceptivos; por fim, os estados de Indiana e Nevada preferem não estipular qualquer nomenclatura especial para esses tipos de ações.<sup>57</sup>

Como se demonstrou, a utilização das terminologias pelo direito americano não é uniforme, contudo, a despeito das divergências, pode-se traçar uma linha majoritária, segundo a qual a expressão *wrongful conception* seria utilizada para designar as ações indenizatórias ajuizadas pelos pais em razão da falha de um método contraceptivo utilizado por eles, que culminou no nascimento de uma criança saudável. De outra parte, o termo *wrongful birth* representaria as ações movidas pelos genitores que, em decorrência da falha do diagnóstico do médico, viram-se privadas da realização de um abortamento ou não puderam evitar a concepção do feto com deficiência. Por fim, *wrongful life* seria a única

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 144.

<sup>56</sup> Ibid., p. 144.

<sup>57</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. Porto Alegre: **Revista da Ajuris**. v. 37. n. 117. mar. 2010. p. 315-316.

hipótese sobre a qual reinaria o consenso, já que, para os autores norte-americanos, nesses casos teríamos sempre o nascimento de uma criança deficiente que ocupa o polo ativo da ação indenizatória.<sup>58</sup>

Adverte Paulo Mota Pinto que as três nomenclaturas apresentadas não representam óbice a uma solução justa e adequada das lides, desde que exista clareza quanto ao que substancialmente está em pauta.<sup>59</sup> No entanto, afigura-se pertinente mencionar que:

[...] uma sistematização mais específica de questões tão controvertidas auxiliaria 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 propiciar a construção de um catálogo de casos específicos, conferindo um padrão mínimo de segurança jurídica.<sup>60</sup>

Em que pese o mosaico de entendimentos apresentados por renomados juristas, o presente trabalho adotará a taxionomia majoritária da doutrina estadunidense, de maneira a viabilizar a melhor compreensão do trabalho e, também, uma discussão clara acerca das possibilidades de responsabilização civil em razão do nascimento de crianças de alguma forma indesejadas.

## 1.2 Pontos de intersecção da temática entre o direito estrangeiro e o ordenamento jurídico brasileiro

Diante das explanações acima, mostra-se difícil, em um primeiro momento, visualizar os casos de *wrongful birth* e *wrongful life* abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em realidade, é evidente que, na hipótese em que a própria criança, pessoa com deficiência, figura no polo ativo da demanda contra um terceiro responsável pelo seu nascimento (*wrongful life*), essa conjuntura “teria pouca ou nenhuma aceitação nas regras de responsabilidade civil entre nós, pois isto implicaria necessariamente no direito de não nascer, independente desta qualidade de vida questionada”.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Ibid., p. 314-315.

<sup>59</sup> PINTO, 2008, p. 77.

<sup>60</sup> SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação Jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 382; 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 ever matter?. **Suffolk University Law Review**. v. 39, 2006. p. 786.

<sup>61</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 353.

Não obstante a discussão acerca das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* seja bastante tênue no atual contexto brasileiro, mormente em razão das reduzidas possibilidades de aborto legal, denota-se que algumas questões ainda merecem ser pontuadas.

Nesse sentido, cumpre frisar que, embora o aborto seja, via de regra, tipificado como crime pelo Código Penal Brasileiro<sup>62</sup>, há duas hipóteses legais de interrupção da gravidez previstas no artigo 128 do referido texto normativo<sup>63</sup>, quais sejam: o aborto necessário ou terapêutico, que é realizado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e o aborto sentimental ou humanitário, que permite a retirada do feto quando a gravidez resulta de um estupro. Como se vê, o aborto imotivado e o aborto eugênico (decorrente de uma anomalia genética do feto) não encontram respaldo no ordenamento pátrio.<sup>64</sup>

Além das duas hipóteses legalmente previstas, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, decidiu, com efeito *erga omnes*, que seria possível a interrupção da gravidez nos casos em que o feto é anencéfalo, dada a impossibilidade de vida extrauterina. Insta frisar que, nos termos do acórdão prolatado, essa possibilidade não configura o chamado aborto eugênico, porquanto o anencéfalo não teria vida em potencial, sendo considerado um natimorto.<sup>65</sup>

Por conseguinte, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 124.306, manifestou-se no sentido de que “o tipo penal do aborto deve ser interpretado conforme a Constituição para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre”.<sup>66</sup> Ressalta-se que a decisão possui caráter *inter partes* e efeito não vinculante.

<sup>62</sup> Esses crimes têm previsão nos artigos 124, 125 e 126, todos do Código Penal.

<sup>63</sup> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

<sup>64</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; REIS, Jordana Maria Mathias dos. A (im)possibilidade da responsabilidade civil do profissional da saúde em razão do *wrongful birth*/ *wrongful life*/ *wrongful conception* frente à microcefalia decorrente do vírus zica e anencefalia. In: FIUZA, Cezar (org.). SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 418.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 124306. Pacientes: Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 de março de 2017. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSiz e=10&queryString=Habeas%20Corpus%20n.%20124.306%2FRJ&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSiz e=10&queryString=Habeas%20Corpus%20n.%20124.306%2FRJ&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Nesse contexto, ao se posicionar pela concessão da ordem de *Habeas Corpus*, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a criminalização do aborto nessas condições violaria:

[...] a) direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; b) liberdade da mulher, que deve ser autônoma em suas escolhas existenciais; c) a integridade física e psíquica da gestante; d) igualdade da mulher, uma vez que, como os homens não engravidam, a única maneira de manter a igualdade de tratamento é respeitar a vontade da mulher. Além disso, a criminalização do aborto nestes termos (antes do marco temporal do primeiro trimestre utilizado em diversos países democráticos do mundo, como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália) ofenderia o princípio da proporcionalidade [...].<sup>67</sup>

Ademais, afigura-se pertinente mencionar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que se encontra sob a relatoria da ministra Rosa Weber. A pretensão consiste, em apertada síntese, na descriminalização do aborto nas primeiras doze semanas de gestação, sob a fundamentação de que os dispositivos 124 e 126 do Código Penal afrontam postulados fundamentais como a saúde e o planejamento familiar das mulheres, bem como os seus respectivos direitos sexuais e reprodutivos.<sup>68</sup>

Outrossim, em decorrência da epidemia do vírus zica e a sua relação com o pico inédito de casos de microcefalia<sup>69</sup> verificados no território nacional, tramita perante o Supremo Tribunal Federal, sob o n. 5581/DF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), ao argumento de que os direitos à autonomia reprodutiva, à saúde e à integridade física e psíquica das mulheres seriam violados pela continuidade forçada da gravidez em sendo o feto diagnosticado com microcefalia.<sup>70</sup>

Como se vê, há uma série de debates judicializados acerca de novas possibilidades de interrupção lícita da gestação, razão pela qual os casos de *wrongful birth* mostram-se cada vez mais tangíveis no âmbito do direito brasileiro.

<sup>67</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 637.

<sup>68</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

<sup>69</sup> Importa ressaltar que “não se confunde a microcefalia com a anencefalia, pois nesta última não haveria vida humana intrauterina [...] em razão de da ausência da atividade cerebral ou ausência de calota craniana e parcela do cérebro” cf. ALMEIDA; SILVA; REIS, 2018. p. 422.

<sup>70</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>>. Acesso em: 21 de março de 2020.

Nessa senda, cumpre mencionar um interessante caso debatido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial n. 1.673.051/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. No juízo de primeiro grau, a criança e sua genitora ajuizaram uma ação de indenização por danos morais e patrimoniais em face do médico obstetra e da operadora do plano de saúde, sob a alegação de que o profissional da medicina agiu negligentemente ao deixar de solicitar um exame capaz de identificar a toxoplasmose que acometia a mãe e que resultou no nascimento da criança com grave comprometimento neurológico, mental e oftalmológico (microcefalia e cegueira) - sequelas relacionadas à toxoplasmose contraída durante a gestação. Ressaltou a genitora que, apesar das dores, da perda de peso e da sua insistência, não foram solicitados os exames necessários, em especial a sorologia para toxoplasmose. Por conseguinte, apenas meses depois, por ocasião da realização da ultrassonografia obstétrica, detectou-se que o perímetro craniano do feto era menor que o normal, sinal de que a criança teria microcefalia.<sup>71</sup>

Da sentença de improcedência dos pedidos foi interposto recurso de apelação, oportunidade em que o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão *a quo*, para condenar solidariamente o médico e o plano de saúde ao pagamento de indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Irresignado, o médico obstetra interpôs Recurso Especial sob os seguintes argumentos: I) o acórdão teria se baseado tão somente na opinião pessoal do perito, sem que o laudo técnico tenha sido decisivo para a formação da convicção dos magistrados; II) a mãe omitiu informações importantes sobre o local em que trabalhava, o que dificultou o diagnóstico; III) a contaminação por toxoplasmose ocorreu no primeiro trimestre de gravidez, contexto em que a mãe não era paciente do recorrente; IV) o acórdão recorrido converteu a atuação médica em atividade de resultado; V) o Tribunal não analisou o percentual que a chance perdida da paciente representou na integralidade do dano por ela suportado; e, VI) o valor arbitrado a título de dano moral seria exorbitante.

O Recurso Especial foi conhecido e, no mérito, parcialmente provido tão somente para que houvesse a readequação do *quantum* indenizatório a título de danos morais. Estabeleceu-se que, na hipótese dos autos, restou sobejamente demonstrada a conduta negligente do médico, que causou um prejuízo concreto à paciente, que não foi diagnosticada tempestivamente, bem como à criança, que nasceu com incontáveis sequelas decorrentes da

---

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1673051/SP. Recorrente: Benjamim Jose Madrid Fernandes. Recorrido: LCTS (menor). Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 de junho 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83288686&nu\\_m\\_registro=201600048656&data=20180608&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83288686&nu_m_registro=201600048656&data=20180608&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 4 de abril de 2020.

toxoplasmose congênita. Ademais, destacou a relatora que, muito embora o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo tenha feito menção à teoria da perda de uma chance, a decisão não especifica “qual das duas foi vítima da perda da chance, se a mãe (por causa da ausência do tratamento adequado) ou a criança (por causa do cerceamento da vida normal)”, razão pela qual a indenização foi fixada, no Recurso Especial, de maneira conjunta.<sup>72</sup>

Destarte, guardadas as diferenças entre os ordenamentos jurídicos, é incontestável a semelhança entre o quadro fático analisado pelo Superior Tribunal de Justiça e o retratado no famoso “Caso Perruche”, considerado um dos precedentes mais polêmicos de todo o direito francês.<sup>73</sup> Nesse precedente, a Sra. Perruche, grávida, foi submetida a exames médicos para constatar se possuía rubéola, já que, caso estivesse acometida pela patologia, procederia a um aborto voluntário (prática legalizada no Direito francês), tendo em vista que a doença pode ocasionar graves sequelas ao feto. Todavia, por um equívoco no resultados do exame, a rubéola não foi detectada, de maneira que, alguns meses depois, Nicolas Perruche nasceu com Síndrome de Gregg. Por conseguinte, tendo em vista que mãe e filho ajuizaram uma ação contra o médico e o laboratório em decorrência do sobredito erro de diagnóstico, indagou-se se haveria, de fato, um prejuízo suportado por Nicolas em razão do seu nascimento. A decisão da Corte de Cassação Francesa no sentido de que tais danos deveriam ser reparados ensejou grande comoção social-jurídica, de maneira que, em resposta a tais debates, “o parlamento francês aprovou, em 4 de março de 2002, uma lei batizada de antiPerruche, que em seu artigo 1º prevê que a ninguém é dado alegar um prejuízo apenas pelo fato de ter nascido”.<sup>74</sup>

A semelhança entre os casos – respeitadas as especificidades de cada ordenamento – evoca a seguinte questão: caso novas hipóteses de interrupção da gravidez sejam contempladas pelo ordenamento, como o aborto eugênico, tornar-se-ia viável, em demandas semelhantes à apresentada no Recurso Especial nº 1.673.051/SP, a responsabilização civil pela perda da oportunidade de abortamento da criança (*wrongful birth*)? Da mesma forma,

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1673051/SP. Recorrente: Benjamim Jose Madrid Fernandes. Recorrido: LCTS (menor). Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 de junho 2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1673051&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=A-COR&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1673051&tipo_visualizacao=RESUMO&b=A-COR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 20 de março de 2020.

<sup>73</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; TARTUCE, Flávio Tartuce (Coord). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 50.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 50.

poderia a própria criança – pessoa com deficiência – figura no polo ativo da demanda com o objetivo de se ver ressarcida pelo dano consubstanciado no seu nascimento (*wrongful life*)?

Sob outro viés, não se pode olvidar que, mormente em razão das avançadas técnicas de diagnósticos genéticos que possibilitam, por exemplo, a averiguação da compatibilidade genética do casal antes da concepção, lides de *wrongful birth* similares às verificadas no direito norte-americano e europeu serão cada vez mais comuns nos tribunais nacionais sem que, para a sua verificação, seja necessário adentrar na polêmica do aborto.

Para melhor elucidar a questão, cita-se um caso julgado pela Corte de Cassação Francesa em 1996 que poderia facilmente configurar uma hipótese de *wrongful birth* no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] um casal procurou um médico para saber quais as chances de seus futuros descendentes sofrerem dos mesmos problemas genéticos do pai. O médico afirmou que não havia chance de transmissão da doença paterna para seus descendentes. Cinco anos mais tarde, o casal concebeu um filho que veio a apresentar exatamente os mesmos problemas que o casal visava evitar. A Corte de Cassação entendeu que havia o nexo causal entre o resultado do exame genético efetuado e a decisão dos autores da ação de indenização de ter um filho, pois nenhum dado permitia que se pensasse que aquela opção seria mantida caso o resultado dos exames genéticos fosse distinto, ou seja, apontasse chance considerável de a criança nascer com os mesmos problemas apresentados por seu pai.<sup>75</sup>

No entanto, muito embora essa possibilidade de *wrongful birth* (atrelada a diagnósticos genéticos anteriores à concepção) possua intersecções promissoras com o direito brasileiro, as lides que ocupam um maior destaque no cenário nacional referem-se às *wrongful conception actions*, notadamente em decorrência do número bastante considerável de ações judiciais em que se discute a responsabilização civil pela falha de métodos contraceptivos – como a pílula anticoncepcional, as cirurgias de esterilização, entre outros.

Dessa forma, tendo em vista a ostensiva conexão entre o fenômeno da *wrongful conception* e a jurisprudência pátria, o presente trabalho será voltado especificamente para a análise dessa categoria de reparação por nascimentos indesejados.

### **1.3 A tutela conferida à autonomia reprodutiva e ao direito ao planejamento familiar cenário nacional e no plano internacional**

Conforme já restou sobejamente demonstrado, a autonomia reprodutiva dos genitores é comprometida nos casos de nascimento indesejado de crianças em razão da falha de métodos contraceptivos. Assim, a análise das ações de *wrongful conception* exige, em

---

<sup>75</sup> SILVA, 2010, p. 322.

certa medida, a compreensão dos direitos reprodutivos e a importância que eles ocupam nos cenários nacional e internacional.

Prefacialmente, algumas questões merecem ser pontuadas no que tange à conceituação dos direitos reprodutivos:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.<sup>76</sup>

À luz do exposto, verifica-se que esses direitos permeiam as dimensões individuais e sociais, já que, além de estarem ligados à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas, também vinculam-se às pautas de saúde, educação e segurança, que têm como finalidade proporcionar os meios necessários para o exercício livre e consciente dessas funções biológicas.<sup>77</sup>

Insta frisar que, na contemporaneidade, a concepção de família como um núcleo econômico e reprodutivo foi superada, e o seio familiar passou a configurar uma entidade socioafetiva destinada à transmissão da cultura e à formação da pessoa humana digna. Dessa forma, a estruturação familiar tradicional deixou de ser a única contemplada pelo ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, houve a democratização de outros arranjos familiares.<sup>78</sup>

Nessa senda, conforme assinala Gustavo Tepedino, a milenar concepção da família como “instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”.<sup>79</sup>

Essa superação do caráter instrumental da família reflete diretamente na consolidação dos direitos reprodutivos, porquanto:

Se antes atrelada a valores matrimoniais e patrimoniais, o desejo de ter um filho constituía uma das finalidades do casamento, como consequência natural da satisfação do ‘débito conjugal’, agora, desvinculada das exigências de uma união formal, passa a ser concebida como um projeto de vida, intimamente relacionado à autonomia reprodutiva e ao próprio desenvolvimento da personalidade de quem almeja ser genitor.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília, DF: Ed. do Autor, 2009. p. 19.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>78</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 41-42.

<sup>79</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares, In: BARRETO, Vicente (coord). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 48-49.

<sup>80</sup> ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: Giselda Maria F. Novaes Hironaka; Romualdo Baptista dos Santos. (Org.). **Direito Civil:**

Destaca-se que a autonomia reprodutiva compreende conteúdos negativos e positivos: o primeiro refere-se à defesa contra qualquer ingerência, privação ou limitação da liberdade de escolha quanto a procriar ou não; e o segundo diz respeito ao direito positivo de decidir se, quando e como procriar e desenvolver a atividade de genitor.<sup>81</sup> Essa liberdade de disposição sobre as faculdades reprodutivas é abordada, no Direito de Família, sob a denominação de “planejamento familiar”.

Dentro da ordem jurídica pátria, percebe-se que o próprio constituinte deu ênfase ao planejamento familiar no art. 226, § 7º, do Texto Maior, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.<sup>82</sup>

Na mesma tônica é a conceituação encontrada no artigo 1.565, § 2º, do Código Civil: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.<sup>83</sup> Cinge-se ao exposto, ainda, o Enunciado n. 68 da II Jornada de Direito da Saúde, que assim preceitua: “Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”.<sup>84</sup>

Carlos Roberto Gonçalves traça algumas balizas referentes ao planejamento familiar:

O planejamento familiar envolve aspectos éticos e morais. Assunto de tal magnitude para qualquer casal não pode prescindir da ética, da religião e de certa dose de maturidade. Por essa razão, a lei submete-o à livre decisão do casal, devendo, no entanto, ser orientado pelo princípio da paternidade responsável, por força da norma constitucional retromencionada, que impõe ainda ao Estado o ônus

---

Estudos I Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa IBDCIVIL. 1. ed. São Paulo: Blucher, 2018. p. 421-422.

<sup>81</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 779-783.

<sup>82</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 22 de março de 2020.

<sup>83</sup> BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 23 de março de 2020.

<sup>84</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **II Jornada de Direito da Saúde**: enunciados aprovados nº 46 a 68. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/contendo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>> Acesso em: 22 de março de 2020.

de estabelecer programas educacionais e assistenciais nesse campo, propiciando os recursos financeiros necessários.<sup>85</sup>

A Lei n. 9.263 de 1996, por sua vez, estabelece uma política de planejamento familiar, orientada por ações educativas e preventivas, bem como pela garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Infere-se, ainda, que o referido texto normativo admite a esterilização cirúrgica (laqueadura tubária, vasectomia e outras técnicas cientificamente aceitas) como método contraceptivo para fins de planejamento familiar, desde que o ato cirúrgico seja realizado em homens e mulheres com plena capacidade civil, maiores de vinte e cinco anos ou que possuam, pelo menos, dois filhos vivos<sup>86</sup>. Menciona-se, por oportuno, que a lei veda a esterilização por meio de histerectomia (remoção do útero) e ooforectomia (extirpação do ovário), além de exigir o consentimento expresso de ambos os cônjuges em caso de vigência da sociedade conjugal.<sup>87</sup>

Muito embora o ordenamento nacional consagre a ingerência estatal no que tange às faculdades reprodutivas, é imperioso destacar que tal cenário jurídico decorreu de um esforço social, sobretudo de grupos feministas, iniciado a partir dos anos 80. Destarte, a partir da redemocratização nacional, alguns movimentos passaram a pleitear o implemento das políticas de saúde, o acesso à informação e a disponibilização de meios para o exercício pleno da autonomia procriativa.<sup>88</sup>

Além disso, a crise econômica iniciada nos anos 80 abalou significativamente as teses pró-natalistas difundidas até então, diante da iminente escassez de recursos, bem como da circulação de estudos no sentido de que o crescimento populacional desenfreado comprometeria a integridade ambiental. Ao arremate, tem-se que as políticas de fecundidade ganharam relevância a partir do processo de industrialização, da entrada da mulher no mercado de trabalho e, também, das mudanças estruturais nas relações de gêneros.<sup>89</sup>

No plano internacional, o primeiro diploma normativo a tratar especificamente sobre os direitos reprodutivos foi a Proclamação de Teerã, oriunda da I Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em 1968, cujo item 16 dispõe que “Os pais têm o direito humano básico de determinar de forma livre e responsável o número e o espaçamento dos seus filhos”.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. vol. 6. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 178.

