

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MELINA GRUBER ENDRES

**WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE O DIREITO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

MELINA GRUBER ENDRES

***WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE O DIREITO BRASILEIRO***

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

MELINA GRUBER ENDRES

***WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE O DIREITO BRASILEIRO***

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Aprovada em: ____ de _____ de _____ .

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Orientador Dr. Eugênio Facchini Neto

Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann - UFRGS

Profa. Dra. Tula Wesendonck - UFRGS

Prof. Dr. Thadeu Weber - PUCRS

Porto Alegre

2019

Ficha Catalográfica

E56w Endres, Melina Gruber

Wrongful birth e wrongful life : uma análise a partir da
Responsabilidade Civil perante o Direito Brasileiro / Melina
Gruber Endres . – 2019.

157 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em
Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto.

1. Wrongful Birth. 2. Wrongful Life. 3. Responsabilidade Civil. 4.
Autonomia Procriativa. I. Facchini Neto, Eugênio. II. Título.

Dedico este trabalho a meus pais, Luis Henrique e Mariliza, que com muito carinho sempre me encorajaram e me apoiaram incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais que, desde os meus primeiros passos, sempre fizeram questão de apoiar e incentivar a concretização de cada um de meus sonhos. Esta caminhada certamente não teria sido possível sem seu incansável suporte.

Ao professor e orientador Eugênio Facchini Neto, pessoa e profissional admirável que, ao longo desta trajetória, soube, com primazia, conduzir meus passos. Seus apontamentos, sempre precisos, e seus desafios acadêmicos guiaram meus caminhos, aclararam os instrumentos necessários ao percurso e me transmitiram segurança. Com um perfeito equilíbrio no exercício de suas funções, orientou sem retirar-me a liberdade. Extremamente solidário e empático sempre me mostrou a importância de, através da profissão e da academia, legar alguma contribuição à sociedade. Mais do que um orientador e um (ex)chefe, representa um exemplo de pessoa a ser seguido.

Ao professor Fernando Araújo, cujo conhecimento e preocupação com o tema encorajou e continua a encorajar o estudo de aspectos complexos e polêmicos, indispensáveis à reflexão crítica. Com maestria e generosidade, lançou uma série de interrogações que auxiliaram imensamente a aprimorar o estudo.

Ao professor Thadeu Weber, que com cuidado e precisão elucidou a falha de percurso e iluminou os caminhos para superá-la.

Ao professor Ricardo Lupion que, gentilmente, oportunizou o período de pesquisa realizado em Portugal, junto ao professor Fernando Araújo.

Aos professores Adalberto Pasqualotto, Paulo Caliendo e Denise Fincato por abrir meus horizontes ao longo do curso. Ao professor Ingo Wolfgang Sarlet, cuja coordenação impecável mantém a excelência do curso.

Aos professores Maria Regina Fay de Azambuja, Clarice Beatriz da Costa Söhngen e Daniel Ustároz, que, extremamente amáveis, oportunizaram meu crescimento acadêmico e profissional no decorrer do curso.

Ao Bruno Martins Costa da Silva, amigo e sócio, pelo incansável incentivo, sem o qual eu sequer teria participado do processo seletivo do Mestrado Acadêmico. Ele, com suas indagações, apontamentos críticos e curiosidade, impulsionou o aprofundamento de questões complexas, imprescindíveis à concretização desta pesquisa.

À Ísis Boll de Araújo Bastos, querida amiga, pelas colaborações constantes e reflexões profundas que promoveram meu crescimento como pesquisadora. A ela serei eternamente grata.

Aos meus Colegas de mestrado, pela companhia ao longo deste período desafiador, em especial à Manuela Lima, ao Eduardo Xavier e à Laura Figueiredo, os quais se tornaram verdadeiros amigos e foram essenciais no decorrer desta caminhada.

Aos colegas de academia que, apesar de não integrarem minha turma, também me acompanharam nesta jornada, Tomlyta Velasquez, Débora Saccheto, Juliana Ribas, Leonardo Saldanha, Flaviana Rampazzo.

Aos meus antigos colegas da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Lisiane Campomar, Carolina Rehn, Carolina Demetri, Karine Demoliner, Renata Peruzzo, Guilherme Noll e Luiza Santos, sempre muito solícitos, sou muito grata pela compreensão com os períodos em que tive que me afastar para atender às atividades acadêmicas.

À Clara Regina Rosa Soares, pelo inestimável apoio espiritual.

Aos queridos amigos que, com muita paciência e generosidade, além de compreender minha ausência física durante o mestrado foram fonte de estímulo durante todo o percurso.

Ao querido Dom, meu fiel cachorro e companheiro, por amenizar o caminho solitário insito à vida acadêmica.

À CAPES, por fomentar a realização deste sonho.

À equipe de apoio ao PPGD da PUCRS, sempre dedicada e solícita, em especial à Caren Klinger, pela prestatividade e paciência, e ao Uillian pelo constante auxílio.

I am often asked to describe the experience of raising a child with a disability -- to try to help people who have not shared the unique experience to understand it, to imagine how it would feel. It's like this ...

When you're going to have a baby, it's like planning a fabulous vacation trip -- to Italy. You buy a bunch of guidebooks and make your wonderful plans. The Coliseum. Michelangelo's "David." The gondolas in Venice. You may learn some handy phrases in Italian. It's all very exciting.

After months of eager anticipation, the day finally arrives. You pack your bags and off you go. Several hours later, the plane lands. The flight attendant comes and says, "Welcome to Holland."

"Holland?!" you say. "What do you mean, Holland? I signed up for Italy! I'm supposed to be in Italy. All my life I've dreamed of going to Italy."

But there's been a change in the flight plan. They've landed in Holland and there you must stay.

The important thing is that they haven't taken you to a horrible, disgusting, filthy place full of pestilence, famine and disease. It's just a different place.

So you must go out and buy new guidebooks. You must learn a whole new language. And you will meet a whole new group of people you would never have met.

It's just a different place. It's slower-paced than Italy, less flashy than Italy. But after you've been there for a while and you catch your breath, you look around, and you begin to notice that Holland has windmills, Holland has tulips, Holland even has Rembrandts.

But everyone you know is busy coming and going from Italy, and they're all bragging about what a wonderful time they had there. And for the rest of your life, you will say, "Yes, that's where I was supposed to go. That's what I had planned."

And the pain of that will never, ever, ever go away, because the loss of that dream is a very significant loss.

But if you spend your life mourning the fact that you didn't get to Italy, you may never be free to enjoy the very special, the very lovely things about Holland. (KINGSLEY, 1987).

RESUMO

Esta dissertação analisa a compatibilização da indenização dos danos relacionados às figuras de *wrongful birth* e *wrongful life* com o ordenamento brasileiro. Apresenta a evolução da tutela dos danos na responsabilidade civil e conceitua *wrongful birth* e *wrongful life*, distinguindo-os de danos similares. Investiga os *leading cases* norte-americanos e europeus, com foco na evolução jurisprudencial do tema. Dispõe sobre os aspectos complexos e controversos de ambos os danos em dois níveis, legal e extralegal, e identifica a forma de superá-los. Averigua a forma de adaptar os institutos às especificidades do Direito brasileiro. Conclui propondo a percepção de *wrongful birth* e *wrongful life* como lesões à autonomia procriativa e ao direito a um futuro aberto, em oposição à perda de uma chance de abortar ou ter sido abortado. Além disso, defende a criação de um fundo de indenização e de políticas públicas anti-discriminação. O método aplicado é o hipotético-dedutivo. A dissertação situa-se na área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, denominada “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado”, sendo, a linha de pesquisa, “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”.