<sup>86</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 113.

<sup>87</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 493.

<sup>88</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009. p. 29.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>90</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 921.

Em seguida, a Convenção da Organização das Nações Unidas pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, realizada em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984, determinou que os Estados Partes deveriam suprimir qualquer desigualdade entre homens e mulheres nos assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, além de viabilizar o acesso à informação, à educação e aos meios que permitam o exercício livre e seguro dessas faculdades.<sup>91</sup>

Cumprido destacar que, na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, concluída em Viena no ano de 1993, estabeleceu-se que os direitos reprodutivos das meninas e mulheres são inalienáveis e constituem parte indivisível dos direitos humanos, razão pela qual os Estados e as instituições governamentais e não governamentais devem implementar políticas públicas que viabilizem e promovam a concretização das faculdades ligadas à reprodução, além de intensificar esforços para eliminar eventuais violações a essas prerrogativas.<sup>92</sup>

Nesse viés, tem-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD - Conferência de Cairo), realizada em 1994, que tratou especificamente sobre os direitos reprodutivos em seu Plano de Ação:

[...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento.<sup>93</sup>

Há que se destacar, ainda, que a Conferência de Beijing, realizada em 1995, reafirmou que os direitos reprodutivos constituem parte inalienável dos direitos humanos. Além disso, discriminou, em um rol não exaustivo, algumas características ínsitas aos direitos reprodutivos, sendo elas: o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer qualquer tipo de coerção, de decidir sobre o número de filhos e o intervalo entre os

---

<sup>91</sup> Ibid., p. 921.

<sup>92</sup> VENTURA, 2009, p. 25-26.

<sup>93</sup> ONU. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo**. 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 22 de março de 2020.

seus nascimentos, bem como o de ter livre acesso à informação e ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.<sup>94</sup>

Afigura-se pertinente mencionar que os Pactos e Convenções supracitados foram ratificados pelo Brasil integram, portanto, o ordenamento jurídico nacional.<sup>95</sup>

Resta incontestado, portanto, a relevância que os direitos reprodutivos ostentam tanto na experiência normativa brasileira quanto no cenário internacional. Contudo, conforme destaca Piovesan<sup>96</sup>, a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno recente, já que a sua consolidação foi efetivada a partir dos instrumentos internacionais editados ao longo dos anos 90.

Nessa toada, a faceta dos direitos reprodutivos que mais interessa à análise dos casos de *wrongful conception* é a que dispõe sobre a autodeterminação individual para o exercício da reprodução humana. Para a concretização dessa autonomia, atos de ingerência externa que violem o direito de escolha dos genitores, e causem danos, merecem ser reprimidos e penalizados.

Carnaúba defende que um determinado interesse individual somente estará resguardado “caso o Direito reconheça que a lesão a esse interesse constitua um dano reparável. O dano é, portanto, a maneira como o Direito seleciona os interesses que quer proteger por meio da responsabilidade”.<sup>97</sup> Em outras palavras, o autor defende que a autonomia reprodutiva dos indivíduos estará concretamente protegida e amparada pelo ordenamento jurídico na medida em que a sua violação for considerada um dano e, portanto, objeto de responsabilização. Nesse sentido, De Cupis, acertadamente, elucida: “Lo que el derecho tutela, el daño vulnera”.<sup>98</sup>

Torna-se imperioso fazer uma ressalva, com base nos ensinamentos do professor Dr. Rafael Peteffi da Silva, acerca da polissemia que o termo “interesse” pode apresentar: há, de um lado, o interesse que subjaz à teoria do dano, acepção essa que consiste, em suma, na possibilidade concreta de um indivíduo específico satisfazer determinada necessidade a partir da utilização de um bem<sup>99</sup>; e, de outra parte, há a noção de interesse juridicamente protegido vinculada ao elemento da antijuridicidade.

---

<sup>94</sup> PIOVESAN, 2018. p. 486-487.

<sup>95</sup> VENTURA, 2009, p. 25-26.

<sup>96</sup> Ibid., p. 507.

<sup>97</sup> CARNAÚBA, 2016, p. 284.

<sup>98</sup> DE CUPIS, Adriano. **El Daño**. trad. ao espanhol por Angel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975. p. 109. In: RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15.

<sup>99</sup> Essa conceituação foi explanada no início do presente trabalho, ocasião em que foram expostas as múltiplas correntes que se debruçam sobre a definição do dano.

À luz dessa problemática, o próximo capítulo demonstrará como os tribunais norteamericanos, europeus e brasileiros têm decidido os casos de *wrongful conception* e apresentará múltiplas teses que fundamentam os arrazoados.

## 2 WRONGFUL CONCEPTION

Segundo a taxionomia majoritária encontrada no direito norte-americano e também adotada na presente pesquisa, as hipóteses de *wrongful conception* abarcam os casos de falhas em métodos contraceptivos que culminaram no nascimento de crianças saudáveis, mas indesejadas. É interessante observar que trinta e dois estados americanos admitem a reparação por esse tipo de dano, ainda que a extensão da reparação, em geral, não compreenda todos os prejuízos experimentados pelos genitores.<sup>100</sup> Os tribunais brasileiros seguem uma linha semelhante ao se depararem com os casos de *wrongful conception*, apesar de não haver uma unanimidade acerca da configuração do dano e, sobretudo, acerca da extensão da reparação. Outros países, contudo, não apresentam uma tendência tão nítida quanto à concessão dessas indenizações.

Inobstante a elementar divergência que se verifica ao estudar o Direito Comparado, as decisões que versam sobre esse tema são alvo de especial controvérsia por tratarem de pontos sensíveis dos mais variados espectros da vida humana, posto que a responsabilização civil pelo nascimento indesejado de crianças é uma discussão que permeia a religião, a cultura e o até mesmo o senso político de determinada comunidade.

Feitas as necessárias ponderações, debruçar-se-á sobre as decisões mais emblemáticas preferidas pelas cortes estadunidenses, europeias e brasileiras, a fim de que sejam traçadas algumas tendências jurisprudenciais e travadas discussões acerca das lides que versam sobre as hipóteses de *wrongful conception*.

### 2.1 Jurisprudência estadunidense

Conforme destaca Murtaugh<sup>101</sup>, foram inexitosas as primeiras ações propostas nos tribunais estaduais norte-americanos por genitores que buscavam o ressarcimento pelo nascimento indesejado de uma criança. O autor destaca que, no primeiro caso registrado, *Christensen v. Thornby*, julgado em 1934, a Suprema Corte de Minnesota indeferiu o pedido formulado por um casal que acabou dando à luz o segundo filho após o cônjuge ter se submetido à uma cirurgia de vasectomia. A referida cirurgia de esterilização, consoante restou comprovado nos autos, foi uma recomendação médica para evitar uma gravidez de risco, já que a esposa havia experimentado uma grande dificuldade na primeira gestação.

---

<sup>100</sup> SILVA, 2015, p. 385.

<sup>101</sup> MURTAUGH, 2007, p. 251-252.

Dessa forma, tendo em vista que, no caso em análise, o bem tutelado pela vasectomia era a vida da esposa – sem que a realização do procedimento tivesse qualquer relação com a economia de despesas advindas da gravidez e do parto –, e que a gestação teve seu curso sem maiores complicações, a Suprema Corte entendeu que o casal não sofreu nenhum dano, mas, ao contrário, que os cônjuges tinham sido “abençoados com a paternidade de outro filho”.<sup>102</sup>

A discussão ressurgiu vinte anos mais tarde, quando a Corte da Pensilvânia decidiu o caso *Shaheen v. Knight*. Contudo, nessa oportunidade, o tribunal afastou qualquer possibilidade de reparação ao argumento de que o nascimento de uma criança seria sempre um “evento abençoado” na vida dos genitores. O aludido arrazoado menciona, ainda, que a procriação é o “grande objetivo do casamento”.<sup>103</sup>

Não obstante o caso *Griswold v. Connecticut* não trate especificamente sobre *wrongful conception*, o arrazoado representou um grande avanço na consolidação dos direitos à autonomia reprodutiva e ao planejamento familiar. A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1965, consagrou o direito das mulheres ao uso de contraceptivos e serviu de paradigma para outros acórdãos no mesmo sentido.<sup>104</sup>

Um novo enfoque foi concedido a essas ações a partir do caso *Custodio v. Bauer*, já que a Corte de Apelação da Califórnia, ao decidir a lide em 1967, manifestou-se favoravelmente ao pedido indenizatório de uma mulher que deu à luz o seu décimo filho após a realização mal sucedida de uma laqueadura. Há que se ressaltar, todavia, que tribunal só admitiu os pedidos formulados na ação por entender que a reparação não era devida em razão no nascimento em si, mas por conta das necessidades econômicas que a família teria que suportar com a chegada de um novo integrante. Outra peculiaridade é que a reparação concedida à família abarcou os custos das despesas com a educação e criação do menino até a sua idade adulta.<sup>105</sup>

Em 1973, a Suprema Corte julgou o histórico caso *Roe v. Wade*, que reafirmou a autodeterminação reprodutiva dos indivíduos e o direito à livre escolha quanto à constituição – ou não – de descendência. No que tange a esse emblemático arrazoado, cumpre sublinhar os apontamentos realizados por Rafael Peteffi da Silva:

---

<sup>102</sup> MURTAUGH, 2007, p. 251-252.

<sup>103</sup> SILVA, 2010, p. 317.

<sup>104</sup> MURTAUGH, op. cit., p. 244.

<sup>105</sup> MEDINA, Graciela; 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. p. 432. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1528/13.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2020.

O caso Roe serve como pedra de toque de toda a sustentação constitucional das espécies de reparação de dano tratadas neste artigo, mas especificamente para o estudo do *wrongful conception* sua importância destacada está no fato de ter explicitamente negado o argumento de que o nascimento de uma criança é, em qualquer circunstância, um “evento abençoado”. Destarte, as razões da decisão possuem argumentos que ressaltam poder a maternidade ou a prole adicional impor uma vida estressante à mãe, pois a criação de uma criança pode ser causa de verdadeiro perigo para a sua saúde física e mental.<sup>106</sup>

Ronald Dworkin, ao estudar o caso *Roe v. Wade*, asseverou que essa se tratava da lide mais famosa já decidida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo em vista a “polarização interminável” a que deu fruto, já que alguns grupos atacaram ferozmente a decisão prolatada, enquanto outros a defenderam com a mesma veemência.<sup>107</sup>

Insta ressaltar que a Suprema Corte dos Estados Unidos exerce o papel de uniformização da jurisprudência no país e interpreta as decisões proferidas nos cinquenta sistemas estaduais autônomos à luz da Constituição Federal. Dessa forma, tendo em vista amplitude de sua competência, o caso *Roe v. Wade* refletiu em âmbito nacional e foi utilizado como base para inúmeras pautas, consoante destaca Richard Posner:

Roe vs. Wade é o judeu errante do direito constitucional. O caso iniciou seu trajeto na cláusula do devido processo legal, mas isso o transformou em um caso de devido processo legal substantivo. Daí em diante, choveu canivetes. Laurence Tribe primeiramente o situou na cláusula do estabelecimento da religião da Primeira Emenda, depois voltou atrás. O bastão foi então pego por Dworkin, que se apoiou na combinação da cláusula do livre exercício com a do estabelecimento de religião. As feministas, como veremos, tentaram espremer o caso Roe vs. Wade para fazê-lo caber na cláusula da igual proteção das leis. Outros tentaram colocá-lo no interior da Nona Emenda (obviamente; porém, se eu estiver certo, não há interior); e outros (inclusive Tribe), dentro da Décima Terceira Emenda, que proíbe a escravidão e os trabalhos forçados. Espero pelo dia em que alguém situará o caso na cláusula de desapropriação, na cláusula da forma republicana de governo (e, a partir disso, um juiz intrépido poderia cogitar a totalidade da Declaração de Direitos e da Décima Quarta Emenda) ou na cláusula dos privilégios e das imunidades da Décima Quarta Emenda. Esta não é uma questão de quanto mais melhor, como sugere Dworkin; mas sim uma busca desesperada por bases textuais, e uma busca que falhou.<sup>108</sup>

Por conseguinte, em 1979, um tribunal de apelações em Illinois julgou o caso *Wilczynski v. Goodman*, e permitiu que os pais demandantes fossem ressarcidos pelos custos hospitalares e médicos resultantes de um aborto realizado de forma negligente. No entanto, a aludida corte sustentou que conceder uma indenização para ressarcir as despesas resultantes da criação da criança iria contra a política legal de favorecer o parto em detrimento do aborto.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> SILVA, 2015. p. 383.

<sup>107</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 142-143.

<sup>108</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins, 2009. p. 193.

<sup>109</sup> MURTAUGH, 2007, p. 254.

Outros tribunais apresentaram justificativas diferentes para alcançar o mesmo resultado. Cita-se, a título exemplificativo, a decisão prolatada pela Suprema Corte de Wisconsin no sentido de que os custos normais com a criação não poderiam ser indenizados pois tal concessão excederia a culpabilidade do médico negligente. Além disso, a Corte de Apelações da Flórida, em 1980, ao julgar o caso *Public Health Trust v. Brown*, retomou o argumento de *Shaheen v. Knight* ao defender que o nascimento de uma criança saudável não poderia ser considerado um dano.<sup>110</sup>

Cumprе ressaltar, ainda, que em *Kingsbury v. Smith* (1982), o réu, Dr. Thompson, realizou uma laqueadura na senhora Kingsbury, autora da demanda, sendo que, dezoito meses após a cirurgia, a demandante deu à luz o quarto filho. A Suprema Corte de Nova Hampshire, instada a resolver a lide, sustentou que os elementos próprios do dano seriam tão somente os resultados diretos e prováveis do ato ilícito. Nessa senda, o tribunal limitou a indenização ao custo da esterilização, despesas médicas, danos morais e rendimentos perdidos em decorrência da gravidez. Por outro lado, o tribunal entendeu ser indevida a indenização pelos custos com a criação do filho, ao argumento de que esse valor configuraria um lucro inesperado ao réu.<sup>111</sup>

Em caráter análogo decidiram os magistrados ao julgarem o caso *Wilbur v. Kerr*, também em 1982. No entanto, o fundamento apresentado pela Suprema Corte do Arkansas para afastar a indenização pelos custos da criação consistia no surgimento da figura de um “bastardo emocional”, pois o filho se sentiria renegado ao tomar conhecimento de que todas as suas despesas eram arcadas por um terceiro estranho à família.<sup>112</sup>

Por outro lado, impende mencionar que, no caso *Ochs v. Borreli*, julgado em 1982, a Suprema Corte de Connecticut reafirmou os direitos concedidos às mulheres desde os julgamentos de *Griswold e Roe* e determinou que todos os danos causados pelo médico que violou esses direitos deveriam ser ressarcidos, inclusive os decorrentes do custo com a criação do filho. Contudo, os magistrados delegaram um outro *locus operacional* à teoria do evento abençoado ao afirmarem que, no momento do cálculo do dano, o regozijo oriundo do nascimento de uma criança deveria ser levado em consideração. Para tanto, uma compensação deveria ser procedida entre o prejuízo patrimonial experimentado pelos pais e a felicidade com o nascimento do filho.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> MURTAUGH, 2007, p. 254-255.

<sup>111</sup> Ibid., p. 260-262.

<sup>112</sup> SILVA, 2015. p. 384.

<sup>113</sup> Ibid., p. 384.

Destaca-se que, em 1989, a Suprema Corte de Ohio, ao decidir o caso *Johnson v. University Hospitals*, sustentou que, para resolver as demandas de *wrongful conception*, a teoria da recuperação limitada seria a mais apropriada. Na hipótese delineada nos autos, três médicos agiram culposamente ao realizar a ligadura tubária em uma mulher, de maneira que, após o procedimento, ela engravidou. Como resultado, ela deu à luz uma criança saudável e requereu judicialmente uma indenização pela dor e angústia decorrentes do nascimento inoportuno, bem como pelas despesas ligadas à gravidez e à educação da criança. O tribunal, após explorar as abordagens efetuadas por outros estados, não achou conveniente conceder a indenização pelas despesas com a educação da criança ao argumento de que esses custos seriam muito especulativos. Além disso, a corte argumentou que a política pública de Ohio ditava que o nascimento de uma criança saudável não poderia ser considerado um prejuízo para os seus pais. Assim, o tribunal sustentou que somente o legislador de Ohio, ao equilibrar as filosofias sociais concorrentes, poderia decidir se as despesas decorrentes da criação poderiam configurar prejuízos reparáveis. Ao arremate, afirmou que outros danos, como as despesas médicas, a perda de salários e o sofrimento emocional, por exemplo, deveriam ser indenizados.<sup>114</sup>

Em 1990, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts reacendeu as discussões acerca dos danos passíveis de indenização ao julgar o caso *Burke v. Rivo*. A autora da demanda, Carole Burke, submeteu-se a um procedimento de esterilização porque a família enfrentava dificuldades financeiras. Em que pese o médico, réu na lide, tenha recomendado e realizado um procedimento de cauterização que supostamente impediria outra gravidez, Carole deu à luz outro filho tempos após a cirurgia. A Suprema Corte, então, concordou que os danos decorrentes do ato ilícito do médico englobariam, no mínimo, o custo do processo de esterilização e os prejuízos diretamente decorrentes da gravidez, como os salários não recebidos pela autora, as despesas médicas, os valores despedidos com a criação dos outros filhos enquanto a autora estava incapacitada, além das despesas com o segundo procedimento de esterilização.<sup>115</sup>

No entanto, a celeuma consistia na possibilidade de a autora ser ressarcida pelos gastos com a criação do filho inesperado. O tribunal então asseverou que a despesa associada à criação do filho não planejado era uma consequência razoavelmente plausível, natural e provável do ato ilícito praticado pelo réu (a falha na cirurgia de esterilização). Dessa forma,

---

<sup>114</sup> ALVAREZ, Irida J. A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases. **Boston College Law Review**. v. 41. 2000. p. 595-596.