Palavras-chave: *Wrongful Birth*. *Wrongful Life*. Responsabilidade civil. Autonomia procriativa.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the compensation of the damages related to the wrongful birth and wrongful life figures with the Brazilian legal framework. It presents the evolution of the protection of damages in tort law and conceptualizes wrongful birth and wrongful life, distinguishing them from similar damages. Investigates the north-american and European leading cases, focusing on the case law evolution of the subject. Lists the complex and controversial aspects of both damage on two levels, legal and extralegal, and identifies how to overcome them. Ascertains how to adapt the institutes to the specificities of Brazilian law. Lastly, this work is concluded through a proposal of the perception of wrongful birth and wrongful life as damages to procreative autonomy and the right to an open future, as opposed to the loss of a chance of aborting or having been aborted. In addition, it defends the creation of an indemnity fund and anti-discrimination public policies. The applied method is hypothetico-deductive. The dissertation is grounded on the area of concentration of the Post-Graduation Program in Law of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, denominated "Constitutional Foundations of Public Law and Private Law" and the line of research is "Efficacy and Effectiveness of the Constitution and Fundamental Rights in Public Law and Private Law".

Keywords: Wrongful Birth. Wrongful Life. Tort Law. Procreative autonomy.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

art. – artigo

AG – Aconselhamento genético

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CFM – Conselho Federal de Medicina

CMV – citomegalovírus

CNES – Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde

CP – Código Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DPVAT – Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre

Dr. – Doutor

Dra. – Doutora

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

NIPT – Teste Pré-natal Não Invasivo

SAT – Seguro de Acidente de Trabalho

SBGM – Sociedade Brasileira de Genética Médica

séc. – Século

Sra. – Senhora

SUS – Sistema Único de Saúde

PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 NOVOS DANOS: INTRODUÇÃO ÀS FIGURAS DE <i>WRONGFUL BIRTH</i> E <i>WRONGFUL LIFE</i>	16
1.1 Evolução da tutela dos danos na teoria da responsabilidade civil	17
1.2 Conceituação e delimitação de <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	29
2 <i>LEADING CASES</i> NO DIREITO COMPARADO	47
2.1 <i>Wrongful Birth</i> e <i>Wrongful Life</i> nos Estados Unidos	48
2.2 <i>Wrongful Birth</i> e <i>Wrongful Life</i> no Contexto Europeu	62
3 ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS	77
3.1 Dimensão legal: perspectiva jurídica dos aspectos complexos e controversos de <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	78
3.2 Dimensão extralegal: análise dos supostos aspectos eugênicos e discriminatórios	95
4 COMPATIBILIDADE DAS FIGURAS DE <i>WRONGFUL BIRTH</i> E <i>WRONGFUL LIFE</i> COM O DIREITO BRASILEIRO	104
4.1 A tutela de <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i> por meio da responsabilidade civil no Brasil	105
4.2 Expedientes complementares à indenização por <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	129
4.2.1 Da criação do fundo de indenização civil para vítimas de aconselhamento genético falho	129
4.2.2 Do implemento de políticas públicas de inclusão e conscientização como forma de auxílio ao combate à discriminação	133
CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

Danos relativos ao nascimento de crianças não saudáveis, especificamente *wrongful birth* e *wrongful life*, constituem o objeto da presente pesquisa. Estes dois novos danos dizem respeito a situações em que há um erro médico quanto ao diagnóstico de anomalias fetais ou quanto às informações relativas aos riscos de a futura prole nascer com alguma incapacidade.

A partir do constante desenvolvimento científico e das inovações tecnológicas, especialmente no âmbito médico e na seara da reprodução humana, diversos mecanismos que facilitam a identificação de possíveis riscos à descendência, como o diagnóstico genético de pré-implantação, por exemplo, têm sido desenvolvidos. Todavia, falhas em alguma etapa desses procedimentos são possíveis – e até estatisticamente inevitáveis. Quando isso ocorrer, surge a questão jurídica de saber se os danos resultantes são ou devem ser indenizados.

Assim, a realização de uma pesquisa que identifique pressupostos e requisitos claros à configuração da indenizabilidade de tais danos é de suma importância. Afinal, poucas são as que tratam do tema e, quando o fazem, o analisam sob uma perspectiva geral, sem aprofundar o debate em vista das peculiaridades nacionais.

A delimitação de *wrongful birth* e *wrongful life* é uma necessidade social, eis que incentiva o exercício diligente da atividade médica. Além disso, a sugestão da criação de políticas públicas de inclusão social e de um fundo de responsabilidade civil para amparar aqueles que restarem lesados por tais situações garante efetiva proteção aos direitos dos envolvidos.

No âmbito jurídico, o estudo mostra-se relevante pois orienta os operadores do Direito, conferindo maior cientificidade à análise do dano e sua compensação. Ademais, a elaboração clara das hipóteses de sua ocorrência e da extensão a ser indenizada evita a ocorrência de dupla reparação ou reparação insuficiente, o que propicia segurança jurídica.

Academicamente, a pesquisa se centra na investigação crítica do instituto da indenização por *wrongful birth* e *wrongful life* e suas decorrências, atualmente em estado embrionário no Brasil.

Diante disso, questiona-se: em que medida a responsabilidade civil pelos danos relacionados às figuras de *wrongful birth* e *wrongful life* constitui um meio adequado para lidar com esse tema no contexto brasileiro?

Em que pese a adoção de um sistema de responsabilidade civil dotado de atipicidade no Brasil, a elaboração de pressupostos claros ao reconhecimento de um dano, bem como a definição da extensão da compensação confere maior cientificidade ao instituto jurídico e provê segurança jurídica por meio da sua prévia cognoscibilidade.

Além disso, a indenização por *wrongful birth* e por *wrongful life* configura meio eficaz à proteção e efetivação dos direitos à autonomia procriativa. A condenação ao custeio das despesas extraordinárias decorrentes da incapacidade como forma de compensar o dano, além de ser economicamente justa e de promover meios que possibilitem que maior conforto e qualidade de vida sejam propiciados à criança incapacitada, desestimula falhas informativas e de diagnósticos evitáveis. Dessa maneira, estes expedientes atendem, também, à função de prevenção geral a condutas reprováveis – displicência médica.

Para alcançar o resultado pretendido de adaptar os danos decorrentes de *wrongful birth* e *wrongful life* ao cenário nacional, a hipótese é a de que *wrongful birth* e *wrongful life* devem ser encaradas como lesões à autonomia procriativa e ao direito a um futuro aberto, ao invés de ser meramente a perda de uma chance de abortar ou ter sido abortado.

Ainda com o propósito de adequar estes institutos ao contexto brasileiro, sugere-se o implemento de um fundo indenizatório a ser custeado por todos os médicos, hospitais e clínicas cujo ofício diga respeito à reprodução e ao aconselhamento genético. Sugere-se também o implemento de políticas públicas de inclusão social e programas de conscientização acerca de doenças incapacitantes, com o intuito de propiciar uma integração ampla das crianças incapacitadas e suas famílias à sociedade.

Assim, percebe-se, o objetivo geral e específico diz respeito à compatibilização da indenização dos danos relacionados às figuras de *wrongful birth* e *wrongful life* com o ordenamento brasileiro. São quatro os objetivos específicos: i) verificar o que se entende por *wrongful birth* e *wrongful life*; ii) identificar os *leading cases* no Direito Comparado, aprendendo com as experiências estrangeiras; iii) averiguar os aspectos jurídicos e éticos dos institutos, bem como a maneira de

superar as principais controvérsias acerca do mesmo; e iv) investigar a forma de adaptar os institutos às especificidades do Direito brasileiro.

O trabalho está dividido em quatro grandes partes. A primeira, de cunho teórico, destina-se a apresentação da temática. Neste demonstra-se a evolução da tutela dos danos na teoria da responsabilidade civil até o surgimento dos novos danos, categoria em que o objeto da pesquisa está inserido. Logo após, são trazidos os conceitos *wrongful birth* e *wrongful life* e também demonstradas as situações que os podem desencadear, evidenciando-se a distinção entre estes e institutos afins.

A segunda parte é destinada à análise dos *leading cases*. Este segmento, que se divide entre os principais julgados no ordenamento norte americano e no europeu, trata da evolução da matéria, a qual se deu, notadamente, a partir da jurisprudência. Busca-se, com a demonstração da experiência comparada, averiguar como cada um desses Estados optou por tutelar tais situações.

A terceira parte do trabalho ressalta os aspectos complexos e controvertidos de *wrongful birth* e *wrongful life* na dimensão legal, aspectos relativos à responsabilidade civil, e na dimensão extralegal, objeções de cunho ético, como a eugenia e a discriminação.

Por fim, a quarta e última seção da pesquisa é destinada a forma de adaptação dos institutos às particularidades do contexto sócio-jurídico brasileiro. Nesta é observado o sistema restritivo adotado para o aborto, bem como o problema do acesso à saúde e o estágio embrionário em que se encontra o recurso do aconselhamento genético. Além disso, dois expedientes complementares à indenização por *wrongful birth* e *wrongful life* são propostos: a criação do fundo de indenização civil para vítimas de aconselhamento genético falho e o implemento de políticas públicas de inclusão e conscientização como forma de auxílio ao combate à discriminação.

Considera-se que, com a delimitação de pressupostos claros e objetivos à configuração de *wrongful birth* e *wrongful life* em conjunto com a criação desses expedientes complementares, a proteção e efetivação dos direitos à autonomia procriativa e a um futuro aberto são atendidos.

Tem-se, então, uma pesquisa voltada à aferição da melhor forma de aplicação de indenização por *wrongful birth* e *wrongful life* ao contexto brasileiro. Como método científico de abordagem utilizou-se o hipotético-dedutivo. Para tanto, foram apresentados os possíveis empecilhos a essas ações em dois níveis, desafios

jurídicos e aspectos sociais específicos do cenário nacional. Foram aplicados os resultados obtidos a partir das experiências no Direito Comparado para confirmar a compatibilidade, ou não, desses institutos com o ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao método de interpretação jurídica, empregou-se o sistemático, na medida em que se buscou uma solução à problemática a partir das ferramentas presentes no sistema jurídico e de sua compatibilização com a realidade social brasileira.

Contrastam-se as experiências estrangeiras de *wrongful actions* com o sistema jurídico e a estrutura social brasileira no intuito de verificar qual seria o impacto gerado pelas indenizações por *wrongful birth* e *wrongful life*, identificando-se a viabilidade de tais ações.

Além dos métodos já citados, foram utilizados, como métodos de procedimento, o histórico, o comparativo, o funcionalista e o estruturalista. A técnica de pesquisa é a bibliográfica-documental.

O trabalho analisa a adequação da responsabilização civil por *wrongful birth* e *wrongful life* ao cenário sócio-jurídico brasileiro e fundamenta a compensação por tais danos como forma adequada para assegurar que à criança incapacitada sejam disponibilizados os expedientes necessários ao efetivo exercício de seus direitos de personalidade. Além disso, sugere o implemento de medidas complementares, criação de um fundo indenizatório e o incentivo a políticas públicas de combate à discriminação, como meio de proteção dos direitos à autonomia procriativa e a um futuro aberto. Por esse motivo, este estudo situa-se na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

A linha de pesquisa é a de Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado. Por fim, o trabalho está diretamente relacionado ao projeto de pesquisa do orientador, pois defende a tutela aquiliana de situações de *wrongful birth* e *wrongful life* como forma de prevenir danos, dando destaque ao desestímulo de condutas médicas negligentes.

A pesquisa recebeu financiamento da CAPES através da bolsa CAPES/PROEX.

1 NOVOS DANOS: INTRODUÇÃO ÀS FIGURAS DE *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE*

O dano configura um dos pressupostos da responsabilidade civil¹, sendo seu estudo relativo aos interesses que, a partir eleição realizada pela sociedade considerando seus ideais políticos e filosóficos, são designados como merecedores de proteção. Tal eleição por vezes é antecipada pelo próprio legislador (como é o caso do Direito Alemão); outras vezes é fruto da elaboração dogmática e jurisprudencial (como é o caso do Direito Francês, ao qual se filia o brasileiro, quanto a esse aspecto).

A partir dessa constatação o dano revela-se como uma “espécie de cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, à luz do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção”². E, como tal, possibilita que novos interesses, impensáveis em períodos históricos anteriores, surjam como objeto de proteção jurídica. Esse é o caso dos danos relativos a situações de *wrongful birth* e *wrongful life*³, tema central do presente trabalho.

A compreensão da figura dos novos danos passa pela construção evolutiva do instituto da responsabilidade civil⁴. Para tanto, o enfrentamento da temática será dividido em duas partes.

¹ São elementos da responsabilidade civil: a conduta, o dano, o nexo causal e o nexo de imputabilidade. Acerca da responsabilidade civil o presente trabalho adotará a divisão dos pressupostos em quatro, excluindo-se a referência autônoma à culpa. Tal escolha deu-se em função de a culpa (*lato sensu*) ser analisada apenas em face da responsabilidade subjetiva, eis que na responsabilidade objetiva a responsabilização se dá em função do risco gerado ou da ideia de garantia e, portanto, independentemente de culpa. Assim, os outros pressupostos (conduta, nexo causal e dano) passam a ser caracterizadores tanto da responsabilidade subjetiva quanto objetiva. Também não se adotará a divisão em cinco pressupostos, no qual analisa-se autonomamente o elemento da ilicitude, em razão da possibilidade da responsabilidade por ato lícito (Vide: USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014). Como exemplos da divisão dos pressupostos em três cite-se, por todos: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014; sobre a divisão em cinco pressupostos consulte-se, por todos: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142.

³ Referidas expressões podem ser traduzidas, respectivamente, como “nascimento indevido ou indesejável” e “vida indevida”.

⁴ No que pertine à evolução do instituto jurídico, abordar-se-á, apenas, as noções gerais e seu desenvolvimento no que tange aos seus fundamentos, com o enfoque voltado à compreensão dos danos indenizáveis e sua notável expansão nas últimas décadas, eis que imprescindíveis à elucidação da temática central do trabalho: *wrongful birth* e *wrongful life*. Esse corte se justifica, também, em razão da impossibilidade de realizar aprofundado estudo acerca da evolução histórica

Na primeira serão tecidas noções gerais acerca da responsabilidade civil e de seus elementos, com enfoque na trajetória evolutiva dos danos indenizáveis.

Na segunda serão apresentados os conceitos e a delimitação das situações de *wrongful birth* e *wrongful life*. Com a finalidade de aclarar o conteúdo destas, ao final deste segundo segmento, serão esmiuçadas as diferenças entre a temática e alguns danos similares.