<sup>115</sup> MURTAUGH, 2007, p. 279-281.

a corte de Massachusetts concluiu que os pais de uma criança saudável, mas – ao menos inicialmente – indesejada, fariam jus à indenização pelas despesas com a criação e educação da criança, caso a motivação para a realização da cirurgia de esterilização estivesse baseada em aspectos financeiros.<sup>116</sup>

Com essa decisão emblemática, o tribunal de Massachusetts juntou-se à corrente minoritária que admite o ressarcimento pelos custos de criar uma criança saudável até a idade adulta. Não obstante, é comum que, nessas lides, haja uma compensação entre os benefícios auferidos pelos pais e os danos oriundos do nascimento indesejado.<sup>117</sup>

Por conseguinte, a Suprema Corte de Wisconsin, em 1990, ao julgar o caso *Marciniac v. Lundborg*, adotou um posicionamento diverso dos anteriormente expostos. A lide versava sobre o nascimento indesejado de uma criança após a realização negligente de uma cirurgia de laqueadura. Restou claro nos autos que a demandante optou pelo procedimento de esterilização motivada por questões financeiras, já que possuía outros filhos e trabalhava vinte e cinco horas por semana.<sup>118</sup>

O tribunal entendeu que os custos com a educação da criança não seriam especulativos, já que em outras demandas, como as que tratavam de *wrongful death*, cálculos semelhantes eram costumeiramente efetuados. Além disso, a corte constatou que esses prejuízos não seriam desproporcionais quando sopesados com o grau de culpabilidade do médico, pois se tratavam de danos previsíveis.<sup>119</sup>

No que tange ao suposto surgimento da figura de um “bastardo emocional”, os magistrados afastaram tal hipótese sob a fundamentação de que a indenização não afetaria negativamente o psicológico da criança, mas aliviaria os encargos econômicos da família e possibilitaria uma vida mais confortável aos filhos. No mais, ao contrário da linha traçada pelos demais tribunais, a Suprema Corte de Wisconsin considerou que não seria adequado impor aos pais os custos com a criação do filho quando eles procuravam precisamente evitar essas despesas. Por fim, estabeleceu que não deveria haver qualquer compensação entre os danos patrimoniais e a vantagem anímica advinda do nascimento de uma criança, tendo em vista que tal benefício não era almejado pelos genitores.<sup>120</sup>

Em 2000, a Suprema Corte de Ohio julgou o caso *Simmerer v. Dabbas*, no qual a demandante, Theresa Simmerer realizou um procedimento de esterilização com o Dr. Dabbas

---

<sup>116</sup> Ibid., p. 279-281.

<sup>117</sup> Ibid., p. 260-262.

<sup>118</sup> ALVAREZ, 2000, p. 596-597.

<sup>119</sup> Ibid., p. 596-597.

<sup>120</sup> Ibid., p. 596-597.

após o nascimento do seu segundo filho. Contudo, o profissional da medicina atuou de forma negligente durante a cirurgia, razão pela qual a parte autora deu à luz mais um filho, Steven, que nasceu com problemas cardíacos congênitos e faleceu com apenas quinze meses de vida.<sup>121</sup>

Inobstante o caso retratado verse sobre o nascimento de uma criança com deficiência, a corte enfrentou a lide como *wrongful pregnancy*, pois não havia nexos causal entre a conduta do médico e o problema cardíaco da criança, já que não ocorreu falha no dever de informar ou negligência no aconselhamento médico, o que supostamente afastaria a hipótese de *wrongful birth*.<sup>122</sup>

A Suprema Corte de Ohio então decidiu que as despesas médicas e os danos emocionais associados ao nascimento de uma criança com deficiência não seriam reembolsáveis em uma ação de *wrongful pregnancy* quando a deficiência “não era razoavelmente previsível pelo réu que realizou de maneira negligente o procedimento de esterilização”.<sup>123</sup>

Ademais, com o escopo de ilustrar como os tribunais têm se manifestado acerca dos danos emocionais e psíquicos provenientes do nascimento indesejado de uma criança, cita-se o curioso caso *Hardin v. OGA*, julgado em 2017 pela Corte de Apelação do Texas. O apelo versa sobre a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes do roubo de um esperma armazenado em um laboratório de criopreservação, sendo que o material genético foi posteriormente utilizado para dar à luz uma criança saudável. Os autos delineiam o seguinte:

Antes de passar por uma vasectomia, Layne Hardin [autor da demanda] contratou os serviços do Obstetrical and Gynecological Associates PLLC (OGA), um laboratório de criopreservação, para que o seu esperma fosse congelado e armazenado. O contrato de armazenamento era entre o laboratório, Hardin, e a então companheira de Hardin, Katherine LeBlanc. O contrato, assinado em 2002, previa que a LeBlanc receberia autoridade sobre o esperma caso o relacionamento entre Hardin e LeBlanc terminasse. Hardin e LeBlanc terminaram o relacionamento alguns anos depois, quando Hardin começou a namorar Tobie Devall. Durante o relacionamento, Hardin disse a Devall que seu material genético estava armazenado em um laboratório em Houston, e eles foram ao laboratório para realizar consultas sobre a possibilidade de Devall conceber um filho. Depois que o relacionamento terminou, Devall iniciou o tratamento de fertilidade, removeu o esperma congelado de Hardin do laboratório de criopreservação sem o seu

---

<sup>121</sup> MEDINA; WINOGRAD, 2001. p. 452-453.

<sup>122</sup> Ibid., p. 452-453.

<sup>123</sup> Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/ohio/supreme-court-of-ohio/2000/2000-ohio-232.html>>. Acesso em: 2 de abril de 2020. Tradução nossa. “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”.

consentimento, submeteu-se a um procedimento de inseminação, e deu à luz um menino saudável (cujo pseudônimo é Mack).<sup>124</sup>

O autor da demanda alegou que, para além da angústia a que foi submetido em razão do nascimento inoportuno de Mack, outros sofrimentos foram desencadeados pelo comportamento abusivo de Devall, já que a ré deturpou o conteúdo do formulário médico e o mostrou a pessoas da pequena comunidade de Louisiana, no intuito de prejudicá-lo. Layne Hardin processou Devall pelo sofrimento emocional causado e a *Obstetrical and Gynecological Associates* pela quebra do contrato. O tribunal de julgamento então asseverou que a angústia emocional decorrente do nascimento e da criação de uma criança saudável não pode ser considerada uma lesão reparável.

A lide trouxe à tona discussões acerca dos danos passíveis de reparação nos casos ligados a nascimentos indesejados. Nesse aspecto, a jurisprudência desenvolvida pelo estado do Texas limita substancialmente as indenizações, mormente sob a fundamentação de que o nascimento de uma criança saudável – mas indesejada – não pode ser considerado um dano. A título exemplificativo, tem-se o caso *Hickman v. Myers*, julgado em 1982 pela Corte de Apelação do Texas, cuja decisão revela os seguintes posicionamentos: “não se pode dizer que um pai foi danificado pelo nascimento e criação de um filho normal e saudável”<sup>125</sup> e, ainda, “os benefícios intangíveis resultantes da criação de um filho saudável superam a perda econômica dos genitores”.<sup>126</sup>

Outro caso bastante curioso é o *Doherty v. Merck & CO., Ink*, julgado em 2018 por uma das Cortes de Apelação dos Estados Unidos. Do teor dos autos extrai-se que, em janeiro de 2012, Kayla Doherty foi a um centro de saúde no estado de Maine para obter recomendações médicas acerca de um método contraceptivo que melhor se adaptasse às suas

<sup>124</sup> Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/intxco20170606793>>. Acesso em: 30 de março de 2020. Tradução nossa. “*Before undergoing a vasectomy, Layne Hardin contracted to have his sperm frozen and stored at a cryopreservation lab later operated by Obstetrical and Gynecological Associates PLLC (OGA). The storage contract was between the lab, Hardin, and Hardin's then-domestic partner, Katherine LeBlanc. The contract, signed in 2002, provided that LeBlanc was given dispositional authority over the sperm in the event the relationship between Hardin and LeBlanc ended. Hardin and LeBlanc ended their relationship a couple years later when Hardin began dating Tobie Devall. During the course of their relationship, Hardin told Devall that his sperm was stored in a Houston lab, and they went to OGA for consultation regarding Devall's ability to conceive. After their relationship ended, Devall initiated fertility treatment, removed Hardin's frozen sperm from the cryopreservation lab without his consent, had herself inseminated, became pregnant, and gave birth to a healthy boy (pseudonymously referred to as Mack)*”.

<sup>125</sup> Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/intxco20170606793>>. Acesso em: 30 de março de 2020. Tradução nossa. “*A parent cannot be said to have been damaged by the birth and rearing of a normal, healthy child*”.

<sup>126</sup> Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/intxco20170606793>>. Acesso em: 30 de março de 2020. Acesso em: 30 de março de 2020. Tradução nossa. “*the intangible benefits of parenthood far outweigh the associated monetary burdens*”.

necessidades. No local, um médico lhe indicou um contraceptivo subcutâneo fabricado pela empresa Merck & CO., Ink, sendo que, após um mês, Doherty retornou ao centro de saúde para a inserção do dispositivo.<sup>127</sup>

Aproximadamente um ano após a realização do procedimento, a autora se dirigiu a um centro hospitalar para que o contraceptivo fosse retirado, contudo, os profissionais do local não conseguiram localizar o produto no braço da demandante. No dia seguinte, uma enfermeira do centro de saúde relatou à Doherty que o médico responsável pelo implante acreditava que o dispositivo não havia sido inserido na paciente. Dessa forma, em julho de 2014, a requerente deu à luz uma criança saudável.<sup>128</sup>

Em 2015, Kayla Doherty passou a perseguir judicialmente o ressarcimento pelos danos psicológicos e patrimoniais experimentados pelo nascimento indesejado de uma criança saudável, tendo em vista que o contraceptivo fabricado pela Merck & CO., Ink estava com defeito. A demandante também processou o governo federal, já que foi um médico de um centro de saúde financiado pelo governo que implantou, sem sucesso, o produto fabricado pela Merck. Em sua narrativa, a autora ressalta o sofrimento decorrente do nascimento indesejado, as despesas médicas com a gravidez e os salários que deixou de auferir durante o período gestacional. Além disso, após o nascimento do filho, Doherty necessitou de acompanhamento psicológico, sobretudo em decorrência da sua condição de “mãe solteira”<sup>129</sup>.

Em suas defesas, os réus alegaram que o Estatuto de Wrongful Birth do Estado de Maine impede a pretensão autoral na medida em que proíbe qualquer indenização motivada pelo nascimento de uma criança saudável. Em contrapartida, a autora sustentou a inconstitucionalidade do referido Estatuto em face da Constituição do Maine e, também, em relação à Constituição Federal Estadunidense. Ademais, a demandante asseverou que o texto normativo viola direitos fundamentais por estar pautado em concepções morais que interferem de forma inadmissível na autodeterminação da mulher.

Não obstante a relevante discussão apresentada no vertente processo, a Corte de Apelação dos Estados Unidos se recusou a analisar a constitucionalidade do Estatuto e deixou a questão para o tribunal distrital. De outra parte, o tribunal distrital indeferiu as pretensões

---

<sup>127</sup> Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca1/17-1997/17-1997-2018-06-18.html>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

<sup>128</sup> Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca1/17-1997/17-1997-2018-06-18.html>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

<sup>129</sup> Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca1/17-1997/17-1997-2018-06-18.html>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

de Doherty e rejeitou os desafios constitucionais relacionados ao Estatuto de Wrongful Birth do Estado de Maine.

Infere-se, a partir das análises realizadas, as múltiplas controvérsias que emergem dos casos de *wrongful conception* julgados pelas cortes estadunidenses. No que tange à extensão da reparação, quatro teorias despontam na jurisprudência norte-americana: I) a não concessão de reparação; II) reparação parcial, na qual somente são indenizados os danos relacionados com a esterilização defeituosa, a gravidez e o nascimento; III) reparação total, incluindo os danos com a gravidez e os custos com a criança menor; IV) a regra do benefício, que permite diminuir os danos ocasionados em proporção aos benefícios que os pais experimentaram por ter e criar um filho.<sup>130</sup>

Iraida Alvarez<sup>131</sup>, por sua vez, explica pontualmente os argumentos utilizados pelos tribunais estadunidenses para fundamentar os entendimentos acima mencionados. A autora salienta que as primeiras lides de *wrongful conception* foram indeferidas, sendo esse o posicionamento majoritário à época. Atualmente, em contrapartida, apenas jurisdições como a do Kansas e de Nevada ainda negam provimento às ações de *wrongful conception* por entenderem que o nascimento de uma criança saudável não pode ser considerado um dano indenizável.<sup>132</sup> Ressalta-se, por oportuno, que o estado do Texas segue essa mesma tendência.

O segundo entendimento trata da indenização limitada dos danos sofridos, que é, inclusive, o posicionamento majoritário adotado pelas jurisdições estadunidenses. Os tribunais que se utilizam desse método permitem a indenização por danos resultantes diretamente da conduta negligente do médico, mas obstam a reparação pelas despesas com a educação dos filhos. As razões apresentadas pelas cortes para sustentar esse entendimento são: i) os benefícios auferidos com o nascimento de uma criança saudável superam qualquer perda econômica; ii) as despesas com a educação infantil são desproporcionais quando comparadas com a culpabilidade do médico; e iii) há efeitos psicológicos devastadores quando uma criança descobre que não era desejada e que uma terceira pessoa não pertencente à sua família está pagando para criá-la.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> MEDINA; WINOGRAD, 2001, p. 453. Tradução nossa. “1) *Reparación total, incluyendo los daños del embarazo y los costos de crianza del menor*; 2) *reparación parcial, donde sólo se indemnizan los daños 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 tener y criar a un hijo, y*; 4) *la no reparación*”.

<sup>131</sup> ALVAREZ, 2000, p. 593-594.

<sup>132</sup> Ibid., p. 593-594.

<sup>133</sup> ALVAREZ, 2000, 595-596.

A reparação integral dos danos é a terceira corrente encontrada nos tribunais estadunidenses. As cortes que aderem a esse posicionamento entendem ser devida a indenização pelos custos decorrentes da criação do filho saudável, tendo em vista que os genitores procuravam evitar essas despesas ao lançarem mão de métodos contraceptivos. Além disso, põe-se em pauta o direito ao planejamento familiar que, em tese, obrigaria a reparação pelos custos patrimoniais relativos à criação do filho indesejado.<sup>134</sup>

Por fim, Alvarez define a quarta visão como “benefícios compensatórios”, e destaca que:

Os tribunais que se valem desse método rejeitam a concepção de que, por uma questão de lei, as despesas relacionadas com a criação de um filho não seriam ressarcíveis. Essas cortes, no entanto, não alcançam a recuperação total porque sustentam que os custos com a criação dos filhos devem ser compensados com o benefício que os pais recebem por ter um filho saudável. Os tribunais extraem esse princípio da Section 920 of the Restatement (Second) of Torts, que declara que, quando o ato ilícito de um réu causa dano ao demandante, mas também lhe confere um benefício, esse benefício deve ser considerado na mitigação de danos [...].<sup>135</sup>

Nessa senda, conforme destaca Rafael Peteffi da Silva<sup>136</sup>, dos trinta e dois estados americanos que admitem a reparação civil nos casos de *wrongful conception*, apenas cinco entendem ser devida a indenização pelos custos com a criação de filhos saudáveis, mas indesejados. A imensa maioria desses tribunais, por outro lado, restringe a indenização ao dano moral e ao dano patrimonial decorrente dos custos dos métodos contraceptivos, demais despesas médicas e proventos eventualmente perdidos durante o período gestacional.

## 2.2 Jurisprudência europeia

Os casos de *wrongful conception* despontam também na jurisprudência europeia, conforme será demonstrado a seguir. No Reino Unido, hipóteses de responsabilização pelo nascimento indesejado de uma criança saudável começaram a ocupar o judiciário a partir dos anos 80, quando uma série de lides foram ajuizadas. A primeira delas foi *Sciuriaga v. Powell*, decidida em 1979, na qual o médico que realizou o procedimento abortivo de maneira negligente foi condenado a pagar uma indenização pelos danos decorrentes do nascimento

<sup>134</sup> Ibid., p. 596-597.

<sup>135</sup> Ibid., p. 598. Tradução nossa. “Courts using this method reject the view that, as a matter of law, child-rearing expenses are not recoverable. These courts, however, do not go as far as full recovery because they hold that the child-rearing damages should be offset by the benefit the parents receive from having a healthy child. These courts draw this principle from Section 920 of the Restatement (Second) of Torts which states that when a defendant's tortious act causes harm to the plaintiff but also confers a benefit, such benefit should be considered in mitigation of damages [...]”.

<sup>136</sup> SILVA, 2015, p. 385.

de uma criança saudável. Ressalta-se que as despesas com criação do filho não foram objeto da indenização, que se limitou à dor e ao sofrimento decorrentes da gravidez indesejada, bem como às perdas patrimoniais efetivamente experimentadas.<sup>137</sup>

Em 1983, o caso *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority* foi julgado na Inglaterra e pôs em pauta as questões de políticas públicas que tangenciam o nascimento inoportuno de um filho. Em suma, foram concedidas indenizações pelos danos morais e patrimoniais suportados durante a gravidez e, também, pela readaptação financeira que a família teve que enfrentar. No entanto, não restaram incluídos na indenização os custos com a criação do rebento, em decorrência do “ônus excessivo” que recairia sobre o médico que agiu negligentemente. Além disso, algumas implicações sociais foram levantadas no arrazoado, ao argumento de que haveria desavenças familiares quando o filho descobrisse que era indesejado e que o teve seu nascimento publicamente declarado como um evento danoso. Por fim, ressalta-se que a questão da “santidade da vida humana” também embasou a decisão.<sup>138</sup>

Com o objetivo de ilustrar a instabilidade dos posicionamentos, cita-se o caso *Allan v. Bloomsbury Health Authority*, julgado em 1993 como uma hipótese de *wrongful conception*. Nessa demanda, a autora foi submetida a uma cirurgia de esterilização quando já estava grávida há quatro semanas. A gravidez, contudo, somente foi diagnosticada quando a Sra. Allan contava com dezessete semanas de gravidez, momento em que a autora acreditou ser tarde demais para efetuar um aborto, o que deu ensejo ao nascimento de uma menina saudável.<sup>139</sup>

O tribunal constatou que a negligência do médico resultou no nascimento de uma criança não planejada, razão pela qual a genitora deveria ser ressarcida pela dor e sofrimento associados à gravidez, bem como pelos prejuízos financeiros causados pela criação da criança até a maioridade. Em contrapartida, a corte entendeu que a exaustão e o cansaço enfrentados pela mãe ao criar a filha não seriam indenizáveis, já que esses prejuízos seriam compensados pela alegria de dar à luz uma criança saudável. Esse cálculo compensatório, no entanto, não seria aplicado às hipóteses de nascimento de uma criança com deficiência, porquanto,

---

<sup>137</sup> 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. p. 584. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol17/iss3/3>>. Acesso em: 5 de abril de 2020.

<sup>138</sup> JACKSON, 1995, p. 584.

<sup>139</sup> Ibid., p. 586-587.

segundo os magistrados, “nesses casos existiriam danos adicionais consistentes na ansiedade e estresse envolvidos na criação de uma criança com deficiência”.<sup>140</sup>

Não obstante a decisão acima exposta, a jurisprudência britânica mostra-se resistente à concessão de indenizações nas demandas que versam sobre a falha de métodos contraceptivos. Em 2000, a Câmara dos Lordes reforçou essa posição ao julgar o caso *McFarlane v. Tayside Health Board*, que versou sobre um casal deu à luz o quinto filho após a falha na cirurgia de vasectomia. Ressalta-se, ainda, que o exame clínico realizado após a cirurgia confirmou a eficácia do procedimento, razão pela qual o homem voltou à vida sexual sem qualquer preocupação. Em que pese a série de erros médicos verificados no presente caso, a Câmara dos Lordes entendeu que o casal não fazia jus à indenização pelos custos com o sustento da criança, de maneira que o único dano ressarcível seria o sofrimento psíquico suportado pela mulher durante a gravidez.<sup>141</sup>

Cumprido frisar algumas ponderações realizadas por Lorde Millet<sup>142</sup> ao julgar o caso:

Na minha opinião, a lei deve considerar o nascimento de um bebê saudável uma bênção, não um prejuízo. Na verdade, é uma bênção mista. Traz alegria e tristeza, bênção e responsabilidade. As vantagens e desvantagens são inseparáveis. Os indivíduos podem escolher considerar o equilíbrio desfavorável e tomar medidas para abrir mão dos prazeres, bem como das responsabilidades da paternidade. Eles têm o direito de decidir por si próprios onde residem os seus próprios interesses. Mas a própria sociedade deve considerar o equilíbrio como benéfico. Seria repugnante para seu próprio senso de valores agir de outra forma. É moralmente ofensivo considerar um bebê saudável mais como um problema do que como uma bênção.<sup>143</sup>

Ademais, destaca-se que, em 2003, a Câmara dos Lordes negou mais uma vez o pedido de indenização pelos custos com o sustento de uma criança saudável ao decidir o caso *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*. Algumas questões merecem ser pontuadas, já que a parte autora era quase completamente cega quando optou pela realização do procedimento de esterilização, tendo em vista que a criação de um filho nessas condições

---

<sup>140</sup> Ibid., p. 587.