1.1 Evolução da tutela dos danos na teoria da responsabilidade civil

Os parâmetros da responsabilidade civil são dados pela sociedade na qual o instituto se insere. Essa é a razão pela qual seu conceito é elástico, amoldando-se, seus elementos e princípios, às necessidades daqueles que integram a comunidade em um determinado período histórico. Trata-se, portanto, de uma concepção dinâmica que permanentemente acompanhará a civilização em sua constante mutação⁵.

Cada sociedade decide, de acordo com seus ideais éticos, filosóficos e políticos e através de atribuição de valores a determinados interesses, processo que é incessantemente renovado de acordo com a evolução histórica, quais danos são dignos de indenização.

Não por acaso, para Zweigert e Kötz, a finalidade central da responsabilidade civil reside em "definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade"⁶.

É em razão dessa constante mudança que se afirma que "cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prova necessários para repará-

da responsabilidade civil *in totum* cotejando-o com a delimitação temática proposta no âmbito desta dissertação.

⁵ Esse é, aliás, o entendimento de Aguiar Dias que, ao descrever a responsabilidade civil como essencialmente dinâmica, refere que este instituto "tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolui a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerando, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes" (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16).

⁶ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. v. II: istituti. Milano: Giuffrè, 1995, p. 316.

los”⁷ definindo, assim, quais danos são ressarcíveis e de que forma estes podem ser indenizados. Por estes motivos, entende-se que a responsabilidade civil é uma das temáticas jurídicas que passou pelas mais expressivas alterações nos últimos séculos.

Em um primeiro momento, a responsabilidade civil centrava-se na figura do sujeito responsável pelo dano. Preocupava-se mais com a punição e reprovação ao agente do que com a vítima. A partir da distinção e individualização das finalidades e do âmbito de atuação relativo à responsabilidade no Direito Civil e no Direito Penal, a primeira destinada à tutela da vítima e a segunda à repreensão do ofensor, que a Responsabilidade Civil passou a exercer, de maneira mais efetiva, o papel de socorro à vítima⁸.

À medida em que a responsabilidade civil volta suas atenções à vítima e ao seu amparo, uma realidade sobressai: a falta de reparação ou compensação por determinados danos, tidos como socialmente relevantes, apenas em razão da impossibilidade ou excessiva dificuldade em comprovar a culpa, revelou-se inaceitável. A partir dessa percepção há, conseqüentemente, a constatação de que o modelo de responsabilidade civil exclusivamente subjetivo, no qual se exige a comprovação da culpa, é insuficiente para tutelar os interesses na moderna conformação da sociedade.

Esta conscientização ocorreu, de maneira mais expressiva, a partir do séc. XX e contribuiu consideravelmente para a notória expansão dos danos indenizáveis. Diversos são os fatores que impulsionaram essa alteração de paradigma. Estes podem ser divididos em três eixos distintos: i) fatores de ordem científica e tecnológica, ii) de ordem social e iii) de ordem individual e moral.

O primeiro, de ordem tecnológica ou científica, vislumbra-se a partir multiplicação de episódios acidentários causados pelo desenvolvimento de tecnologias. Veja-se, por exemplo, a criação de meios variados de transporte que possibilitaram que as pessoas trafegassem com mais facilidade e com maior frequência, mas que periodicamente ocasionavam colisões. Ainda, o uso de energia elétrica e a descoberta do raio X; e com a expansão do maquinismo que impulsionou a Revolução Industrial, incêndios, graves acidentes com trabalhadores e outros

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p.150.

⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Revista TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.- mar., 2010, p. 20.

desastres, para os quais não era possível a personificação de um culpado, passaram a ocorrer com certa regularidade. Percebeu-se, assim, que o critério da culpa, que nessas circunstâncias servia como uma espécie de isenção ao empregador, não contemplava todas as ocorrências reparáveis⁹.

O segundo fator elencado, de natureza social, foi desencadeado pelo período pós Segunda Guerra Mundial e pelo processo industrial. Em razão da acentuada desigualdade social e dos graves problemas econômicos, legado remanescente desses dois marcos históricos, houve a necessidade de superação do ideal puramente liberal, sendo imprescindível a intervenção do Estado para amenizar condições acentuadas de desigualdade e abusos. Assim, almejando-se promover igualdade material, garantindo-se, dessa forma, proteção à dignidade, ampliaram-se as atribuições do Estado que passou a interferir diretamente no âmbito econômico, na garantia de melhores condições de trabalho, na proteção do consumidor, do meio ambiente, entre outros¹⁰. Com expansão do rol de direitos a serem garantidos ampliaram-se também as situações aptas a ensejar aplicação de indenização por danos extrapatrimoniais.

A terceira razão, de ordem individual e moral, tem espaço em razão da alteração de ideais filosóficos. As pessoas não mais aceitam que uma fatalidade ou um acidente sejam atribuídos a uma divindade, tampouco que o dano de uma pessoa represente o lucro de outra¹¹. O atual ideal social de justiça aspira por

⁹ Desta nova realidade emerge um sentimento de defesa instintivo: “E então, acontece muito naturalmente que, desprovidos de segurança material, aspiramos de mais a mais à segurança jurídica; uma vez que corremos sérios riscos de ser acidentados, tenhamos, ao menos, a certeza de obter oportunamente uma reparação, nós mesmos se sairmos vivos do desagradável acidente, nossos herdeiros se a nossa existência se encerra” (JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. **Revista Forense**, v. LXXXVI, fascículo 454, abr. 1941, p. 549).

¹⁰ Esse momento coincide com a trajetória histórico-evolutiva das dimensões de direitos fundamentais, trata-se da guinada dos direitos de primeira dimensão, substancialmente vinculados à liberdade, os chamados direitos civis e políticos, em direção aos direitos de segunda dimensão, direitos estes de cunho, sobretudo, econômico-social. Sobre o tema: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT. 2007. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹¹ Com a mudança no ideal que conduz a vida em sociedade, passando seus integrantes a expressar comportamento mais empático, o entendimento acerca dos eventos danosos que acometem a outros também se modifica, assim “Quando um acidente sobrevém, em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação [...] quando acontece um acidente procuramos logo um responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino [...]. O acidente não nos parece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem”. JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. **Revista Forense**, v. LXXXVI, fascículo 454, abr. 1941, p. 550.

equilíbrio jurídico. Há, além disso, a alteração do paradigma individual para o social. A partir de uma compreensão mais solidária da vida em sociedade. Nessa perspectiva, o dano a uma pessoa passa a representar um prejuízo não exclusivamente daquele que foi atingido, mas da sociedade.

Diante desse contexto, houve a necessidade de alterar a comprovação da culpa como requisito para a obtenção de indenização. Exigir que a vítima, que se encontrava em situação de vulnerabilidade, fizesse prova da culpa representava tarefa excessivamente onerosa e, em alguns casos, impossível. Ao mesmo tempo, abandoná-la irreparada em razão desta dificuldade não configurava alternativa justa, tampouco refletia as aspirações sociais. Assim, a doutrina e a jurisprudência obrigaram-se a encontrar soluções¹². Passou-se a aceitar a demonstração da culpa mais facilmente, flexibilizando sua comprovação; permitiu-se o reconhecimento de presunção de culpa e, além disso, em alguns casos, substituiu-se a noção de culpa pela noção de risco ou garantia, aceitando-se, então, a figura da responsabilidade objetiva.