<sup>141</sup> PRIAULX, Nicolette. **The harm paradox: tort law and the unwanted child in an era of choice**. Londres: Routledge-Cavendish, 2007. p. 54-57.

<sup>142</sup> Posteriormente, no julgamento de *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, Lorde Steyn utilizou-se das palavras de Lorde Millet.

<sup>143</sup> FELDTUSEN, Bruce. Suppressing Damages in Involuntary Parenthood Actions: Contorting Tort Law, Denying Reproductive Freedom, and Discriminating Against Mothers. **Canadian Journal of Family Law**. v. 29. n. 1. 2014. p. 21. Tradução nossa: “*In my opinion the law must take the birth of a normal, healthy baby to be a blessing, not a detriment. In truth it is a mixed blessing. It brings joy and sorrow, blessing and responsibility. The advantages and the disadvantages are inseparable. Individuals may choose to regard the balance as unfavourable and take steps to forgo the pleasures as well as the responsibilities of parenthood. They are entitled to decide for themselves where their own interests lie. But society itself must regard the balance as beneficial. It would be repugnant to its own sense of values to do otherwise. It is morally offensive to regard a normal, healthy baby as more trouble and expense than it is worth*”.

seria extremamente morosa. Todavia, o médico agiu de maneira negligente na cirurgia e a autora, cerca de um ano depois, deu à luz um filho saudável, Anthony.<sup>144</sup>

Inobstante as peculiaridades que permeiam a lide, o tribunal entendeu que não havia motivo para se afastar das decisões anteriores que indeferiram o pleito de indenização pelas despesas relacionadas com a criação de um filho saudável. Nessa senda, a corte afirmou que as considerações políticas subjacentes às decisões anteriores se aplicavam com igual força ao vertente caso. Dentre elas, citou a relutância em considerar uma criança saudável como um passivo financeiro; a concepção de que mesmo a maternidade involuntária traz recompensas que não podem ser facilmente quantificadas ou compensadas com os custos de criação do filho; e a constatação de que onerar o Serviço Nacional de Saúde com o pagamento de indenizações potencialmente elevadas ofenderia o senso de comunidade de como os recursos públicos devem ser alocados. No entanto, a Câmara dos Lordes determinou que a Sra. Rees deveria receber uma indenização no valor de quinze mil libras em razão do erro médico.<sup>145</sup>

Margaret Fordham conclui que: “Na Inglaterra, a decisão em *McFarlane* foi reafirmada em *Rees* com o não reconhecimento de danos – além dos convencionalmente concedidos – aos pais de qualquer criança saudável, mas indesejada”.<sup>146</sup> Além disso, acrescenta a autora que “muito embora a decisão da Corte de Apelação em *Parkinson*<sup>147</sup> pareça admitir as pretensões pelos custos extras envolvendo o sustento de uma criança com deficiência, não está claro como isso vai afetar as indenizações convencionais introduzidas em *Rees*”.<sup>148</sup>

A abordagem corriqueiramente adotada pelas cortes do Reino Unido é a dos “danos limitados”<sup>149</sup>, na qual “os custos associados à gravidez e ao parto são ressarcidos e, além

<sup>144</sup> PRIAULX, Nicolette. **Damages for the "unwanted" child: time for a rethink?**. In: *Medico-Legal Journal* 73(4), 2005. p. 156.

<sup>145</sup> Disponível em: <<https://www.globalhealthrights.org/health-topics/medical-malpractice/rees-v-darlington-memorial-nhs-trust/>>. Acesso em: 9 de abril de 2020.

<sup>146</sup> FORDHAM, Margaret. Blessing or Burden? Recent Developments in actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth in the U.K. and Australia. **Singapore Journal of Legal Studies**. December, 2004. p. 482. Tradução nossa. “*In England, the decision in McFarlane has been confirmed and extended with the result that no damages—apart from a conventional award—are available to the parents (whether able-bodied or not) of any healthy but unwanted child*”.

<sup>147</sup> A autora se refere aqui o caso *Parkinson v. St. James & Seacroft University Hospital N.H.S. Trust*, quando a Corte de Apelação afirmou que, nos casos de crianças com deficiência, caberia uma indenização pelas despesas excedentes associadas à doença.

<sup>148</sup> FORDHAM, 2004. p. 482. Tradução nossa. “*While the decision of the Court of Appeal in Parkinson still appears to allow claims for extra costs involved in raising a disabled child, it is unclear how this will be affect by the conventional award introduced in Rees*”.

<sup>149</sup> THOMPSON, Jack Clayton J. 2016. **Law, Rights and Reproduction: Reproductive Autonomy in Ethical Rationalism**. PhD thesis University of Westminster Law. p. 224. Disponível em: <<https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b08>>

disso, uma indenização de até 15.000 libras é concedida em razão da interferência realizada na autonomia reprodutiva da mãe”.<sup>150</sup>

De outra parte, tem-se que o cenário encontrado no Direito Francês é bastante distinto:

Com efeito, em 25 de junho de 1991, a Corte de Cassação francesa, seguindo a mesma linha de uma decisão do Conselho de Estado francês de 1982, julgou caso em que a imperícia médica possibilitou o nascimento de uma criança indesejada, solidificando o entendimento predominante no ordenamento francês. A Corte de Cassação manteve a decisão da Corte de Apelação de Riom, não concedendo qualquer reparação para uma jovem desempregada de 22 anos que se submeteu legalmente a um aborto, mas acabou dando à luz uma criança devido à falha cirúrgica do médico responsável, que não tomou o cuidado de verificar se o embrião havia realmente sido retirado do corpo da gestante.<sup>151</sup>

A indenização referente aos danos patrimoniais foi negada pela Corte de Cassação sob o argumento de que a criança poderia ter sido oferecida para a adoção, o que afastaria as despesas relacionadas ao sustento do filho. De outra parte, a corte indeferiu a reparação pelos danos morais por entender que o nascimento de uma criança sempre é um acontecimento feliz. Essa decisão mobilizou associações e movimentos que defendem os direitos das mulheres, e também foi alvo de duras críticas por parte da doutrina francesa, sob o fundamento de que um direito subjetivo reconhecido pela legislação não poderia deixar de ser reparado.<sup>152</sup>

A questão fica ainda mais polêmica na jurisprudência francesa a partir do julgado *Quarez*, de 1997, ocasião em que o Conselho do Estado reconheceu que a frustração na realização de um aborto pode ser considerada um prejuízo reparável desde que a mulher pretendesse, com interrupção da gravidez, evitar o nascimento de uma criança com deficiência.<sup>153</sup>

Nesse viés, em que pese o “Caso Perruche”, julgado no ano 2000, enquadre-se nas categorias de *wrongful birth* e *wrongful life*, que não são objetos da presente análise jurisprudencial, afigura-se pertinente mencioná-lo dada a comoção social e acadêmica a que deu ensejo. Trata-se do caso de uma gestante que contraiu rubéola durante a gravidez e requereu um exame para constatar se a aludida doença poderia desencadear alguma

---

49725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson\_thesis\_2016.pdf>. Acesso em: 2 de agosto de 2020. Tradução nossa. “*Limited damages*”.

<sup>150</sup> Ibid., p. 224. Tradução nossa. “*The current approach adopted in the UK is a version of the limited damages approach where the costs of pregnancy and childbirth are available but a further ‘conventional award’ of £15,000 is available which represents the interference with the mother’s (reproductive) autonomy*”.

<sup>151</sup> SILVA, 2010, p. 318.

<sup>152</sup> Ibid., p. 319.

<sup>153</sup> CARNAÚBA, 2016, p. 284.

complicação para a saúde do feto. Muito embora o médico responsável tenha afirmado que a rubéola contraída pela mãe não acometeria o bebê, cerca de um ano após o nascimento a criança passou a apresentar sequelas ligadas à doença adquirida na vida intrauterina.<sup>154</sup>

A decisão prolatada pela Corte de Cassação Francesa fez com que inúmeras famílias ajuizassem ações motivadas pelo nascimento de uma criança deficiente, ao argumento de que o “Caso Perruche” havia instituído um “direito de não nascer”.<sup>155</sup> Nessa senda, consoante destaca Rafael Peteffi da Silva, o arrazoado “foi responsável por uma das mais espetaculares reações doutrinárias, donde surgiram dois grandes grupos de opiniões contrárias”<sup>156</sup>, o que não passou despercebido pelo legislativo francês, que aprovou uma lei que expressamente proibiu que qualquer pessoa demandasse indenização fundada em seu próprio nascimento e também limitou a reparação devida aos pais.

A jurisprudência alemã também se debruçou sobre a polêmica ínsita aos casos de reparação pelo nascimento indesejado de uma criança. Nesse compasso, conforme elucida Paulo Mota Pinto, “os tribunais comuns alemães reconheceram como dano as despesas resultantes de um nascimento não planejado, não só nos casos de falha numa esterilização, como também nas hipóteses de falhanço na interrupção da gravidez”.<sup>157</sup>

Entretanto, na decisão *Schwangerschaftsabbruch II*, de 28 de maio de 1993, o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou ser inconstitucional considerar a existência de uma criança como um dano. Os posicionamentos, contudo, seguem controversos, já que o Tribunal Federal de Justiça Alemão entendeu que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional era mero *obiter dictum*, sem força vinculativa.<sup>158</sup>

Destaca-se que a questão tem sido objeto de ampla discussão também na doutrina alemã, que conta com argumentos favoráveis e desfavoráveis à concessão da indenização. Segundo Cees van Dam, todavia, os tribunais alemães costumam condenar o agente ao pagamento das despesas relacionadas à criação do filho saudável.<sup>159</sup>

Na jurisprudência italiana também são encontrados casos em que os genitores são indenizados pelo nascimento indesejado de uma criança, sendo que tal situação é intitulada pelos italianos como “*vita indesiderata*”. A título exemplificativo, menciona-se o caso *Casa di cura Lodigiani c. Cozzi* analisado pelo Tribunal de Apelações de Bologna em 1991,

<sup>154</sup> SILVA, 2010, p. 322.

<sup>155</sup> MONTEIRO, António Pinto. Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 134, n. 3933. p. 380.

<sup>156</sup> SILVA, op. cit., p. 324.

<sup>157</sup> PINTO, 2008, p. 80.

<sup>158</sup> Ibid., p. 80-81.

<sup>159</sup> VAN DAM, Cees. **European tort law**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 156.

ocasião em que foi reconhecida a existência de danos diretos e indiretos relacionados ao nascimento de uma criança, como a manutenção, educação e instrução da prole indesejada.<sup>160</sup>

Ademais, no que tange ao ressarcimento pelas despesas com o sustento do filho, verifica-se que alguns tribunais austríacos, espanhóis e holandeses também admitem esse tipo de indenização.<sup>161</sup>

## **2.3 Jurisprudência brasileira**

Em um primeiro momento, destaca-se que, no cenário nacional, há um número de casos bastante considerável para ser trabalhado, razão pela qual é possível traçar algumas nítidas tendências jurisprudenciais. Todavia, não é difícil perceber que alguns entendimentos já superados e rechaçados inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça continuam sendo reproduzidos pelos tribunais de justiça estaduais, o que causa perplexidade dado o notório viés moralista e conservador intrínseco às fundamentações exaradas.

A presente exposição se debruçará mormente sobre os julgados mais polêmicos e contraditórios que, no terceiro capítulo, serão alvo de minuciosa análise crítica à luz das teorias que regem o direito civil.

### **2.3.1 Julgados relevantes exarados pelos tribunais de justiça estaduais**

Um dos precedentes mais emblemáticos retratados na jurisprudência brasileira foi o “caso das pílulas de farinha”, envolvendo o anticoncepcional Microvlar. Em 1988, a imprensa divulgou amplamente que um lote desse medicamento sem o princípio ativo foi colocado equivocadamente no mercado. Tratava-se, portanto, de meras pílulas de farinha, produzidas tão somente para um teste de maquinário, mas que foram utilizadas pelas consumidoras para supostamente evitar a gravidez.<sup>162</sup>

Na época, várias mulheres acionaram a tutela jurisdicional com o objetivo de serem ressarcidas pelo nascimento de um filho, visto que o uso da pílula anticoncepcional ineficaz deu ensejo à gravidez não planejada, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o

---

<sup>160</sup> FACCHINI NETO, 2012, p. 180.

<sup>161</sup> PINTO, 2008, p. 82.

<sup>162</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O “caso das pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “direito de danos” e da violação da liberdade positiva do “dano à pessoa”. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 299.

entendimento de que a empresa fabricante dos comprimidos deveria, de fato, ser responsabilizada pelos danos causados às consumidoras.

Em São Paulo, ao julgar um dos casos envolvendo a problemática do anticoncepcional Microvlar, o magistrado competente concedeu plena reparação à autora pelos danos materiais e morais vinculados à gravidez, e determinou, inclusive, o pagamento de uma pensão até a criança completar 21 anos. Irresignada, a empresa fornecedora do medicamento interpôs recurso de apelação contra a decisão de primeira instância, no qual sustentou que não ficaram caracterizados os danos morais, já que o nascimento de um filho, no seu entender, não poderia ser considerado um padecimento psíquico nem espiritual, mas “representa, sim, a chegada de uma nova vida, uma alegria [...] um evento tacitamente esperado pelos casais que mantêm relações sexuais, ainda quando a mulher usa contraceptivo oral (que não é cem por cento eficaz)”.<sup>163</sup>

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso manejado pela empresa fabricante e adotou a “teoria do evento abençoado” para afastar a indenização por danos morais. À guisa de ilustração, colhe-se o seguinte excerto do voto vencedor:

Tudo mostra que houve concepção indesejada imposta por culpa da requerida. E não se pode duvidar de inicial aflição da autora, quando da notícia de gravidez. Mas se tudo isso é verdade, não se pode falar em dano moral dessa situação decorrente. A dor, a aflição, a tristeza experimentada não pode ser superior à alegria, à felicidade do nascimento de um filho. Se assim não se entender não se pode reconhecer qualidade de pai ao ascendente biológico. Mais que isso, reconhecer tristeza dos pais na vinda do filho é garantir a este dano moral contra aqueles por desrespeito ao dever de assistência que os primeiros devem ao segundo. Nem toda dor é danosa, justificadora de reparação. A dor que sofre um pai com a criação do filho é antes regozijo. Já se disse que *ser mãe é andar chorando num sorriso/ ser mãe é ter um mundo e não ter nada/ ser mãe é padecer num paraíso* (Henrique Maximiliano Coelho Neto). Não se duvida da dor de ser mãe. Mas ela é compensada, e com sobras, pela vinda do filho que, por isso, não pode ser motivo para justificar dor moral. O sofrimento do torcedor durante o jogo de seu clube é compensado quando da vitória. A dor de curta duração, especialmente quando antecedente de alegria que a suplanta em intensidade, não tem preço. Por isso a necessidade, para efeitos indenizatórios, do efeito lesivo durável. Não se há de restituir a alegria pela dor sofrida pela autora se esta já se faz presente, ou ao menos é natural que isso tenha ocorrido.

Cumprido ressaltar que, em 2012, a referida câmara julgadora, ainda composta pelos mesmos desembargadores, reviu o posicionamento acima mencionado e abandonou o

<sup>163</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0052724-50.2001.8.26.0000. Apelante: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Apelada: Edilaine Procópio dos Santos. Relator: Des. Antonio Vilenilson. São Paulo, SP, 03 de junho de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 08 ago. 2008.

Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=390103E7CBFD0D6597A14952AA054343.cjsg2>> Acesso em: 8 de abril de 2020.

argumento do “evento abençoado” para reconhecer a existência de um prejuízo extrapatrimonial decorrente do nascimento indesejado de uma criança.<sup>164</sup>

As expectativas ínsitas ao uso do medicamento Microvlar foram frustradas também no estado de Santa Catarina, visto que, ainda em 2018, a corte de justiça catarinense condenou a empresa Schering do Brasil Química e Farmacêutica, fornecedora do anticoncepcional Microvlar, ao pagamento de uma pensão mensal, no valor de um salário mínimo, à criança nascida em decorrência da falha do medicamento.<sup>165</sup>

O quadro fático estampado nos autos demonstra que a genitora fazia o uso regular do fármaco e engravidou no período em que a fornecedora distribuiu os comprimidos sem o seu princípio ativo. Interessante frisar, ainda, que a criança e a sua genitora formaram litisconsórcio ativo na demanda, o que não se mostra coerente dada a ausência de interesse da criança na propositura da ação, já que foi o direito à autonomia reprodutiva de sua genitora que restou lesado e, além disso, foi a mãe que sofreu o dano patrimonial consistente nos custos com a criação da filha.<sup>166</sup>

Impende mencionar que nos casos supracitados havia um defeito no produto anticoncepcional que interferiu diretamente no planejamento familiar das consumidoras. As legítimas expectativas das mulheres que faziam o uso do medicamento foram irremediavelmente frustradas, já que a única utilidade do anticoncepcional é evitar a gravidez. Pode-se afirmar, sem maiores dificuldades, que a maioria dos tribunais que se deparam com demandas em que é evidente a falha no método contraceptivo – como a distribuição de medicamentos sem o princípio ativo, a disponibilização de cartelas com número inferior de comprimidos, a comercialização de medicamentos vencidos, entre outros – normalmente entendem que as genitoras fazem jus à reparação dos danos advindos do nascimento indesejado.

---

<sup>164</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9191833-13.2007.8.26.0000. Apelante: Schering Do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Apelados: Fernanda Pinheiro Lemos Da Silva e Sheila Lemos Da Silva. Relator: Des. Antonio Vilenilson. São Paulo, SP, 22 de maio de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 01 de junho 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5943183&cdForo=0>> Acesso em: 5 de abril de 2020.

<sup>165</sup> ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000668-63.2009.8.24.0049. Apelante: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Apelados: Ini de Fátima Costa e Silva e outro. Relator: Des. José Maurício Lisboa. Florianópolis, SC, 14 de maio de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 18 maio 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 6 de abril de 2020.

<sup>166</sup> ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000668-63.2009.8.24.0049. Apelante: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.. Apelados: Ini de Fátima Costa e Silva e outro. Relator: Des. José Maurício Lisboa. Florianópolis, SC, 14 de maio de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 18 maio 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 6 de abril de 2020.

Diferente é o posicionamento dos tribunais nos casos em que não há defeito no método contraceptivo, ocasião em que a indenização é usualmente negada. Isto porque, conforme assentaram inúmeras cortes<sup>167</sup>, todo método contraceptivo possui um grau de falibilidade, não sendo viável a condenação do fabricante ou do médico ao pagamento de indenização por danos morais e materiais ante a simples alegação da consumidora de que, com o uso do contraceptivo, a gravidez não poderia ter acontecido. Notadamente, é imperioso que a bula do medicamento esclareça os riscos do uso ou, ainda, que o médico informe corretamente o paciente acerca da possibilidade de reversão das cirurgias esterilizantes, por exemplo.

Afigura-se pertinente mencionar que, não obstante a nomenclatura *wrongful conception* seja pouco utilizada pelos tribunais nacionais, a corte de justiça gaúcha ostenta inúmeros arrazoados que fazem referência expressa a essa terminologia. A título exemplificativo, cita-se o seguinte precedente:

[...] situação dos autos configura a chamada *wrongful conception*, figura do direito comparado que trata do dano ao planejamento familiar, decorrente do nascimento de um filho não planejado, apesar da correta adoção dos mecanismos tendentes a evitar a concepção, mecanismos esses que teriam falhado por algum fato imputável a determinado profissional (inadequada colocação de DIU, ou vasectomia mal feita, por exemplo), ou a um fornecedor de produtos ou serviços (o caso das pílulas de farinha, por exemplo) [...].<sup>168</sup>

O tribunal de justiça gaúcho foi, aliás, palco de jurisprudências bastante controversas sobre os casos de *wrongful conception*. Em uma delas, um casal de agricultores propôs uma ação de indenização por danos morais e materiais, ao argumento de que não receberam informações médicas suficientes acerca da reversibilidade da cirurgia de vasectomia, razão pela qual a autora engravidou novamente após dez meses. Ressalta-se que

<sup>167</sup> Alguns exemplos podem ser verificados nos seguintes julgados: ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.054292-8. Apelante/Apelada: Iliane Rodrigues Borges. Apelante/Apelado: Laboratórios Pfizer Ltda. Relator: Des. Rubens Schulz. Florianópolis, SC, 14 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 02 de outubro de 2015. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 6 de abril de 2020; ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0002234-67.2009.8.24.0010. Apelante: Angela Maria Vitorino Schueroff. Apelado: Schering-Pplough Indústria Farmacêutica Ltda. Relator: Des. André Carvalho. Florianópolis, SC, 22 de março de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 04 de abril de 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 6 de abril de 2020; ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002562-40.2014.8.26.0077. Apelante: M. de S.. Apelados: E.C.O.B., C.V. e S. do B. Q. E F. LTDA. Relator: Des. Enéas Costa Garcia. São Paulo, SP, 12 de novembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 12 nov. 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 6 de abril de 2020.

<sup>168</sup> ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70075425744. Apelante: Patrícia Michie Umetsubo Gonçalves. Apelados: Germed Farmaceutica Ltda. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, RS, 13 de dezembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 15 de dezembro 2017. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

o erro médico fez surgir um sentimento de desconfiança no seio familiar, já que o esposo se submeteu à realização de um teste de DNA para comprovar a paternidade da criança. A decisão de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial e condenou o médico ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais causados aos requerentes.

A parte autora interpôs recurso de apelação e postulou, nas razões recursais, a majoração do valor referente aos danos morais, bem como o pagamento de pensão à criança até que ela completasse doze anos de idade. O Réu, por sua vez, também se insurgiu contra a sentença e, na oportunidade, sustentou a culpa exclusiva da vítima que não seguiu a orientação médica por ele elaborada.

Em 2005, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou os recursos, indeferiu os pedidos do réu e concedeu parcial provimento ao apelo interposto pelos autores tão somente para que fosse majorada a indenização relativa aos danos morais. Os demais requerimentos do casal de agricultores, contudo, foram desprovidos sob a seguinte fundamentação:

No que pertine ao pensionamento, entretanto, não merece vingar o pedido. O nascimento de um filho, abstraídas as circunstâncias do caso em comento, seguramente sempre causa enorme satisfação aos pais e a ordem natural da existência é a de que essa criança, com atuais três anos e meio, esteja enriquecendo a unidade familiar, além de se constituir, em tese, como provedor dos pais, na velhice destes.

O casal de agricultores, ainda que com eventuais dificuldades, vivendo em pequena comunidade do Interior do Estado, onde os parâmetros e as exigências são diferentes e menores do que na chamada "urbe", por certo estará tendo condições de bem prover o sustento da criança. Em sentido contrário não há prova nos autos. Ademais, não se pode admitir, em caso como o dos autos, que venha a se impor ao médico que obrou com culpa, mas sem dolo, o dever de pensionar os pais e/ou uma criança saudável.<sup>169</sup>

A partir do referido excerto é possível verificar algumas ilações questionáveis à luz dos preceitos da responsabilidade civil. Conforme minuciosa análise realizada por Rafael Peteffi da Silva, o acórdão estabeleceu uma inadequada relação entre a necessidade de dolo na conduta do agente e a concessão de pensionamento à criança, já que, ainda que na responsabilidade civil subjetiva, a averiguação da culpa é o suficiente para que haja a reparação integral dos danos. Além disso, há uma aparente confusão entre o dever alimentar dos pais e o dever indenizatório do causador do dano, pois apenas no primeiro é que deve ser

---

<sup>169</sup> ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012464111. Apelante/Apelado: Moisés Rui e Ivete Maria Rui. Apelante/Apelado: Ernídio Luiz Bassani. Relator: Des. Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, RS, 15 de dezembro de 2005. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 13 jan. 2006. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

levada em consideração a necessidade do alimentando.<sup>170</sup> Nas hipóteses de responsabilização civil – frisa-se – a possibilidade de a vítima arcar com a reparação não obsta a concessão da indenização a ser paga pelo agente que praticou o ato ilícito.

Interessante mencionar que a pretensa concessão de pensionamento pelos custos com o sustento da criança restou afastada, em alguns julgados nacionais, sob a fundamentação de que:

[...] não há relação parental para justificar o arbitramento de tal verba. De outro lado, não há nexos causal que justifique o pensionamento pleiteado em razão de ocorrer falha na prestação do serviço médico, pois a concepção de um ser humano não é em si um prejuízo, mas uma dádiva. Contudo, a obrigação do filho ser sustentado pelos pais decorre de lei, não sendo possível terceirizar esta tarefa imputando-a ao médico que não esclareceu devidamente a possibilidade de o método contraceptivo adotado não vir a funcionar a contento.<sup>171</sup>

Como se vê, esse entendimento estabelece, *a contrariu sensu*, que as despesas decorrentes da criação dos filhos cabem exclusivamente aos pais, razão pela qual a inexistência de relação parental entre o causador do dano e a criança inviabilizaria o arbitramento de eventual pensionamento. Nessa senda, emerge da decisão um equívoco técnico no tratamento da matéria, já que, muito embora o dever dos pais de sustentar os filhos seja sempre mantido, as despesas que os autores da demanda serão obrigados a suportar apenas existem por consequência do nascimento indesejado da criança, fato que tem no ato ilícito do réu uma de suas condições necessárias/adequadas.<sup>172</sup>

Inobstante as considerações acima delineadas, o entendimento questionável ainda é adotado por alguns tribunais pátrios. Aliás, em recente acórdão, prolatado em fevereiro de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a sentença proferida que afastou o pensionamento ao argumento de que “inexiste relação parental a justificar o arbitramento de tal verba, sendo obrigação dos pais sustentar os filhos”.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> SILVA, 2015, p. 389.

<sup>171</sup> ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70034402461. Apelante/Apelada: Ana Selvia Correa. Apelante/Apelado: Joao Batista Pires. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, RS, 28 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 15 jun. 2010. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

<sup>172</sup> SILVA, 2015, p. 389.

<sup>173</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0002358-75.2015.8.19.0011. Apelante: Município de Cabo Frio. Apelada: Stefani Dias Ferreira. Relator: Des. Maria da Gloria Oliveira Bandeira De Mello. Rio de Janeiro, RJ, 05 de fevereiro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

Essa posição, contudo, não é unânime nos sodalícios nacionais, já que a fixação de pensionamento pelos custos de criação é facilmente encontrada na jurisprudência pátria<sup>174</sup>, sem que haja, para tanto, uma padronização quanto aos valores a serem desembolsados mensalmente ou, ainda, a respeito do período de duração da pensão.

Ademais, infere-se que a excludente de causalidade referente ao caso fortuito tem sido utilizada pelas cortes de justiça brasileiras para afastar a responsabilização nas hipóteses de *wrongful conception*. Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao dispor que eventual gravidez de mulher já submetida à laqueadura somente poderia ser compreendida como decorrente de caso fortuito, contexto que, ao romper o nexos causal, tem o condão de eximir de responsabilidade o agente. Nos exatos termos do acórdão exarado em maio de 2019, assim decidiu a aludida corte:

[...] uma gravidez ocorrida, durante o uso de contraceptivos ou até mesmo após a realização de laqueadura, não pode ser imputada, em sua maioria, a quem quer que seja, estando, em regra, dentro da seara do caso fortuito, constituindo-se em um acontecimento que escapa à vontade e à previsibilidade das pessoas envolvidas, salvo se houver comprovação de erro médico na realização do procedimento, o que foi afastado, no caso dos autos, pelas provas documentais e técnica.<sup>175</sup>

Por oportuno, ressalta-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo realizou uma distinção bastante pertinente em 2018, ao julgar um típico caso de *wrongful conception*, ocasião em que, ao arbitrar o dano moral à espécie, afirmou que o sofrimento psicológico da genitora não derivou do nascimento do filho, motivo de felicidade, mas decorreu da “gravidez indesejada, com as dificuldades e riscos próprios por ter ocorrido em desconformidade ao planejamento familiar”.<sup>176</sup>

<sup>174</sup> Exemplos interessantes podem ser encontrados nos seguintes acórdãos: ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0162975-10.2013.8.19.0001. Apelante: Município do Rio de Janeiro. Apelada: Nayara Ramone Vieira de Mesquita. Relator: Des. Otávio Rodrigues. Rio de Janeiro, RJ, 26 de junho de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 27 de junho 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 8 de abril de 2020; ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1006991-72.2017.8.26.0068. Apelante/Apelado: Hospitalis - Núcleo Hospitalar De Barueri Ltda. Apelante/Apelado: Beatriz Bastos Miranda Silva. Relator: Des. James Siano. São Paulo, SP, 17 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 17 out. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1006991-72.2017.8.26.0068&nuRegistro=>>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

<sup>175</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 07063712020178070018. Apelante: RONALDA GOMES DA SILVA. APELADO: DISTRITO FEDERAL. Relator: Des. Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, DF, 29 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 de junho de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

<sup>176</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1006991-72.2017.8.26.0068. Apelante/Apelado: Hospitalis - Núcleo Hospitalar De Barueri Ltda. Apelante/Apelado: Beatriz Bastos Miranda Silva. Relator: Des. James Siano. São Paulo, SP, 17 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 17 out. 2018.

De outra parte, insta mencionar que parte das indenizações concedidas no âmbito dos casos de *wrongful conception* deriva da ausência de informação médica acerca da reversibilidade das cirurgias de esterilização. Isso porque o dever de informar do profissional da medicina ou da clínica médica é um consectário da boa-fé objetiva, de maneira que a sua inobservância é apta a gerar a responsabilização civil, conforme bem elucida Miguel Kfoury Neto:

Essa autonomia do dano, ligado exclusivamente à falta de informação, ocorre, por exemplo, em relação às cirurgias de vasectomia e laqueadura tubária. A possibilidade de recanalização espontânea ou de gravidez extratubária, embora estatisticamente pequena, é real e independe da atuação do profissional. Por isso, incumbe ao médico provar que esclareceu tais circunstâncias ao paciente, orientou-se sobre os cuidados pós-operatórios (manutenção, durante certo tempo, das cautelas contraceptivas). Se, assim informado, o paciente se submete ao ato cirúrgico, realizado com a melhor técnica - e sobrevém gravidez indesejada, não se pode responsabilizar o médico.<sup>177</sup>

Outrossim, nesses casos, o ônus probatório usualmente recai sobre o médico ou hospital, tendo em vista que eles detêm melhores condições de arcar com o encargo de comprovar a prestação das informações, à luz do que preconiza a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, segundo a qual “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”.<sup>178</sup>

Sobre o tema, aliás, já se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao afirmar que deve ser admitida a inversão do ônus da prova quanto ao descumprimento do dever de informação, “pois exigir-se da parte autora prova de um *fato negativo*, isto é, de que não foi comunicada sobre os índices de falibilidade da laqueadura tubária, seria obrigá-la a fazer prova impossível”.<sup>179</sup>

O entendimento acima exposto, contudo, não é unânime, porquanto inúmeros tribunais estaduais asseveram que o potencial de falibilidade das cirurgias de esterilização é notório e de conhecimento geral, razão pela qual a ausência da prestação de informações pelo profissional da medicina não seria apta a ensejar a sua responsabilidade.<sup>180</sup> A título

---

Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1006991-72.2017.8.26.0068&nuRegistro=>>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

<sup>177</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 220.

<sup>178</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. vol. 2. Editora JusPodivm: 2007. p. 61.

<sup>179</sup> ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70069778546. Apelante: Marília Freitas Conde. Apelados: Boaventura Mattos Junior e Santa Casa De Caridade De Bagé. Relator: Des. Túlio De Oliveira Martins. Porto Alegre, RS, 26 de julho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 28 de julho de 2017. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 12 de abril 2020.

<sup>180</sup> Nesse sentido: ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1009567-61.2016.8.26.0007, Apelante: Vanusa Da Silva Lopes. Apelados: Hospital E Maternidade Master Clin Ltda,

exemplificativo, cita-se o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 2019, que caminhou no sentido diametralmente oposto ao proferido pelo Tribunal Gaúcho, ao advertir que:

Ainda que se admitisse que não foram prestadas informações à autora a respeito da falibilidade do procedimento, é de conhecimento público e notório, inclusive amplamente divulgado nos meios de comunicação, que as cirurgias de laqueadura, bem como os remédios anticoncepcionais, possuem uma margem de ineficácia. Aliás, o sucesso do método depende do potencial regenerativo do organismo daquela pessoa que se submete ao procedimento, não sendo raros os casos, na literatura médica, de gravidez posterior à laqueadura. Além disso, a inexistência de informação expressa a respeito dos riscos e da possibilidade de falha (recanalização tubária - fenômeno natural de reversão), por si só, não basta para caracterizar a culpa do profissional de saúde.<sup>181</sup>

Em que pese a alegação de que o conhecimento acerca dos métodos contraceptivos é público e irrestrito, uma pesquisa realizada pela Universidade Federal de Pelotas conduz para conclusões distintas. Em síntese, a pesquisa avaliou o conhecimento da população sobre os métodos anticoncepcionais mais utilizados por meio de um escore (0-10), bem como os fatores associados a esse conhecimento. Para tanto, precedeu-se a um estudo transversal de base populacional com 3.542 indivíduos de 15 anos ou mais, residentes na zona urbana de Pelotas, no Rio Grande do Sul. A média de escore de conhecimento foi de 4,65, sendo 5,02 para as mulheres e 4,18 para os homens. No ensejo, constatou-se que o grau de informação dos entrevistados pode ser relacionado a determinados fatores, dentre eles:

Menor idade, maior escolaridade, relato de gravidez indesejada e uso de método anticoncepcional exclusivo ou combinado ao longo da vida mostraram-se associados a um maior escore de conhecimento entre os homens, enquanto, para as mulheres, os determinantes de maior conhecimento foram maior idade, viver com companheiro, maior escolaridade, melhor nível econômico, não ter religião e uso de método anticoncepcional exclusivo ou combinado ao longo da vida. Apesar da alta prevalência de uso de anticoncepcional (75,3%), é limitado o conhecimento sobre os métodos mais utilizados, ciclo menstrual e período fértil<sup>182</sup>.

---

Edson Sanches e Sabrina Cervini Prates Nogueira De Souza. Relator: Des. José Rubens Queiroz Gomes. São Paulo, SP, 30 de novembro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 30 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1009567-61.2016.8.26.0007&nuRegistro=>>>. Acesso em: 12 de abril de 2020; ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2009.000396-2. Apelante: Karla Cecília da Silva. Apelado: Edward André Salvador. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, SC, 17 de março de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 31 de março de 2011. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

<sup>181</sup> ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000606-56.2010.8.24.0059. Apelante: Nilva Hammerschmitt Feil. Apelado: Associação Hospitalar Padre João Berthier e outro.. Relator: Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos. Florianópolis, SC, 07 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

<sup>182</sup> PANIZ, Vera Maria Vieira; FASSA, Ana Claudia Gastal; SILVA, Marcelo Cozzensa da. Conhecimento sobre anticoncepcionais em uma população de 15 anos ou mais de uma cidade do Sul do Brasil. **Cad. Saúde Pública** [online]. 2005, vol. 21, n. 6. ISSN 1678-4464. p. 1747-1760.

Logo, percebe-se que essas decisões, ao considerarem ser de conhecimento público e irrestrito a margem de falibilidade das cirurgias de esterilização, levam em consideração uma parte limitada da população brasileira, já que os dados levantados demonstram o escasso acesso que determinados grupos sociais e etários possuem em relação esse tipo de informação.

Ainda mais controverso é o entendimento manifestado por alguns tribunais nacionais no sentido de que a taxa de falibilidade do método contraceptivo, por si só, mostra-se apta a afastar o nexo de causalidade. A título ilustrativo, tem-se um recente julgado prolatado pela Corte de Justiça Catarinense que, mesmo diante da comercialização de um contraceptivo fora do prazo de validade, manifestou-se no sentido do rompimento do nexo causal em decorrência da eficácia relativa do método, sob a seguinte fundamentação: “Inexistindo métodos contraceptivos de eficácia absoluta, não há nexo causal entre a venda do fármaco e a indesejada gravidez”.<sup>183</sup>

Ademais, apesar da multiplicidade de fatores que ocasionam o nascimento indesejado ou inoportuno de uma criança, a maioria das ações apreciadas judicialmente versam sobre o defeito em pílulas anticoncepcionais e sobre a falha nas cirurgias de esterilização, sobretudo devido à ausência de informação quanto à possibilidade de o procedimento cirúrgico não resultar em infertilidade absoluta.

De maneira geral, nos casos em que é possível qualificar a conduta do agente como imputável, a jurisprudência brasileira não se furta a conceder indenizações pelo nascimento indesejado ou inoportuno de uma criança, muito embora os tribunais não se mostrem simétricos quanto aos valores indenizatórios.

### **2.3.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça**

A problemática já foi discutida, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da jurisprudência nacional, que, em várias oportunidades, manifestou-se favoravelmente à indenização dos pais, vítimas de métodos contraceptivos defeituosos, que deram à luz uma criança. A corte, nas decisões exaradas, não impôs nenhuma restrição quanto às espécies de prejuízos reparáveis, muito embora alguns tribunais estaduais, conforme visto anteriormente, neguem a reparação pelos gastos com o sustento da

---

<sup>183</sup> ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0303125-78.2016.8.24.0039. Rel. Des. Monteiro Rocha. Segunda Câmara de Direito Civil. Florianópolis, 25 de junho de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. (segredo de justiça).

criança ou, com menos frequência, afirmem que o nascimento de um filho não é causa de dano moral.<sup>184</sup>

No que tange à ação civil pública ajuizada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor contra a fornecedora do contraceptivo Microvlar, infere-se que o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento dos tribunais estaduais de procedência do pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. A fundamentação realizada pela Ministra Nancy Andrigui sintetiza as garantias inerentes à autonomia reprodutiva da mulher que, uma vez violadas, implicam na obrigação de compensar os danos causados:

[...] 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, em liquidação posterior.<sup>185</sup>

Cumpre enfatizar a importância dessa vanguardista decisão exarada pela Corte Superior, que afastou a noção de que a maternidade estaria necessariamente vinculada à ideia de felicidade feminina e destacou, ainda, o paradoxo de uma empresa produtora de anticoncepcionais defender que o seu produto, cuja única finalidade é evitar a concepção, não deveria ser consumido.