No cenário jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva foi, inicialmente, prevista em leis especiais¹³. Em momento posterior, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em seu artigo 194, previu a responsabilidade objetiva do Estado, que, a partir do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi estendida aos prestadores de serviço público. Em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor passou a responder objetivamente pelos danos causados aos consumidores. E, em 2002, o Código Civil (CC) manteve uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, mas criou cláusulas gerais de responsabilidade objetiva (artigos 187, 927, parágrafo único, e 931, do

¹² A demonstração da culpa libertou-se, ao longo dos últimos anos, de muitos de seus tormentos originais. As transformações vividas no âmbito da própria responsabilidade subjetiva corroboram tal constatação. A proliferação das presunções de culpa, as alterações no método de aferição da culpa, a ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva, e outros expedientes semelhantes vêm contribuindo, de forma significativa, para a facilitação da prova da culpa, hoje não mais uma *probatio diabolica* (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51).

¹³ São exemplos a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681, de 7 de setembro de 1912) e Acidentes de Trabalho (Decreto nº 3.724, de 15 de Janeiro de 1919). Além disso, são outros exemplos de leis especiais em que há previsão de responsabilidade objetiva: Seguro obrigatório DPVAT (Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974), Danos ao meio ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986), Atividades nucleares (art. 21, XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil e Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977).

CC), além de ampliar o rol de situações pontuais de responsabilidade objetiva (artigos 928, 929, 930, 932/933, 936, 937, 938, todos do CC).

O surgimento desses mecanismos para contornar a necessidade de comprovação da culpa resultaram em uma maior atenção ao nexo de causalidade, cuja demonstração passou a ser determinante para estabelecer se haverá, ou não, responsabilização por um dano.

Nada obstante, em razão do enfoque da responsabilidade civil moderna em propiciar maior proteção à vítima, também foram criados artifícios para flexibilizar a demonstração do nexo causal¹⁴, como por exemplo a teoria do fortuito interno¹⁵. Como efeito natural desse fenômeno de flexibilização dos óbices às demandas indenizatórias, descrito por Schreiber¹⁶ como erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, há uma maior aceitabilidade relativa aos mais diversos pedidos de reparação de danos.

O dano, terceiro elemento da responsabilidade civil, também experimentou mudanças significativas, atribuídas, sobretudo, à transição da percepção do indivíduo, que passa a ser visto como sujeito de direitos cuja dignidade e integridade são merecedoras de tutela¹⁷.

Inicialmente tutelavam-se os danos estritamente patrimoniais, resumidos à diferença entre o patrimônio da vítima antes e depois da lesão sofrida¹⁸. Nesse

¹⁴ Sobre o tema ver: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.

¹⁵ Como é sabido, existem, tradicionalmente, três causas excludentes de nexo de causalidade: a culpa exclusiva da vítima (melhor denominada de fato exclusivo da vítima), o fato de terceiro e a força maior e/ou caso fortuito. A jurisprudência e a doutrina têm feito distinções acerca de circunstâncias do caso fortuito, dividindo-as em fortuito externo, pelo qual rompe-se o nexo causal afastando-se, portanto, o dever de indenizar, e fortuito interno, compreendido como “fato imprevisível, e por isso inevitável, mas que se liga aos riscos do empreendimento, integra a atividade empresarial de tal modo que não é possível exercê-la sem assumir o fortuito”, (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 90), o qual não exclui o nexo causal. É, por exemplo, o caso da responsabilidade do transportador (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1318095/MG**. Segunda Seção. Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 22/02/2017. DJe 14 mar. 2017), e do fornecedor de produtos e serviço (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1197929/PR**. Segunda Seção. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 ago. 2011. DJe 12 set. 2011).

¹⁶ “O estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11-12).

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

¹⁸ Esse período inicial é explicado pela teoria da diferença, que se mostra, não apenas insuficiente para tutelar os danos extrapatrimoniais, mas também uma esfera importantíssima dos danos patrimoniais: os lucros cessantes; eis que consagram, apenas, os danos emergentes. Sobre o

período primevo, os danos extrapatrimoniais eram entendidos como sinônimo de sofrimento e a indenização por lesões dessa natureza era encarada como contrária ao Direito por caracterizar uma afronta à moral, à exceção dos casos excepcionais em que a possibilidade de reparação era expressamente previsto pelo legislador¹⁹.

A esta antiga ideia de imoralidade na monetarização de um dano que não fosse exclusivamente patrimonial somava-se a dificuldade em mensurar, ou mesmo definir parâmetros para estimar este dano que, *a priori*, estaria representado por um sentimento, por algo não palpável²⁰.

No Brasil, a questão acerca da possibilidade de indenização por dano moral foi apaziguada com o advento do art. 5º, incisos V e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹, contudo, o que não restou pacificado foi seu conceito e a extensão de interesses abarcados por sua concepção.

Inicialmente, conceituava-se dano moral como todo o dano que não fosse patrimonial ou, ainda, o efeito não patrimonial de um dano²². Não se tratava, portanto de uma definição propriamente, mas de um conceito negativo. Essa definição normalmente era atrelada a sentimentos como dor, sofrimento, vergonha ou humilhação.

Esse critério, entretanto, não é adequado para verificar o que é dano moral²³, pois carece de especificidade, sendo altamente prejudicial à prática jurídica. Pode

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

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 145-146.

²⁰ Entendia-se que “[...] aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a “medida” do dano” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 146).

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

²² Encabeçando esse conceito, Aguiar Dias definia dano moral como “o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 740).

²³ “Com efeito, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa a vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação do dano a ser concedida. Nem aí, todavia, é imprescindível” (SCHREIBER, Anderson.

tanto restringir a constatação dos danos extrapatrimoniais ao sofrimento, e nesse caso seria necessário que o lesado demonstrasse, em todas as oportunidades, não apenas a dor, mas também que a sofreu em intensidade relevante; quanto permitir a expansão exacerbada dos mesmos, eis que padece de subjetividade excessiva e, por consequência, compromete a credibilidade do instituto.

Assim, tal método de aferição mostrou-se insuficiente, razão pela qual se evoluiu para a perspectiva segundo a qual considera-se dano a ofensa a qualquer interesse não proibido pela ordem jurídica, incluindo-se, portanto, os danos extrapatrimoniais, no sentido de ofensas à personalidade, a interesses difusos e coletivos²⁴.

A partir da constitucionalização do Direito Civil²⁵, diversas modalidades de danos extrapatrimoniais²⁶ foram somando-se aos danos patrimoniais, de forma a consolidar a ampliação da tutela dos Direitos de Personalidade²⁷.

Nessa perspectiva atual, danos extrapatrimoniais representam ofensa à dignidade, à pessoa e a interesses integrantes da personalidade, como a honra, a imagem e a liberdade, englobando outros interesses e valores, não apenas dor, sofrimento ou aborrecimento, como anteriormente se compreendia.

Quanto a essa conceituação, designada de Direito Civil-Constitucional, há, ainda, àqueles que os subdividem fazendo distinções. Moraes divide-os em danos morais subjetivos, que seriam as lesões relacionadas à dor, sofrimento, humilhação, os quais dependem da demonstração de intensidade que ultrapasse os dissabores comuns do cotidiano, e danos morais objetivos, que dizem respeito a ofensas a

Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134).

²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral:** indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137-145.

²⁵ Referida expressão diz respeito à transformação do direito civil pela normativa constitucional. Que tem como “característica predominante a aplicação dos princípios e das regras constitucionais às relações intersubjetivas de Direito Civil e a consequente defesa da unidade do ordenamento jurídico, através da superação da dicotomia público-privado” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 182.

²⁶ Sobre o tema ver: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015; FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 127, set., 2012, p. 157-195.