Nesse contexto, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça<sup>186</sup> decidiu um caso análogo envolvendo a problemática da *wrongful conception*. Na hipótese, a autora havia se submetido à cirurgia de laqueadura, porém, depois de oito anos foi surpreendida com uma nova gestação, o que motivou a propositura de uma ação contra a sua médica postulando pelo ressarcimento dos danos morais e materiais vinculados à gravidez indesejada. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, mas o tribunal de justiça estadual concedeu

---

<sup>184</sup> CARNAÚBA, 2016, p. 02

<sup>185</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866.636/SP. Recorrente: Schering Do Brasil Química E Farmacêutica Ltda. Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa Do Consumidor - Procon/Sp e Outro. Relator: Min. Nancy Andrigui. Brasília, DF, 29 de novembro de 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 de dezembro de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3575153&num\\_registro=200601043949&data=20071206&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3575153&num_registro=200601043949&data=20071206&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 4 de maio de 2020.

<sup>186</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1774305. Recorrente: Michele Oliveira Rebouças de Lima. Recorrido: Samara Maria Messias da Silva. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 30 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoies/doc.jsp>>. Acesso em: 4 de maio de 2020.

parcial provimento ao apelo interposto pela autora, a fim de que a profissional da medicina fosse condenada ao pagamento de R\$ 5.000 (cinco mil reais) a título de danos morais.

Irresignada, a demandante interpôs recurso especial, no qual sustentou que o valor indenizatório fixado a título de dano moral seria irrisório e, portanto, insuficiente para coibir a prática ilícita da médica. Além disso, alegou que seria devida a indenização pelos danos materiais decorrentes dos gastos com a educação, lazer e sustento do filho da recorrente, pois ela teve que se privar, bem como os demais membros da família, de determinados gastos financeiros para atender a mais um integrante, quando, na realidade, tomou todas as medidas necessárias para evitar uma nova concepção.

O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso para majorar a verba indenizatória por dano moral. No ensejo, a corte mencionou “as inafastáveis consequências de uma gravidez indesejada [...]” e asseverou que os danos extrapatrimoniais consistiam na angústia, sofrimento e abalo psíquico que acometeram a recorrente, já que a genitora tomou todos os cuidados necessários para evitar futuras gestações, o que não foi possível em virtude da falha na prestação do serviço médico.

Por outro lado, o tribunal afastou a apreciação do pedido de condenação por danos materiais, tendo em vista que seria necessário o reexame dos fatos da causa, que encontra óbice na previsão insculpida na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>187</sup> Contudo, interessante frisar que o tribunal de origem negou o referido pleito ao argumento de que a obrigação precípua de sustendo caberia aos pais e, portanto, seria intransferível à médica que falhou ao não advertir formalmente a paciente sobre a possível falibilidade do procedimento cirúrgico.

Ademais, infere-se que não há unanimidade entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da viabilidade de inversão do ônus probatório nas demandas que versam sobre *wrongful conception*. Nessa senda, ao julgar um dos casos envolvendo as “pílulas de farinha”, a Quarta Turma realizou algumas ponderações sobre a assimetria técnica e informacional necessária à inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Com base nesses argumentos, ainda que o contexto fático tratasse de relações consumeristas, a turma entendeu que seria inviável impor à fornecedora do medicamento anticoncepcional o encargo probante, de maneira que a ausência de

---

<sup>187</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. **Diário da Justiça**. Brasília, 03 de julho de 1990. p. 6478.

comprovação pela autora da ingestão dos placebos culminaria na improcedência do pedido.<sup>188</sup>

Em viés contrário decidiu a Terceira Turma da Corte Superior ao julgar um caso semelhante envolvendo o anticoncepcional Microvlar. Na oportunidade, a Turma reconheceu a dupla impossibilidade probatória: inviável impor à produtora o ônus de provar que a consumidora não fez o uso do produto defeituoso e à autora também não seria exigível – dentro dos padrões médios de cultura do país – a demonstração de que comprara especificamente uma cartela defeituosa. Dessa forma, o acórdão foi prolatado no sentido de que o cerne da questão não consistia em atribuir a uma das partes o ônus da prova, mas sim em “interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie”, sendo que, na hipótese, foi privilegiado o princípio da proteção ao consumidor.<sup>189</sup>

Da detida análise das jurisprudências estadunidenses, europeias e brasileiras extraem-se algumas teorias que causam certa perplexidade à luz dos preceitos que regem o direito privado e, também, quando confrontadas com a suposta ingerência assegurada pelos ordenamentos ao tratarem dos direitos reprodutivos. Assim, com base no exposto, o próximo capítulo abordará pontualmente as acepções utilizadas pelos tribunais para denegar os pedidos indenizatórios formulados e analisará a sua pertinência no contexto jurídico atual.

---

<sup>188</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720930. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrida: Aline Garcia Flores e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 9 de novembro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6642035&num\\_registro=200500133660&data=20091109&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6642035&num_registro=200500133660&data=20091109&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

<sup>189</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1120746/SC. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrida: Lurdes Alberti. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 de fevereiro 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038548&num\\_registro=200900177213&data=20110224&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038548&num_registro=200900177213&data=20110224&formato=PDF)>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

### 3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES À LUZ DOS PRINCÍPIOS E TEORIAS QUE REGEM A RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme demonstrado no capítulo anterior, algumas teorias foram desenvolvidas pelos tribunais nacionais e estrangeiros para denegar os pedidos formulados nas ações indenizatórias que tratam de lides de *wrongful conception*. Objetiva-se, neste capítulo, enfrentar o cerne de tais fundamentos e trazer à tona entraves morais que, muitas vezes na praxe jurídica, representam óbice ao acolhimento de determinados pedidos.

#### 3.1 Eventual colisão entre os direitos reprodutivos e a dignidade da criança à luz da “teoria do bastardo emocional”

Inicialmente, deve-se reforçar que a axiologia constitucional protege a dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico, de maneira que muitos “institutos jurídicos de direito civil, outrora compreendidos como meros instrumentos de perseguição do interesse particular, sejam redirecionados à realização de valores constitucionais, em especial à realização [...] da dignidade da pessoa humana”.<sup>190</sup> Em suma, tem-se que esse preceito basilar, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, impõe o “reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano, prevalece sobre todos os demais”.<sup>191</sup>

No entanto, conforme adverte Anderson Schreiber, a invocação irresponsável da dignidade da pessoa humana para sustentar demandas e posicionamentos frívolos afasta-se dos objetivos que regem a metodologia civil constitucional.<sup>192</sup>

Nessa senda, sem olvidar a relevância que o aludido valor ostenta no cenário jurídico, percebe-se que a alegada colisão entre os direitos reprodutivos dos pais – que deram à luz uma criança em decorrência da falha em um método contraceptivo – e a dignidade da criança nascida é utilizada de maneira descabida para acobertar concepções morais que, no subconsciente dos julgadores, representam obstáculo para o reconhecimento dos danos causados nas hipóteses de *wrongful conception*.

---

<sup>190</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 19.

<sup>191</sup> MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. ed. 28. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 165.

<sup>192</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 21.

Em alguns dos casos discutidos ao longo desse trabalho, como o paradigmático *Wilbur v. Kerr* encontrado na jurisprudência estadunidense, os magistrados afastaram a indenização pelos custos com a criação do filho, ao argumento de que tal circunstância permitiria o surgimento de um bastardo emocional, já que a criança, ao amadurecer, sentiria rejeição ao tomar ciência de que as suas despesas eram arcadas por um terceiro estranho à família – situação essa que, portanto, violaria a dignidade da criança.

Não é necessário muito esforço interpretativo para denotar que a figura do “bastardo emocional” é um mecanismo utilizado, sem qualquer embasamento jurídico pertinente, para negar a indenização pelos custos com a criação do filho, já que tal entendimento está alicerçado em visões meramente especulativas acerca de uma suposta angústia enfrentada pelo filho. Felizmente, a jurisprudência brasileira é uma das mais desenvolvidas no que tange à quantificação do dano, posto que grande parte dos tribunais nacionais manifestam-se favoravelmente à concessão do pensionamento – cenário esse que consagra o princípio da reparação integral e se desprende de acepções subjetivas acerca dos eventuais reflexos que a indenização possa causar no psicológico do filho.

Em realidade, parece mais óbvia a constatação de que a referida pensão auxiliaria no pleno desenvolvimento da criança e melhoria a sua qualidade de vida, sobretudo porque um dos principais balizadores das decisões procriativas é a estabilidade financeira dos pais, que, somada a outros motivos particulares, influencia na definição do momento ideal para ter filhos ou no desejo de não concebê-los. Dessa forma, se uma mulher possui dois filhos e decide, por motivos econômicos, submeter-se a uma cirurgia de laqueadura cujo procedimento não é realizado adequadamente pelo médico, é evidente que o nascimento de uma criança decorrente da falha do método contraceptivo influenciará diretamente não só a vida da genitora, mas também a dos demais filhos, que serão privados do acesso a determinados recursos.

Nesse compasso, ressalta Thompson<sup>193</sup> que há um nível de abstração ao examinar a dignidade da criança nessas situações, posto que ela ainda não existe no momento de qualquer decisão realizada pelos pais referente à autonomia reprodutiva, o que faz com que essa eventual colisão entre os direitos reprodutivos dos pais e a dignidade do filho seja uma construção vazia e metafísica. O autor sublinha que, se a posição geral da lei é viabilizar o

---

<sup>193</sup> THOMPSON, Jack Clayton. 2016. **Law, Rights and Reproduction: Reproductive Autonomy in Ethical Rationalism.** PhD thesis University of Westminster Law. p. 232/237. Disponível em: <[https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson\\_thesis\\_2016.pdf](https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson_thesis_2016.pdf)>. Acesso em: 2 de agosto de 2020.

direito de escolha sobre as faculdades ligadas à reprodução, então a opção realizada pelos indivíduos deve ser efetivamente protegida e acolhida pelos tribunais.

Em caráter análogo, aliás, é o entendimento apresentado por Bruce Feldthusen:

Reivindicações por paternidade/maternidade involuntária não se destinam a avaliar o “valor” de uma criança. É verdade que no momento da negligência operatória, seja pré ou pós-concepção, a mãe não desejava engravidar ou permanecer grávida. A ação trata das consequências para os pais decorrentes de uma gravidez indesejada no momento em que o ato ilícito foi praticado. O princípio orientador da responsabilidade civil é a *restitutio in integrum* – colocar os pais na posição em que eles estariam caso o ato ilícito não tivesse sido cometido. O ponto de referência “caso o ato ilícito não tivesse sido praticado” surge muito antes do nascimento da criança. Não é necessariamente verdade, é mais provável que não seja, que na hora do nascimento ou logo após a criança é uma “criança indesejada”. Uma vez que a gravidez indesejada é estabelecida e aceita como um fato, e certamente assim que a criança nasce, ela pode muito bem ser uma criança desejada. A recuperação não deve depender de a criança ser amada ou odiada. O mal está enraizado no dano ao direito da mãe à autonomia reprodutiva. Não há nada inerente à ação de “parentalidade involuntária” que exija que os pais tenham qualquer tipo de objeção em relação ao filho que nascerá. Não há nada sobre a ação que sugira que os pais estão buscando indenização por uma “criança indesejada”.<sup>194</sup>

Sob outro viés, Nelson Erin afirma que o desconforto acadêmico e judicial no tratamento da indenização nos casos de *wrongful conception* deve-se à incerteza sobre a natureza das pretensões.<sup>195</sup> Thompson, de maneira semelhante, atribui essa resistência à falsa percepção que os termos *wrongful conception*, *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful pregnancy* podem ocasionar, porquanto:

Esses rótulos não são instrutivos. A ilicitude/erro não reside na vida, nascimento, concepção ou gravidez, mas na negligência do médico. O prejuízo, se houver, não é o nascimento em si mas o efeito que a negligência do médico causou sobre os pais física, emocional e financeiramente, resultando no impedimento à concretização dos direitos dos pais [...].<sup>196</sup>

<sup>194</sup> FELDTHUSEN, Bruce. Suppressing Damages in Involuntary Parenthood Actions: Contorting Tort Law, Denying Reproductive Freedom, and Discriminating Against Mothers. **Canadian Journal of Family Law**. v. 29. n. 1. 2014. p. 22-23. Tradução nossa: “*Involuntary parenthood claims do not value the worth of the child. It is true that at the time of the operative negligence, whether pre- or post-conception, the mother did not wish to become or remain pregnant. The action deals with the consequences to the parents of a pregnancy that was unwanted at the time the tort was committed. The guiding principle of tort damages is restitutio in integrum – put the parents in the position they would have been in had the tort not been committed. The ‘had the tort not been committed’ point of reference arises long before the child is born. It is not necessarily true, or even more likely than not to be true, that by the time of the birth or afterwards the child is an unwanted child. Once the unwanted pregnancy is established and accepted as a matter of fact, and certainly once the child is born, the child may well be a wanted child. Recovery should not depend on whether the child is loved or loathed. The wrong is rooted in the damage to the mother’s right to reproductive autonomy. There is nothing inherent in the ‘involuntary parenthood’ action that requires that the parents have an objection of any sort to the child who is eventually born. There is nothing about the ‘involuntary parenthood’ action that suggests that the parents are seeking damages for a ‘wrongful child’.*”

<sup>195</sup> ERIN, Nelson. Law, Policy and Reproductive Autonomy, Hart. **Medical Law Review**, Volume 23, Issue 1, Winter 2015. p. 206.

<sup>196</sup> Thompson, Jack Clayton. 2016. **Law, Rights and Reproduction: Reproductive Autonomy in Ethical Rationalism**. PhD thesis University of Westminster Law. p. 221. Disponível em: <[https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson\\_thesis\\_2016.pdf](https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson_thesis_2016.pdf)>. Acesso em: 2 de agosto de 2020. Tradução nossa. “*These labels are not instructive. Any ‘wrongfulness’ lies not in the life, the birth, the*

As terminologias comumente utilizadas, segundo Strasser, representam um desserviço por focar em fatores outros que não a negligência do agente e o resultado danoso, o que dá ensejo à variação da jurisprudência e à relutância dos magistrados em acolher os pedidos formulados.<sup>197</sup> A ênfase, conforme entendimento de Lorde Millett, exposto no caso *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, “não deveria ser conferida ao nascimento da criança, mas à negação de um importante aspecto da autonomia, no caso, o direito de limitar a família”.<sup>198</sup> Lorde Bingham, na mesma linha, acrescenta que “aos pais, sobretudo à mãe, foi negado, em decorrência da negligência de outrem, a oportunidade de viver a sua vida da maneira que desejava e planejava”.<sup>199</sup>

Na mesma tônica, assevera Feldthusen que a pretensão dos pais nesse tipo de demanda cinge-se à recuperação dos danos sofridos em decorrência do ato negligente praticado, que resultou na violação dos seus respectivos direitos à autonomia reprodutiva. Conclui o referido autor, ao arremate, que a retórica do “valor inerente à vida humana” da criança é um artifício empregado para denegar as ações.<sup>200</sup>

Não pairam dúvidas, portanto, acerca da carência de fundamentação apta a sustentar a teoria do bastardo emocional, tendo em vista que se apoia na incongruente alegação de que a dignidade da criança seria violada em decorrência da concessão de uma indenização que, retoricamente, melhoraria a sua qualidade de vida.

### 3.2 A ausência de dor decorrente da parentalidade segundo a “teoria do evento abençoado”

Dentre as questões mais polêmicas encontradas nas jurisprudências nacional e estrangeira está a intitulada “teoria do evento abençoado”, cuja premissa básica reside na

---

*conception, or the pregnancy, but the negligence of the physician. The harm, if any, is not the birth itself but the effect of the defendant's negligence on the parent's physical, emotional, and financial well-being resulting from the denial to the parents of their right [...]*”.

<sup>197</sup> STRASSER, Mark. Yes, Virginia, there can be Wrongful Life: on Consistency, Public Policy and The Birth-Hardy Torts. *Georgetown Journal of Gender and Law*, 2004. p. 823.

<sup>198</sup> Trecho da decisão *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*. Disponível em:

<<https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-4.htm>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020. Tradução nossa. “*Not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz, the right to limit their family [...]. The parents have lost the opportunity to live their lives in the way they wished and planned to do*”.

<sup>199</sup> Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-1.htm>>. Acesso em: 2 de setembro de 2020. Tradução nossa. “*This is that a parent, particularly (even today) the mother, has been denied, through the negligence of another, the opportunity to live her life in the way that she wished and planned*”

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 23.

impossibilidade de se considerar o nascimento de uma criança um dano moral indenizável. Para os defensores dessa corrente, ainda que houvesse uma manifesta falha no contraceptivo escolhido pelos genitores, a paternidade superveniente seria um fato benéfico na vida dos indivíduos – o que afastaria a concessão de eventual indenização perseguida judicialmente.

De início, percebe-se que o título atribuído à sobredita teoria demonstra o caráter nitidamente religioso que embasa o raciocínio de seus defensores. Não se pode olvidar que muitas religiões e grupos mais conservadores influenciam ativamente a política de planejamento familiar adotada por inúmeras famílias, além de, em determinados casos, censurarem o uso de métodos contraceptivos.

Arelada a tais fatores encontra-se a ideia ainda muito difundida de que a felicidade feminina está intimamente relacionada à maternidade – silogismo que desconsidera a multifacetada sociedade composta por mulheres com visões, anseios, religiões e ideais diversos. Destarte, em uma interessante análise, a presidente da Suprema Corte do Reino Unido, Brenda Marjorie Hale, esclareceu a intrínseca vinculação dessas pautas às questões de gênero e destacou as profundas mudanças que a gravidez e o parto trazem à vida de uma mulher, sobretudo porque tais alterações não se limitam ao tempo gestacional, parto ou cuidados com o recém nascido, mas incluem uma severa restrição da liberdade pessoal, o eventual comprometimento do trabalho remunerado, as mudanças físicas e psicológicas que acompanham a gravidez, e a responsabilidade pela vida da criança.<sup>201</sup>

O esforço argumentativo de Hale conduz à verificação de que a autonomia pessoal da mulher continua a ser invadida mesmo após a mente e o corpo da mãe retornarem ao estado anterior à gravidez. Por fim, a autora enfatizou que o nascimento, mesmo que traga benefícios e felicidade, não deve obstar a reparação dos danos causados e tampouco compensar a negligência envolvida na falha do método contraceptivo. O jurista australiano Michael Donald Kirby também chama atenção para o fato de que “os casos envolvendo a obstrução da escolha reprodutiva que resultaram no nascimento de uma criança não planejada afetam desproporcionalmente as mulheres”.<sup>202</sup>

Nessa mesma tônica, Nicolette Priaulx salienta a dimensão de gênero presente nas demandas de *wrongful conception*:

Dado o já extenso fardo de responsabilidade que as mulheres enfrentam em questão de reprodução, deveria ser de grande preocupação que a lei inglesa restringiu ainda

---

<sup>201</sup> HALE, Brenda Marjorie. *The Value of Life and the Cost of Living — Damages for Wrongful Birth*. **British Actuarial Journal**. Cambridge University Press, 2001. p. 762.