²⁷ Vide TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

atributos que individualizam as pessoas, aos Direitos de Personalidade propriamente ditos²⁸.

Cavaliere, por sua vez, detalha os danos morais distinguindo-os em dois aspectos: sentido estrito e sentido amplo. O primeiro refere-se a lesões que atingem o indivíduo em sua dignidade independentemente de sentimentos de dor, sofrimento e vexame. De acordo com o segundo, o sentido amplo, danos morais representam violações a direito ou atributo de personalidade²⁹, alinhando-se com o conceito de dano extrapatrimonial objetivo à luz da definição proferida por Moraes.

Essa maior proteção destinada ao ser, possibilitou o surgimento dos denominados novos danos³⁰ que, para além das figuras mais comuns como dano moral puro, dano à integridade psicofísica, dano estético e dano à saúde³¹, tutelam uma diversidade de outros bens ou interesses, como danos existenciais³², danos à privacidade³³, danos à imagem³⁴, danos por violação ao direito de identidade³⁵,

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 156.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105-109.

³⁰ Convencionou-se, na doutrina, denominar a expansão qualitativa do dano ressarcível de novos danos. Segundo Schreiber “na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85).

³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.91-92.

³² “Dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado a seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização ou mesmo suprimir de sua rotina” (SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44).

³³ O significado de privacidade e, por consequência, a maneira com que este direito deve ser protegido, altera-se constantemente, por estar vinculado ao período em que o titular situa-se. A definição inicial, feita por Warren e Brandeis em 1890, “o direito de ser deixado em paz” (no original right to be let alone) refletia um anseio de respeito aos aspectos da vida privada. Tal cenário foi impactado pelo desenvolvimento tecnológico de tal modo que o sentido de privacidade, atualmente, foi ampliado para abarcar a proteção de dados pessoais. (RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.13-18).

³⁴ A imagem é, aqui, vislumbrada como direito autônomo, porquanto, dissociado do direito à honra, de forma que “a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade” (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107)

³⁵ Também denominado de direito à identidade pessoal. Referido direito surgiu na Itália, na década de 70, a partir do Caso Veronesi, médico oncologista notoriamente conhecido por sua dedicação ao estudo dos malefícios do tabaco. Na ocasião, uma publicidade de cigarros utilizou uma frase

danos ao projeto de vida³⁶, perda das amenidades da vida³⁷ e *wrongful birth* e *wrongful life*, tema central do presente estudo.

A tutela desses interesses independe de uma associação com dor, vergonha ou humilhação, pois estes contêm valores intrínsecos próprios cuja violação comporta, *de per se*, direito à indenização.

Aliado aos três aspectos responsáveis pela evolução da responsabilidade civil, de ordem científica e tecnológica, social, individual e moral, não se pode olvidar de outro em específico que muito contribuiu para a expansão dos danos indenizáveis e para o aumento do número de pedidos ressarcitórios: a maior acessibilidade à justiça³⁸. A possibilidade de gratuidade judiciária, uma atuação mais ampla e abrangente da representação judicial (por meio da Defensoria Pública, defensores dativos, serviços assistência judiciária gratuita propiciado por universidades), a criação de Juizados Especiais³⁹ e novos recursos processuais,

isolada de entrevista concedida pelo Professor, deturpando completamente do contexto em que houve tal manifestação, para promover o cigarro *light*. Na propaganda, a empresa deu a entender que ele havia recomendado o cigarro light, algo absolutamente falso. A partir da judicialização da situação a *Corte di Cassazione* reconheceu a existência do *diritto alla identità personale* como o direito em não ver sua herança intelectual, política, social, religiosa, científica, ideológica ou profissional deturpada ou alterada (ITÁLIA. Corte di Cassazione. 22 giugno 1985, n. 3769).

³⁶ Diz respeito ao dano que inviabilizada a realização do, como o nome já esclarece, projeto de vida. É a lesão impede que a pessoa obtenha a realização profissional ou pessoal que almejava para sua existência. Segundo Sessarego, é o dano que “incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aun más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital.” (SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. **Revista Foro Jurídico** – Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, dic. 1996, p. 28). Seria, por exemplo, um cirurgião plástico, extremamente realizado que após muitos anos de prática e estudos atinge um patamar de excelência na sua profissão, realizando um sonho e, por uma lesão à mão, não pode mais exercer a profissão.

³⁷ É uma figura do Direito Francês que diz respeito à privação ou restrição das chamadas pequenas amenidades da vida, dos pequenos lazeres e satisfações que integram o cotidiano da vítima. Segundo Viney e Jourdain “à la perte de tous les agréments ordinaires de la vie, celles que soient leur nature et leur origine, c'est-à-dire à l'ensemble des souffrances, gênes et frustrations ressenties dans tous les aspects de l'existence quotidienne en raison de la blessure et de ses séquelles” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Les effets de la responsabilité**. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 261-262).

³⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85

³⁹ Nos Juizados Especiais, cuja criação foi instituída pelo art. 98 da CRFB, há, para facilitar o acesso à justiça, a possibilidade de dispensabilidade da figura do advogado (art. 9 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) e o acesso independe de custas, taxas e despesas, no primeiro grau de jurisdição, conforme prevê o art. 54 da mesma lei.

como as ações coletivas, desempenham importante papel no crescimento das ações indenizatórias.

Nada obstante a evidente benesse que esse espectro expansivo representa, este vem acompanhado da consumação de um antigo temor: a propagação exacerbada de pretensões indenizatórias desprovidas de verdadeira violação à interesse jurídico. É o fenômeno da banalização dos danos, também chamado de “indústria do dano moral”⁴⁰.

Como possível desincentivo ao ajuizamento de demandas frívolas e às pessoas que, ante situações cotidianas, aventuram-se constantemente em busca dos mais criativos pedidos indenizatórios⁴¹, Schreiber propõe a despatrimonialização da reparação, por meio do implemento de reparações não pecuniárias, na qual um dano extrapatrimonial poderia vir a ser compensado não apenas monetariamente, mas por compensações de natureza diversa, como, por exemplo, a retratação pública, o dever de organizar nova viagem no caso de férias frustradas⁴², bem como inúmeras possibilidades que podem vir a compor as indenizações.

Outra forma que pode se mostrar bastante eficaz para auxiliar os operadores de Direito é a elaboração, por parte da doutrina, de critérios, definições e pressupostos claros ao reconhecimento de novos danos que passem a surgir a partir de alterações sociais. Este balizamento pode conferir maior cientificidade à temática e propiciar segurança jurídica, sendo extremamente útil ao ordenamento jurídico, por

⁴⁰ “Mais do que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo *indústria* anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 194).

⁴¹ Cite-se, como exemplo, pretensão indenizatória ajuizada por pessoa jurídica em decorrência de coloração anormal de garrafa de cerveja, cujo proprietário sequer demonstrou ter buscado a troca junto ao fornecedor: APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. GARRAFA DE CERVEJA COM COLORAÇÃO ANORMAL. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO. CABIMENTO. 1. A simples alteração na coloração de garrafa de cerveja não é fato, por si só, passível de ensejar indenização por danos morais. 2. Para que houvesse a obrigação de indenizar, deveria, a requerente, ter comprovado, de forma cabal e efetiva, a ocorrência do dano, sobretudo em se tratando de dano moral, que pressupõe ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica, ônus do qual definitivamente não se desincumbiu nesse feito. 3. No caso, o valor fixado para os honorários advocatícios mostra-se incompatível, razão pela qual reduzo-os para R\$ 1.500,00. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70074021213**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 27 set. 2017).

⁴² SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos Danos Morais. **Revista VoxLex**: civil e processo civil, v.1, n. 1, mar.-abr., 2016, p. 51-67.

evitar que as demandas indenizatórias se tornem reféns de uma excessiva discricionariedade judicial.

Percebe-se, então, que responsabilidade civil passou por uma série de transformações: i) ampliação de um modelo exclusivamente fundado na culpa para abarcar a responsabilidade objetiva; ii) flexibilização do nexo causal; e, também, iii) expansão dos danos indenizáveis, os quais inicialmente limitavam-se a prejuízos de ordem patrimonial e, após longo período evolutivo, passaram a abarcar uma vasta gama de lesões a Direitos de Personalidade.

Tecidas as considerações acerca do trajeto histórico-evolutivo da responsabilidade civil e da tutela dos chamados novos danos, impende, ainda, a análise de aspectos evolutivos específicos da relação médico-paciente.

São diversos os fatores que contribuíram para o aumento dos casos em que os pacientes buscam ver-se reparados por circunstâncias decorrentes do atendimento por profissionais da saúde. Além do já mencionado abandono do conformismo com eventuais fatalidades, houve a pluralização do conhecimento técnico da área da saúde para diversas profissões, bem como livre acesso a conteúdo qualificado por meio da rede mundial de computadores.

Os conhecimentos específicos que em tempos anteriores não eram compreensíveis para aqueles que não exerciam o ofício, passam a ser, por meio dos mecanismos de disseminação de conhecimento na internet⁴³. Atualmente, esses recursos tornam informações, ainda que em nível mais básico ou meramente hipotético, acessíveis a um ponto que, de certa forma, não mais se tomam as indicações médicas como verdades absolutas e indiscutíveis, há uma maior equivalência de condições entre pacientes e médicos e, em parte, certa desconfiança acerca de um diagnóstico.

Outra grande alteração entre a relação médico-paciente é o abandono ao caráter familiar do atendimento. O atendimento por um mesmo médico à totalidade de uma família, no que conforma um vínculo mais estreito, atualmente, dá lugar ao atendimento impessoal, prestado por profissionais que muitas vezes desconhecem

⁴³ “El estado de la ciencia médica, en la cual muchas eran ;las dudas y pocas las verdades científicamente verificadas. Y si era restringido el campo de la verdad científica comprobada para el médico, mucho más lo era para el paciente, el que tenía poco acceso a dichos datos” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad Civil de los Médicos**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. Tomo I, 1997, p. 15).

aspectos íntimos relativos às pessoas que estão atendendo⁴⁴. Não há a criação de uma relação, presta-se um serviço que se extingue logo após o atendimento ser finalizado. Há, portanto, uma alteração na forma com que prestações médicas são encaradas, estas tornaram-se simples prestações de serviço de saúde. Esse caráter mais formal e pouco pessoal afasta um eventual constrangimento que os pacientes poderiam ter ao judicializar qualquer intercorrência no decorrer do atendimento médico.

Essas novas conformações da sociedade, de uma postura extremamente inconformada buscando frequentemente amparo pela via judicial e da natural impessoalidade e maior profissionalismo entre pacientes e médicos contribuem para o considerável aumento de demandas por erro médico⁴⁵.

Os custos relativos à criação e manutenção de uma criança tiveram um aumento candente nas últimas décadas. Se em momento histórico anterior a preocupação, basicamente, consistia em prover alimentação, atualmente tem-se que tal não é mais suficiente. A conformação social nos moldes contemporâneos impõe que os pais despendam valores consideráveis a ser empregados para propiciar estudo, saúde, vestuário, lazer e outros interesses diversos aos filhos. A disseminação de informações, mormente na ciência médica, também impactou a seara reprodutiva, de forma que hodiernamente há uma maior preocupação com a concepção.

Diante do contexto atual, maior acessibilidade a métodos contraceptivos e custo elevado de criação, casais têm atentado para o planejamento familiar com maior seriedade. Seja para escolher o momento adequado para a concepção, para evitá-la ou, quando esta ocorrer, para destinar especial atenção ao período gestacional e aos cuidados relativos ao feto.

Essa preocupação destinada ao planejamento familiar também pode ser percebida em razão da busca, expressivamente acentuada nas últimas décadas, por

⁴⁴ “El paciente depositaba toda su confianza en el profesional; éste era el ‘médico de la familia’ [...] consecuentemente, el médico tenía un contacto íntimo con su paciente y era respetado y querido” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad Civil de los Médicos**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. Tomo I, 1997, p. 14-15).

⁴⁵ Outras causas, não relativas à relação médico-paciente, são enumeradas como fatores de incremento de demandas indenizatórias contra médicos, como a falta de instrumental adequado, condições precárias de trabalho, a (falta de) preparação dos médicos socorristas, por exemplo. (KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus da prova e consentimento informado – responsabilidade civil em pediatria; responsabilidade civil em gineco-obstetria. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-22)

meios e técnicas de reprodução assistida⁴⁶, seja em razão de inseminação artificial, gestação por substituição⁴⁷ e, mais recentemente, pelo artifício do diagnóstico genético pré-implantação⁴⁸.

Assim, diante deste cenário, é natural que novos danos vinculados à atividade médica e, principalmente, à esfera reprodutiva, emergjam. É esse o caso da temática a ser abordada no presente trabalho: *wrongful birth* e *wrongful life*.

1.2 Conceituação e delimitação de *wrongful birth* e *wrongful life*

Os danos relacionados ao nascimento dividem-se em duas categorias e compreendem quatro tipos diferentes de danos. A primeira categoria, relativa ao nascimento de crianças saudáveis, subdivide-se em *wrongful pregnancy* e *wrongful conception*. *Wrongful pregnancy* é caracterizada pela situação em que o médico erroneamente informa a paciente que ela não está grávida, quando, na verdade, ela está. Tais casos raramente ocorrem. *Wrongful Conception*, por sua vez, diz respeito a falhas no método contraceptivo ou no procedimento de esterilização⁴⁹.

Os termos *wrongful conception* e *wrongful pregnancy* geralmente são

⁴⁶ Considerando-se as diversas possibilidades oferecidas atualmente pela medicina moderna, à mulher e ao homem infértil para gerar, se deve primeiramente buscar orientação e aconselhamento médico, que poderá definir qual a melhor técnica a ser empregada. Dependendo do caso poderá se recorrer à inseminação artificial homóloga, que é a realizada com a utilização de sêmen do marido ou do companheiro da paciente, ou uma técnica heteróloga, na qual utiliza-se o esperma de um doador fértil, ainda a fecundação artificial in vitro com participação genética do cônjuge ou de um doador (FIV), pela transferência de embriões (FIVETE), que consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina, pela transferência intratubária de gametas (GIFT), ou ainda, por outras técnicas mais complexas que podem envolver doadora de óvulo, doação de embriões ou, até mesmo, a maternidade de substituição. Enfim, os procedimentos cada vez mais se diversificam, buscando-se maior índice de sucesso nos resultados (BRAUNER, Maria Cláudia. **Novas Tecnologias Reprodutivas e Projeto Parental: Contribuição para o Debate no Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm#_ftnref. Acesso em: 21 jan. 2019).

⁴⁷ A Gestação por Substituição é a técnica que consiste na gestação, por pessoa alheia à relação, de feto concebido por meio de reprodução assistida; representa uma alternativa aos que desejam ser pais, no entanto, por impossibilidades genéticas ou médicas não têm a possibilidade de gestar (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66-67)

⁴⁸ “A través de este diagnóstico preimplantacional o preinplantatorio, se detectan las posibles anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas que pudieran tener los embriones *in vitro* antes de ser transferidos a la mujer”. (CIRIÓN, Aitziber Emaldi. **El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001, p. 94).