<sup>202</sup> GRAYCAR, Reg. **Disputes ans Dilemmas in Health Law**, 2006. p. 448. Tradução nossa. “[...] *that cases involving negligent denial of reproductive choice resulting in the birth of an unplanned child disproportionately affect women*”.

mais a reponsabilidade pelos cuidados com as crianças nascidas em razão de negligência. Na realidade, a linguagem de bênçãos e benefícios, dificilmente temperada pela sentença convencional irrisória, apenas denota que a negligência que resultou no nascimento de uma criança é um evento inofensivo para o qual os indivíduos, em particular as mulheres, devem agora estar preparados para arcar com os custos. Essa preocupação também não é melhorada pela referência aos princípios de justiça distributiva e um Serviço Nacional de Saúde "sempre precisando de fundos para atender às demandas urgentes".<sup>203</sup>

Beever, por sua vez, traz à tona uma retórica bastante pertinente ao asseverar que a alegação de que uma criança é sempre um evento benéfico, de alguma forma, desrespeita a tônica do direito ao planejamento familiar e, conseqüentemente, torna-o irracional. Isso porque tal afirmativa nos remete à ideia de que todos deveríamos procurar ter o maior número de filhos possível, dedução que, segundo o autor, não se mostra plausível.<sup>204</sup> No mesmo sentido, aliás, é a crítica exposta por Thompson: "Se os filhos, por uma questão de princípio, devem ser vistos como uma bênção, tanto em existência quanto em perspectiva, então o direito ao planejamento familiar [...] deve ser contraditório"<sup>205</sup>, contexto que, nas palavras de Thompson, não condiz com o prestígio conferido a esse direito reprodutivo, cujo *status* de direito humano vem sendo ostensivamente consolidado.

À luz da precisa argumentação formulada por Rafael Peteffi da Silva<sup>206</sup>, torna-se irrefutável que, em praticamente todos os casos de utilização de métodos contraceptivos frustrados que ocasionaram o nascimento de uma criança indesejada, a mulher é submetida à grande angústia e aflição, tendo em vista que a futura mãe sopesou as particularidades da sua condição social, econômica e emocional e concretamente optou por não ter filhos naquele momento – ou em ocasião alguma. Essa alternativa escolhida pela mulher, portanto, reflete

<sup>203</sup> PRIAULX, Nicolette. **Damages for the "unwanted" child: time for a rethink?**. In: *Medico-Legal Journal* 73(4), 2005. p. 161. Tradução nossa. "Given the already extensive burden of responsibility which women confront in matters of reproduction, it should be of great concern that the English law of tort has further privatised responsibility for the care of children brought about by negligence. Indeed, the language of blessings and benefits, hardly tempered by the derisory conventional award, merely communicates that negligence resulting in the birth of a child is a harmless event for which individuals, in particular women, must now be prepared to bear the costs. Nor is this concern ameliorated by reference to the principles of distributive justice and a National Health Service "always in need of funds to meet pressing demands".

<sup>204</sup> BEEVER, Allan. **Rediscovering the Law of Negligence**. Hart Publishing, 2009. p. 391.

<sup>205</sup> THOMPSON, Jack Clayton. 2016. **Law, Rights and Reproduction: Reproductive Autonomy in Ethical Rationalism**. PhD thesis University of Westminster Law. p. 235. Disponível em: <[https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson\\_thesis\\_2016.pdf](https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson_thesis_2016.pdf)>. Acesso em: 2 de agosto de 2020. Tradução nossa. "If children as a matter of principle must be seen as a blessing both in existence and in prospect than the provision of family planning services and abortions must be contradictory".

<sup>206</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência brasileira. **Âmbito Jurídico**. nº 95, 2011. p. 334.

o que ela considera mais adequado para si e para a criança indesejada que poderia trazer ao mundo.

Dessarte, o desrespeito à concretização da pretensão do indivíduo, que buscava evitar o nascimento de um filho indesejado, sem dúvidas gera um abalo psicológico apto a caracterizar um dano extrapatrimonial digno de reparação pela responsabilidade civil.<sup>207</sup>

Em caráter similar é o entendimento de Nicolette Priaulx, posto que, para a autora, o respeito à autonomia reprodutiva exige o reconhecimento da subjetividade que permeia a escolha acerca da concepção de um feto. Priaulx reforça que a experiência referente à paternidade/maternidade será diferente para cada indivíduo, a depender das suas vivências, crenças e aspirações nos mais variados âmbitos da vida. Dessa forma, para que a aludida autonomia venha a desempenhar um papel significativo nessas demandas, mostra-se imprescindível “demonstrar o compromisso de reconhecer e abraçar a diversidade dos indivíduos”.<sup>208</sup>

Margaret Fordham, ao tratar das decisões prolatadas pelos tribunais ingleses, afirma que gostaria muito que os julgadores reconsiderassem os posicionamentos até então adotados, posto que, muito embora os juízes concordem que os princípios básicos de responsabilidade civil favorecem a parte autora nas demandas de *wrongful conception*, eles acabam por efetuar um processo de raciocínio complexo e subjetivo para decidir as lides fora desses princípios básicos.<sup>209</sup>

Conclui Fordham, em seguida, que uma abordagem direta seria mais adequada para a resolução dessas demandas:

A lei seria melhor servida por uma abordagem mais direta. Se um réu financiado pelo Estado não tem recursos suficientes para indenizar um reclamante, isso é algo que o Estado deve resolver. A consideração pelo fato de o réu estar economicamente sobrecarregado não justifica uma situação em que as vítimas de negligência fiquem sem qualquer remédio significativo. **Nem há qualquer base para recusar reivindicações simplesmente porque a sabedoria popular considera uma criança uma bênção. Uma bênção também pode ser um fardo financeiro – e se esse ônus foi criado pela negligência de um determinado agente, então ele que deve assumir a responsabilidade civil pelos danos.**<sup>210</sup> (grifou-se).

<sup>207</sup> Ibid., p. 334.

<sup>208</sup> PRIAULX, Nicolette. **Clinical mishaps and novel injuries in family planning**. *Medio-Legal Journal*, 2010. p. 21.

<sup>209</sup> FORDHAM, Margaret. Blessing or Burden? Recent Developments in actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth in the U.K. and Australia. **Singapore Journal of Legal Studies**. December, 2004. p. 483.

<sup>210</sup> Ibid., p. 483. Tradução nossa. “*The law would be better served by a more straightforward approach. If a state-financed defendant is insufficiently funded to compensate a claimant, then that is something which the state should address. Sympathy for the fact that the defendant is economically stretched does not justify a situation in which victims of negligence are left without any meaningful remedy. Nor is there any basis for refusing claims simply because conventional wisdom considers a child to a blessing. A blessing can also be a*

Conforme sobejamente demonstrado, uma peculiaridade bastante evidente nas demandas de *wrongful conception* é o fato de que o filho não planejado dá corpo à violação do direito reprodutivo de seus genitores. Contudo, é necessário frisar que não é a criança em si o dano verificado nessas demandas, mas todos os encargos psicológicos e financeiros que serão suportados pelos pais em decorrência do seu nascimento inoportuno, ainda que – incontestavelmente – a existência de um filho possa trazer alegria aos pais.

### 3.3 A (in)aplicabilidade da *compensatio lucri cum damno* às hipóteses de nascimento indesejado

Uma figura encontrada com certa frequência ao longo da jurisprudência apresentada foi a *compensatio lucri cum damno*, cuja utilização justificou a realização de “compensações parciais” entre o prejuízo patrimonial experimentado pelos pais e o regozijo intrínseco à vinda de uma criança ao mundo. Por conseguinte, sem qualquer pretensão de exaustividade, serão pontuadas algumas considerações sobre o instituto, a fim de viabilizar a análise da sua possível aplicação às lides que versam sobre *wrongful conception*.

Conforme leciona Martín Aldax, a *compensatio lucri cum damno* indica que, por ocasião da avaliação do dano patrimonial, deve-se descontar das consequências prejudiciais as consequências benéficas e, assim, obter um cômputo exato do montante do dano, com alicerce no princípio da reparação integral.<sup>211</sup>

Rafael Peteffi da Silva destaca que a *compensatio lucri cum damno* “possibilita compensar eventuais vantagens advindas à vítima do próprio evento lesivo na avaliação da extensão do dano experimentado”.<sup>212</sup> Nessa lógica, Sanseverino elucida que o referido instituto impõe a diminuição proporcional do valor da indenização nas hipóteses em que a vítima obteve benefícios decorrentes do mesmo fato antijurídico.<sup>213</sup>

Pontes de Miranda, por sua vez, salienta que o “princípio da compensação das vantagens ou lucros” é corolário do preceito que veda à vítima a ocupação de uma posição

---

*financial burden—and if that burden has been created by the negligence of a defendant, then it is one which tort law should require him to shoulder”.*

<sup>211</sup> ALDAX, Martín. **Aplicación de la regla “compensatio lucri cum damno” en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura**. Lecciones y ensayos, n. 90, 2012. p. 24.

<sup>212</sup> SILVA, Rafael Peteffi da LUIZ, Vieira Fernando. A *compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 13, 2017. p. 284.

<sup>213</sup> SANSEVERINO, 2010. p. 63.

mais favorável em relação àquela que ostentaria caso o evento danoso não tivesse ocorrido, contexto que implica no abatimento das vantagens que a vítima obteve em decorrência do fato gerador da responsabilidade civil.<sup>214</sup> Nesse compasso, um exemplo típico da aplicação da *compensatio lucri cum damno* é verificado com a dedução do montante indenizatório na proporção do valor proveniente da venda das ferragens ou “salvado” de um carro que teve perda total.<sup>215</sup> Desta forma, no caso de acidente automobilístico, há o desconto do valor obtido com a venda das ferragens na indenização a ser paga por aquele que causou o abaloamento.

Conquanto muitos autores abordem a temática sob o enfoque da teoria da diferença – mecanismo pertinente à teoria do dano –, torna-se imprescindível advertir que:

Uma aplicação automática da teoria da diferença faria com que todas as vantagens advindas do ato danoso devessem ser descontadas no momento da valoração do dano. Contudo, essa utilização da *compensatio lucri cum damno* causaria enormes injustiças em variados casos concretos, como no exemplo dos parentes da vítima assassinada que possivelmente não poderiam reclamar os prejuízos patrimoniais advindos do fato danoso porque foram agraciados com uma parte da herança. Para se evitar esse tipo de injustiça, o instituto vem apresentando critérios próprios, intensamente caracterizados por noções valorativas e casuísticas.<sup>216</sup>

Destarte, em que pese o grau de discricionariedade que paira sobre a aplicação do instituto, alguns critérios gerais auxiliam na sua sistematização. Nesse sentido, De Cupis salienta que o requisito fundamental para que ocorra a compensação é a identidade do fato que causou o dano e o lucro.<sup>217</sup> Para tanto, vários autores se debruçam sobre as teorias que norteiam a causalidade, com o objetivo de definir de que maneira o liame causal deve ser configurado.

Inicialmente, segundo a teoria da equivalência das condições – também chamada de teoria *conditio sine qua non* – “condição é todo antecedente que não pode ter eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito”<sup>218</sup>. Critica-se a sobredita teoria por implicar em uma regressão infinita do nexo causal sem que, para tanto, seja efetuada uma análise qualitativa acerca dos eventos que ocasionaram o dano e a vantagem.<sup>219</sup>

De outra parte, conforme destaca Fernando Noronha, a teoria da causalidade adequada “parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo”.<sup>220</sup> À luz dessa teoria, infere-se que, para a

<sup>214</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. Tomo XXVI. p. 52-54.

<sup>215</sup> SILVA, 2017, p. 283-284.

<sup>216</sup> Ibid., p. 287.

<sup>217</sup> DE CUPIS, 1966, p. 274.

<sup>218</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio, 2019, p. 68.

<sup>219</sup> Ibid., p. 68.

<sup>220</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 627.

correta aplicação do instituto da *compensatio*, o mesmo fato deve possuir idoneidade natural para configurar a causa de ambos, dano e benefício, excluindo-se as vantagens alheias ao fato danoso e que configurem mero fortuito.<sup>221</sup>

Ademais, há autores que defendem a adoção da teoria da causalidade direta e imediata que, como o próprio nome sugere, exige que o evento lesivo seja causa direta e imediata – não mera condição – da vantagem e do dano experimentados pela vítima.<sup>222</sup>

Soma-se ao supracitado nexos de causalidade entre a conduta e as vantagens, o requisito de que os interesses a serem compensados possuam a mesma natureza. Desta forma, torna-se inadmissível a aplicação da *compensatio lucri cum damno* entre uma vantagem patrimonial e um dano anímico e, analogamente, entre um benefício extrapatrimonial e um dano patrimonial.

Nessa senda, conforme salienta Ferrari, na Itália exige-se o preenchimento dos seguintes requisitos para que seja viável o instituto da *compensatio*, quais sejam: I) o prejuízo e o incremento patrimonial devem decorrer do mesmo fato; II) dano e vantagem devem ser originados direta e imediatamente do mesmo evento, e; III) seja verificada a mesma natureza jurídica entre os fatores a serem compensados.<sup>223</sup> Destaca-se que, na jurisprudência alemã, para além dos requisitos supracitados, é necessária uma “congruência e conexão interna irresolúvel entre a vantagem e o dano, de forma a apresentar uma unidade de cálculo”.<sup>224</sup>

No direito estadunidense, o instituto a *compensatio* encontra alicerce na seção 920 do Restatement (Second) of Torts, cuja previsão determina que quando a vítima, apesar de ter sofrido um dano, também obtém um benefício quanto ao respectivo interesse que foi lesado, deve-se proceder à mitigação do valor indenizatório.<sup>225</sup> Esse fundamento embasa a “compensação parcial” realizada pelas cortes norte-americanas ao apreciar algumas demandas de *wrongful conception*.

---

<sup>221</sup> SILVA, 2017, p. 288.

<sup>222</sup> SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v. 90, 2018. p. 06.

<sup>223</sup> FERRARI, Mariangela. **I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"**. Publicado em 26 de julho de 2014. p. 01. Disponível em: <[http://www.ildirittodegliaffari.it/upload/articoli/20140804051852\\_I\\_nuovi\\_confini...pdf](http://www.ildirittodegliaffari.it/upload/articoli/20140804051852_I_nuovi_confini...pdf)>. Acesso em: 1 de outubro de 2020.

<sup>224</sup> PIRES, Thatiane Cristina Fontão. **Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã**. 2016. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 61-62.

<sup>225</sup> MURTAUGH, 2007, p. 296; PETEFFI, 2010, p. 333.

Acerca da impossibilidade de aplicação do instituto às hipóteses de danos extrapatrimoniais, afigura-se pertinente mencionar a seguinte ilação trazida por Rodrigo da Guia Silva:

Assentada a impossibilidade, para fins de aplicação da *compensatio*, do cotejo de repercussões de distintas naturezas, pode-se avançar no raciocínio ao ponto de se cogitar da completa inadequação da técnica da *compensatio lucri cum damno* para a fixação da indenização por dano extrapatrimonial. Em razão da configuração própria do dano moral – vinculada à lesão a um dos substratos ou subprincípios da cláusula geral de tutela da pessoa humana –, resta de improvável visualização uma hipótese em que a conduta causadora de dano moral haja acarretado alguma espécie de vantagem à esfera existencial da vítima. A presente conclusão se fortalece à medida da rejeição das teorias subjetivas em prol do objetivismo na conceituação do dano moral.<sup>226</sup>

Dessarte, à luz das principais considerações sobre a *compensatio lucri cum damno* e dos requisitos necessários para a sua adequada incidência, passa-se à verificação da possibilidade de compensar o prejuízo patrimonial experimentado pelos pais com a felicidade decorrente da experiência da parentalidade. Destaca-se que este subcapítulo não tem por objetivo avaliar qualitativamente a argumentação de que a vinda de um filho ao mundo é sempre um evento benéfico, tendo em vista que tal discussão já foi debatida no tópico anterior. Desta forma, cinge-se a presente exposição ao enquadramento técnico do instituto aos casos de *wrongful conception*.

De início, tendo em vista a ampla aceitação de teorias como a da causalidade adequada e a da causalidade direta e imediata para a averiguação do nexos causal entre o evento e a vantagem, torna-se difícil a constatação de que o benefício consubstanciado na experiência de criar um filho tenha um liame causal bem definido com a falha no método contraceptivo. Em realidade, é nítido que a origem dessa alegria é suscitada pela própria existência da criança, que personifica a “vantagem” e, portanto, quebra o nexos de causalidade entre o evento danoso e o benefício obtido.

Alguns exemplos compilados por Rafael Peteffi da Silva tornam mais lúdica a conclusão referida no parágrafo anterior:

Devem ser desconsiderados aqueles benefícios alheios ao fato danoso e caracterizados como mero fortuito, como no exemplo de um tesouro encontrado pela vítima durante um incêndio ilicitamente causado por outrem. Pelas mesmas razões, não se pode utilizar o instituto na hipótese em que o pai doa à sua filha, vítima de acidente, uma substancial quantia para que esta consiga enfrentar os custos mais imediatos do seu infortúnio. A alegação de que a doação não ocorreria sem o acidente não pode servir para diminuir a indenização devida pelo ofensor, pois a verdadeira causa do benefício foi a ação caridosa do pai.<sup>227</sup>

<sup>226</sup> SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno*: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v. 90, 2018. p. 08-09.

<sup>227</sup> SILVA, 2017, p. 289.

Da mesma forma, percebe-se que o dano e o benefício configuram diferentes interesses, já que a operação realizada nesses casos por algumas cortes consiste justamente na compensação entre as vantagens na esfera existencial decorrentes da experiência da parentalidade e o dano patrimonial constituído pelas despesas com o sustento do filho. Infere-se, portanto, que o segundo requisito necessário ao cabimento do instituto da *compensatio lucri cum damno* não restou preenchido nos supracitados casos.

Assim, inobstante o entendimento exarado por alguns tribunais no sentido da compensação entre o prejuízo patrimonial suportado pelos pais e o regozijo intrínseco ao nascimento e criação de um filho, o instituto da *compensatio*, tecnicamente, não contempla tais hipóteses, seja pela ausência de nexo de causalidade adequado ou, ainda, pela distinta natureza jurídica entre os benefícios e os prejuízos suscitados pelo fato danoso.

## CONCLUSÃO

Como mencionado anteriormente, afasta-se do objetivo do presente trabalho qualquer pretensão de exaustividade na exposição da problemática, sobretudo diante do vasto rol de precedentes jurisprudenciais e das inúmeras óticas através das quais o conteúdo é debatido. Ao longo do presente esboço, tentou-se demonstrar que a modificação de paradigma na esfera da responsabilidade civil fez com que a face do dano indenizável adquirisse novos contornos. Isso porque o direito é – respeitada a cientificidade de seu conteúdo e guardadas as necessárias ponderações quanto à aplicabilidade de seus institutos – uma força viva por essência. Logo, para que a jurisdição desempenhe a função que lhe é inerente, ela precisa estar desvinculada de entraves morais meramente subjetivos, preconceções estruturais e anacronismos, especialmente em hipóteses tão sensíveis e polêmicas quanto as que versam sobre *wrongful conception*.

No primeiro capítulo pôde-se perceber que, muito embora demandas que versem sobre *wrongful birth* e *wrongful life* possuam uma intersecção não tão promissora com o ordenamento jurídico brasileiro, o número significativo de debates judicializados acerca de novas possibilidades de interrupção da gravidez faz surgir uma projeção possivelmente otimista quanto à futura aplicabilidade de tais categorias. De toda forma, as lides que versam sobre o nascimento indesejado decorrente da falha de métodos contraceptivos (*wrongful conception*) são as que ostentam papel mais significativo no cenário nacional e, por consequência, a exposição jurisprudencial elaborada no segundo capítulo destinou-se especificamente a essa espécie.

Infere-se, a partir dos precedentes jurisprudenciais e da doutrina consultada, que o nascimento indesejado ocorrido durante o uso de métodos contraceptivos não é apto, por si só, a ensejar a reparação por danos morais ou patrimoniais, posto que há uma margem de falibilidade considerada aceitável pela indústria farmacêutica e pela ciência médica. No entanto, caso o nascimento inoportuno do rebento tenha ocorrido em razão de um manifesto defeito do produto ou do serviço prestado, como nas hipóteses de anticoncepcionais que apresentam uma eficácia aquém da esperada, cirurgias de esterilização executadas erroneamente ou, ainda, nos casos em que o paciente não é adequadamente informado acerca da falibilidade do método adotado, estar-se-á diante da possibilidade de responsabilização civil.

Nessa senda, algumas fundamentações exaradas pelas cortes nacionais e estrangeiras causaram certa perplexidade à luz dos dogmas que regem a responsabilidade

civil. Dentre elas, cita-se a inadequada constatação de que, para que seja concedido o pensionamento pelos custos inerentes à criação do filho nascido inoportunamente, o agente causador do dano deveria necessariamente ter atuado com dolo. Tal relação foi equivocadamente efetuada, porquanto a averiguação da culpa é suficiente para que haja a reparação integral do dano.

Além disso, em algumas fundamentações houve uma manifesta confusão entre o dever alimentar dos pais e o dever indenizatório do causador do dano, posto que, somente na primeira hipótese deve ser levada em consideração a necessidade do alimentando. Ressalta-se, portanto, que nos casos de responsabilidade civil é dispensável a referida alusão à capacidade econômica da vítima, já que essa condição específica não interfere na obrigação do agente/réu de ressarcir os danos por ele ocasionados.

Nesse compasso, não obstante alguns posicionamentos manifestados no âmbito do julgamento desses processos, é cediço que a ausência de relação parental entre o causador do dano e a criança nascida em decorrência da falha dos métodos contraceptivos não representa óbice à concessão de eventual pensionamento. Isso porque, em que pese o dever alimentar dos pais seja sempre mantido, os custos inerentes ao sustento da criança apenas existem por consequência do nascimento do filho em momento inoportuno, fato que tem no ato ilícito do réu uma de suas condições adequadas.

Da mesma forma, refuta-se a concepção de que o potencial de falibilidade das cirurgias de esterilização seja notório e de conhecimento geral, motivo pelo qual, diferente do entendimento adotado por alguns pelos tribunais de justiça nacionais, uma vez constatada a omissão do médico quanto à prestação de informações qualificadas acerca da falibilidade do método contraceptivo, tornar-se-ia cabível a responsabilização civil do profissional da medicina. Denota-se que tais arrazoados, ao afirmarem ser de conhecimento público e irrestrito a margem de falibilidade das cirurgias de esterilização, não levam em consideração a assimetria existente na sociedade brasileira, cujos grupos sociais e faixas etárias determinam de maneira significativa o acesso a tais informações.

Por conseguinte, como demonstrado ao longo do capítulo três, é insustentável a tese de que a concessão de indenização aos pais acabaria por violar a dignidade da criança nascida, dando ensejo à figura de um suposto “bastardo emocional”. Isso porque a referida argumentação, além de estar pautada em meras presunções, não compreende a problemática em sua essência, porquanto não é a existência da criança, em si, que é indesejada; mas as adversidades que serão suportadas pelos genitores e o planos individuais que serão possivelmente obstruídos ou adiados com a vinda da criança ao mundo naquele momento.

Ademais, tendo em vista que a opção reprodutiva encontra-se muitas vezes pautada pela condição financeira da família à época, parece mais coerente a constatação de que o pagamento de uma indenização possibilitaria à criança uma melhor condição de vida (já que ela, possivelmente, seria privada do acesso a determinados recursos) e garantiria uma vida digna, ao revés do que faz crer a “teoria do bastardo emocional”.

Nessa mesma linha encontra-se a já debatida “teoria do evento abençoado” que parte da premissa ainda muito difundida de que a procriação é *conditio sine qua non* para a felicidade – sobretudo a feminina. Tal silogismo, conforme restou demonstrado, desconsidera a pluralidade social, já que as mulheres – e homens – possuem aspirações e percepções próprias acerca do que lhes traz realização pessoal. Logo, forçoso se mostra o rompimento dos entraves morais que, mesmo de forma velada, impedem o reconhecimento da autonomia reprodutiva e o respeito às escolhas realizadas particularmente pelos indivíduos.

Por fim, no que tange à aplicação da *compensatio lucri cum danmo*, instituto utilizado pelos tribunais para justificar a realização de “compensações” entre os danos patrimoniais suportados pelos pais e o benefício ínsito à experiência da parentalidade, verifica-se que a sua incidência nas lides que versam sobre *wrongful conception* encontra-se prejudicada. Denota-se, nessa senda, que os requisitos característicos da *compensatio* não restaram preenchidos, porquanto: I) o benefício consubstanciado na experiência de criar uma criança não possui liame causal bem definido com a falha no método contraceptivo à luz das teorias causalidade adequada e a da causalidade direta e imediata, já que tal alegria advém da existência da própria criança, que personifica a “vantagem” e, dessa forma, rompe o nexo causal e; II) os interesses a serem compensados não possuem a mesma natureza, posto que se tem, de um lado, um dano patrimonial e, de outro, um benefício anímico.

Destaca-se que, para além da ótica da ciência do direito, as hipóteses de nascimentos indesejados em decorrência da falha de métodos contraceptivos (*wrongful conception*) ostentam um viés moralista que se apresenta de forma velada em muitos julgados e posicionamentos. Dessa forma, pretendeu-se, através do presente trabalho, derruir a cortina de fumaça que dissimula a real motivação dos julgadores e doutrinadores que se deparam com o tema, com o escopo de que as lides que veiculam esses pleitos indenizatórios sejam enfrentadas à luz da técnica jurídica, em especial dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

## REFERÊNCIAS

ALDAX, Martín. **Aplicación de la regla “compensatio lucri cum damno” en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura**. Lecciones y ensayos, n. 90, 2012. p. 24.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; REIS, Jordana Maria Mathias dos. A (im)possibilidade da responsabilidade civil do profissional da saúde em razão do wrongful birth/ wrongful life/ wrongful conception frente à microcefalia decorrente do vírus zica e anencefalia. In: FIUZA, Cezar (org.). SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 418.

ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: Giselda Maria F. Novaes Hironaka; Romualdo Baptista dos Santos. (Org.). **Direito Civil: Estudos I Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa ? IBDCIVIL**. 1. ed. São Paulo: Blucher, 2018, v. , p. 419-448.

ALVAREZ, Iraida J. A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases. **Boston College Law Review**. v. 41. 2000. p. 595-596.

ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Almedina; 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Daniel Deggau. **A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática**. Dissertação (Mestre em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BEEVER, Allan. **Rediscovering the Law of Negligence**. Hart Publishing, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **II Jornada de Direito da Saúde: enunciados aprovados no 46 a 68**. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>> Acesso em: 22 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 22 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 fev. 2020

\_\_\_\_\_. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 23 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. **Diário da Justiça**. Brasília, 03 de julho de 1990.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124306. Pacientes: Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 de março de 2017. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Habeas%20Corpus%20n.%20124.306%20FRJ&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Habeas%20Corpus%20n.%20124.306%20FRJ&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1673051/SP. Recorrente: Benjamim Jose Madrid Fernandes. Recorrido: LCTS (menor). Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 05 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 de março de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83288686&num\\_registro=201600048656&data=20180608&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83288686&num_registro=201600048656&data=20180608&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 4 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866.636/SP. Recorrente: Schering Do Brasil Química E Farmacêutica Ltda. Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa Do Consumidor - Procon/Sp e Outro. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 29 de novembro de 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 de dezembro de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3575153&num\\_registro=200601043949&data=20071206&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3575153&num_registro=200601043949&data=20071206&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 4 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1774305. Recorrente: Michele Oliveira Rebouças de Lima. Recorrido: Samara Maria Messias da Silva. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 30 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp>>. Acesso em: 4 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720930. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrida: Aline Garcia Flores e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 9 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequenci>>

al=6642035&num\_registro=200500133660&data=20091109&tipo=91&formato=PDF>.  
Acesso em: 15 de junho de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1120746/SC. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrida: Lurdes Alberti. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 de fevereiro 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia\\_l=1038548&num\\_registro=200900177213&data=20110224&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1038548&num_registro=200900177213&data=20110224&formato=PDF)>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000668-63.2009.8.24.0049. Apelante: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Apelados: Ini de Fátima Costa e Silva e outro. Relator: Des. José Maurício Lisboa. Florianópolis, SC, 14 de maio de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 18 maio 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 6 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000668-63.2009.8.24.0049. Apelante: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.. Apelados: Ini de Fátima Costa e Silva e outro. Relator: Des. José Maurício Lisboa. Florianópolis, SC, 14 de maio de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 18 maio 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)> Acesso em: 6 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.054292-8. Apelante/Apelada: Iliane Rodrigues Borges. Apelante/Apelado: Laboratórios Pfizer Ltda. Relator: Des. Rubens Schulz. Florianópolis, SC, 14 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 02 de outubro de 2015. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 6 de abril de 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0002234-67.2009.8.24.0010. Apelante: Angela Maria Vitorino Schueroff. Apelado: Schering-Pplough Indústria Farmacêutica Ltda. Relator: Des. André Carvalho. Florianópolis, SC, 22 de março de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 04 de abril de 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2009.000396-2. Apelante: Karla Cecília da Silva. Apelado: Edward André Salvador. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, SC, 17 de março de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 31 de março de 2011. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0000606-56.2010.8.24.0059. Apelante: Nilva Hammerschmitt Feil. Apelado: Associação Hospitalar Padre João Berthier e outro.. Relator: Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos.

Florianópolis, SC, 07 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 13 de fevereiro de 2019. Disponível em:  
<[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0303125-78.2016.8.24.0039. Rel. Des. Monteiro Rocha. Segunda Câmara de Direito Civil. Florianópolis, 25 de junho de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0052724-50.2001.8.26.0000. Apelante: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Apelada: Edilaine Procópio dos Santos. Relator: Des. Antonio Vilenilson. São Paulo, SP, 03 de junho de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 08 ago. 2008. Disponível:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=390103E7CBFD0D6597A14952AA054343.cjsg2>> Acesso em: 8 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9191833-13.2007.8.26.0000. Apelante: Schering Do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Apelados: Fernanda Pinheiro Lemos Da Silva e Sheila Lemos Da Silva. Relator: Des. Antonio Vilenilson. São Paulo, SP, 22 de maio de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 01 de junho 2012. Disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5943183&cdForo=0>> Acesso em: 5 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002562-40.2014.8.26.0077. Apelante: M. de S.. Apelados: E.C.O.B., C.V. e S. do B. Q. E F. LTDA. Relator: Des. Enéas Costa Garcia. São Paulo, SP, 12 de novembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 12 nov. 2019. Disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 6 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1006991-72.2017.8.26.0068. Apelante/Apelado: Hospitalis - Núcleo Hospitalar De Barueri Ltda. Apelante/Apelado: Beatriz Bastos Miranda Silva. Relator: Des. James Siano. São Paulo, SP, 17 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 17 out. 2018. Disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1006991-72.2017.8.26.0068&nuRegistro=>>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1006991-72.2017.8.26.0068. Apelante/Apelado: Hospitalis - Núcleo Hospitalar De Barueri Ltda. Apelante/Apelado: Beatriz Bastos Miranda Silva. Relator: Des. James Siano. São Paulo, SP, 17 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. São Paulo, 17 out. 2018. Disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1006991-72.2017.8.26.0068&nuRegistro=>>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1009567-61.2016.8.26.0007, Apelante: Vanusa Da Silva Lopes. Apelados: Hospital E Maternidade Master Clin Ltda, Edson Sanches e Sabrina Cervini Prates Nogueira De Souza. Relator: Des. José Rubens Queiroz Gomes. São Paulo, SP, 30 de novembro de 2018. **Diário de**

**Justiça Eletrônico.** São Paulo, 30 de novembro de 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1009567-61.2016.8.26.0007&nuRegistro=>>. Acesso em: 12 de abril de 2020

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0002358-75.2015.8.19.0011. Apelante: Município de Cabo Frio. Apelada: Stefani Dias Ferreira. Relator: Des. Maria da Gloria Oliveira Bandeira De Mello. Rio de Janeiro, RJ, 05 de fevereiro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico.** Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2020. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0162975-10.2013.8.19.0001. Apelante: Município do Rio de Janeiro. Apelada: Nayara Ramone Vieira de Mesquita. Relator: Des. Otávio Rodrigues. Rio de Janeiro, RJ, 26 de junho de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico.** Rio de Janeiro, 27 de junho 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 8 de abril de 2020

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70075425744. Apelante: Patrícia Michie Umetsubo Gonçalves. Apelados: Germed Farmaceutica Ltda. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, RS, 13 de dezembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico.** Porto Alegre, 15 de dezembro 2017. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012464111. Apelante/Apelado: Moisés Rui e Ivete Maria Rui. Apelante/Apelado: Ernídio Luiz Bassani. Relator: Des. Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, RS, 15 de dezembro de 2005. **Diário de Justiça Eletrônico.** Porto Alegre, 13 jan. 2006. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70034402461. Apelante/Apelada: Ana Selvia Correa. Apelante/Apelado: Joao Batista Pires. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, RS, 28 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico.** Porto Alegre, 15 jun. 2010. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70069778546. Apelante: Marília Freitas Conde. Apelados: Boaventura Mattos Junior e Santa Casa De Caridade De Bagé. Relator: Des. Túlio De Oliveira Martins. Porto Alegre, RS, 26 de julho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico.** Porto Alegre, 28 de julho de 2017. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 12 de abril 2020.

BUERES, Alberto J. **Derecho de daños.** Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CALVO COSTA, Carlos. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil e nascimento indesejado: prejuízos reparáveis**. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; TARTUCE, Flávio Tartuce (Coord). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 50.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Milano: Giuffrè, 1966.

\_\_\_\_\_. **El Daño**. trad. ao espanhol por Angel Martínez Sarriño. Bosch. Barcelona, 1975,

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. vol. 2. Editora JusPodivm: 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 07063712020178070018. Apelante: RONALDA GOMES DA SILVA. APELADO: DISTRITO FEDERAL. Relator: Des. Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, DF, 29 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 de junho de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 142-143.

ERIN, Nelson. Law. Policy and Reproductive Autonomy, Hart. **Medical Law Review**. Volume 23, Issue 1, Winter 2015. p. 206.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A tutela aquiliana das pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado**. Porto Alegre, Revista AJURIS, vol, 127, setembro 2012. pp. 157-196.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FELDTHUSEN, Bruce. Suppressing Damages in Involuntary Parenthood Actions: Contorting Tort Law, Denying Reproductive Freedom, and Discriminating Against Mothers. **Canadian Journal of Family Law**. v. 29. n. 1. 2014.

FERRARI, Mariangela. **I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"**. Publicado em quatro de agosto de 2014. p. 01. Disponível em: <[http://www.ildirittodegliaffari.it/upload/articoli/20140804051852\\_I\\_nuovi\\_confini...pdf](http://www.ildirittodegliaffari.it/upload/articoli/20140804051852_I_nuovi_confini...pdf)>. Acesso em: 1 de outubro de 2020.

FORDHAM, Margaret. Blessing or Burden? Recent Developments in actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth in the U.K. and Australia. **Singapore Journal of Legal Studies**. December, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 353.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. vol. 6. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRAYCAR, Reg. Judicial Activism or 'Traditional' Negligence Law? Conception, Pregnancy, and Denial of Reproductive Choice (2006). **Disputes and Dilemmas in Health Law**. Sydney Law School Research Paper No. 08/66. Federation Press: Sydney, 2006. p. 448. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1170053](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1170053)>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

HALE, Brenda Marjorie. The Value of Life and the Cost of Living — Damages for Wrongful Birth. **British Actuarial Journal**. Cambridge University Press, 2001.

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

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., t. I, 2004.

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. p. 584. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol17/iss3/3>> Acesso em: 5 de abril de 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KONDER, C. N.; KONDER, C. M. S. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** (Impresso), v. 69, p. 113-131, 2016.

LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. **Droit de la Responsabilité**, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998.

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 ever matter?. **Suffolk University Law Review**. v. 39, 2006, p. 773.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MEDINA, Graciela; 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. p. 432. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1528/13.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2020.

MEE, Jennifer. Wrongful conception: the emergence of a full recovery rule. **Washington University Law Review**. v. 70, n°3, 1992, p. 887.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

MONTEIRO, António Pinto. Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 134, n. 3933, p. 380.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 143-144

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. v. 29. 2006.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MULTEDO, Renata Vilela. A responsabilidade civil por nascimento indesejado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 51, 2012, p. 91.

MURTAUGH, Michael T. Wrongful birth: the courts’ dilemma in determining a remedy for a ‘blessed event’. **Pace Law Review**. v. 27, 2007, p. 241.

NARDELI, Eduardo Felipe; ZENI DE SÁ, Priscila. Concepção Indesejada (Wrongful Conception), Nascimento Indesejado (Wrongful Birth) e Vida Indesejada (Wrongful Life): Possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro. **Revista**

**Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. v. 2. n. 2. 13 dez. 2016. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduação em Direito - CONPEDI.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo**. 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 22 de março de 2020.

PANIZ, Vera Maria Vieira; FASSA, Ana Claudia Gastal; SILVA, Marcelo Cozzensa da. Conhecimento sobre anticoncepcionais em uma população de 15 anos ou mais de uma cidade do Sul do Brasil. **Cad. Saúde Pública** [online]. 2005, vol. 21, n.6, pp. 1747-1760. ISSN 1678-4464.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Paulo Mota. Indenização em caso de 'nascimento indevido' e de 'vida indevida' (wrongful birth e wrongful life). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 10, n. 3.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão. **Vorteilsausgleichung**: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã. 2016. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins, 2009.

PRIAULX, Nicolette. Clinical mishaps and novel injuries in family planning. In: **Medio-Legal Journal**. v. 78, 2010.

PRIAULX, Nicolette. **Damages for the "unwanted" child**: time for a rethink?. In: *Medico-Legal Journal* 73(4), 2005.

PRIAULX, Nicolette. **The harm paradox**: tort law and the unwanted child in an era of choice. Londres: Routledge-Cavendish, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REINING, Guilherme Henrique Lima. **A responsabilidade do produtor pelos riscos de desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O “caso das pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “direito de danos” e da violação da liberdade positiva do “dano à pessoa”.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SHETH, 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, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência brasileira. **Âmbito Jurídico**. nº 95, 2011.

\_\_\_\_\_. Novos direitos, reparação dos pais pelo nascimento de filhos indesejados e a tutela do direito de não nascer : um diálogo com ordenamento Francês. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). **Novos direitos: conquistas e desafios**. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação Jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_; LUIZ, Vieira Fernando. A compensatio lucrí cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 13, 2017. p. 284.

\_\_\_\_\_. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 18, 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia. Compensatio lucrí cum damno: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v. 90, 2018.

SOUZA, Iara A. de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

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.

\_\_\_\_\_. Yes, Virginia, there can be wrongful life: on consistency, public policy and the birth-related torts. **The Georgetown Journal of Gender and the Law**. v. 4, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares, In: BARRETO, Vicente (coord). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

THOMPSON, Jack Clayton J. 2016. **Law, Rights and Reproduction: Reproductive Autonomy in Ethical Rationalism**. PhD thesis University of Westminster Law. p. 224. Disponível em: <[https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson\\_thesis\\_2016.pdf](https://westminsterresearch.westminster.ac.uk/download/02e9be547c6a31d78876ca9723a08fc283a91a8b0849725fe2188ec4ec2a4437/60333030/Clayton%20Thompson_thesis_2016.pdf)>. Acesso em: 2 de agosto de 2020.

TRUSSEL, James. Contraceptive failure in the United States. **Contraception**. v. 86, nº 5, 2011.

VAN DAM, Cees. **European tort law**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 156

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño em la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 29-30. In: SANSEVERINO, 2010.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Disminuciones psicofísicas**. Buenos Aires: Astrea, 2009.