⁴⁹ LORENTZ, Romain M. The Use of Comparative Law by Courts in Birth-Related Cases. p. 640-656. In: ANDENAS, Mads; FARGRIEVE, Duncan. **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 641-642.

utilizados como sinônimos a identificar o mesmo dano ou a mesma ação, vez que ambos tutelam situações de nascimento de uma criança saudável fruto de falha médica, farmacêutica ou laboratorial⁵⁰. Para os fins do presente estudo, adotar-se-á a expressão *wrongful conception* para designar a completude de situações relativas à gravidez não planejada que resulta no nascimento de uma criança saudável.

A segunda categoria trata dos danos relativos ao nascimento de uma criança não saudável. Esta, objeto do presente estudo, abarca dois tipos de dano: *wrongful birth* e *wrongful life*.

Wrongful birth ocorre quando um profissional de saúde não detecta ou não informa aos genitores acerca (do risco de) da condição de incapacidade da futura prole, privando-os da possibilidade de evitar a concepção, ou de ponderar sobre a interrupção ou continuação da gestação⁵¹.

Wrongful life refere-se à situação em que a própria criança insurge-se contra os médicos, e, algumas vezes, contra os pais biológicos, por estes terem permitido, indevidamente, que viesse à existência, considerando que era conhecido ou deveria ser conhecido, que nasceria com aflições severas⁵².

A terminologia utilizada, que pode ser traduzida como nascimento indevido e vida indevida (ou desvaliosa), não é, de todo acertada, sendo alvo de críticas e ressalvas.⁵³ Contudo, considerando ser este o termo difundido na doutrina e na jurisprudência, far-se-á uso do mesmo ao longo do estudo, sempre no original em

⁵⁰ Em que pese a distinção entre *wrongful conception* e *wrongful pregnancy* ser rara, alguns autores compreendem que o segundo tutela todo o processo de gravidez e que o outro refere-se aos danos relacionados não apenas com a gravidez, mas também, com o nascimento e os gastos da criação (MAHONEY, Kathleen A. Malpractice claims resulting from negligent preconception genetic testing: do these claims present a strain of wrongful birth or wrongful conception, and does the categorization even matter? **Suffolk University Law Review**, v. 39, 2006, p. 775; GALLAGHER, Kathleen. Wrongful Life: Should the Actions be Allowed? **Louisiana Law Review**, v. 46, n. 6, 1987, p. 1322).

⁵¹ MEDINA, Graciela; WINOGRAD, Carolina. “Wrongful Birth”, “Wrongful Life” y “Wrongful Pregnancy”: Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa. p. 429-457. In: MEDINA, Graciela. **Daños en el Derecho de Familia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 430.

⁵² FEINBERG, Joel. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. **Social Philosophy & Policy**. Vol 4, Issue 1, p. 145-178, 1986, p.156.

⁵³ “As expressões << nascimento indevido >> e << vida indevida >> são infelizes, sugerindo muito mais do que aquilo que verdadeiramente está em causa nos referidos litígios”(ARAÚJO, Fernando. A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 96) // “As expressões [...] não podem, é certo, considerar-se felizes. [...] Desde que exista clareza quanto ao que substancialmente está em causa nos casos que elas pretendem designar – designadamente quanto aos exatos prejuízos invocados e à exata identidade do demandante -, tal terminologia não constituirá, porém, obstáculo a uma solução justa e adequada dos problemas suscitados nesses casos.” (PINTO, Paulo Mota. Indenização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (Wrongful Birth e Wrongful Life). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.3, p. 75-99, abr. 2008, p. 77).

inglês. Referida opção se justifica não só por ser a tipologia mais propagada e utilizada, mas também por se tratar do termo que mais facilmente identifica a temática.

Assim, convencionou-se utilizar *wrongful birth* e *wrongful life* para designar duas espécies de danos que são desencadeados por decorrência de violação à autonomia procriativa que, conseqüentemente, inviabiliza o planejamento familiar⁵⁴ ou ao suposto direito de não nascer. Trata-se da situação em que uma criança nasce com incapacidades decorrentes de condições genéticas e/ou congênitas, ou seja, a incapacidade é uma condição daquela criança⁵⁵, cuja ocorrência não pode ser atribuída a um ato médico⁵⁶. A imputação de responsabilidade ao médico ou à clínica hospitalar se dá em razão de uma falha na prestação de informações sobre o estado do feto ou do embrião. A lesão, portanto, diz respeito à impossibilidade, por

⁵⁴ Como a própria nomenclatura indica, trata-se da liberdade do casal de planejar como formarão a sua entidade familiar, seja por meio da escolha de não ter filhos ou de tê-los e, nesse caso, em que momento e que condições. Essa liberdade configura direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e vem acompanhado de um limitador: seu exercício deve fundar-se na parentalidade responsável. 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. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

⁵⁵ Segundo a OMS anomalias congênitas, também conhecidas como defeitos de nascimento, desordens congênitas ou malformações congênitas podem ser definidas como: anomalias estruturais ou funcionais (por exemplo, desordens metabólicas) que ocorrem durante a vida intrauterina e podem ser identificadas no período pré-natal, no nascimento, ou às vezes podem ser detectadas apenas mais tarde na infância, como nos casos de defeitos herdados. Estima-se que todos os anos 303.000 recém-nascidos morrem nas primeiras quatro semanas após o nascimento, em todo o mundo, devido a anomalias congênitas. Além da morte precoce, estas podem contribuir para a incapacidade a longo prazo, o que pode ter impactos significativos sobre indivíduos, famílias, sistemas de saúde e sociedades. (WHO. **Congenital anomalies**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/congenital-anomalies>. Acesso em 20 jan. 2019. Tradução nossa). Doenças genéticas, por outro lado, são comportamentos gênicos disfuncionais, os quais são comumente denominados como mutação genética. Essas mutações são responsáveis por causar doenças. Além disso, se as mutações genéticas existirem no óvulo ou no espermatozóide, as crianças podem herdar o gene defeituoso de seus pais. (WHO. **Genes and human diseases**. Disponível em <http://www.who.int/genomics/public/geneticdiseases/en/>. Acesso em: 20 jan. 2019. Tradução nossa). Ambas, doenças congênitas e doenças genéticas, podem ser hereditárias. As doenças congênitas podem ser genéticas ou decorrentes de infecções, como síndrome de rubéola congênita ou microcefalia causada pelo zika vírus. Tay Sachs e Síndrome de Down são exemplos de doenças genéticas que também são congênitas. A doença de Huntington, por exemplo, é uma doença genética não congênita, pois seus sintomas manifestam-se em idade adulta.

⁵⁶ “In neither wrongful life nor wrongful birth lawsuits did the doctor, strictly speaking, cause the child to become deformed or retarded. [...] The real novelty of wrongful life and wrongful birth claims is that the child, tragically, was already condemned to a deformed or retarded existence before the doctor negligently failed to diagnose or apprise the mother of the child’s condition” (BURNS, Thomas A. When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits. **Duke Law Journal**, v. 52, p. 807-839, 2003).

parte do casal ou da mulher, de tomar livremente decisões relativas à própria procriação em razão do equívoco ou insuficiência das informações prestadas⁵⁷. Da perspectiva da criança, o dano diz respeito ao fato de que seu nascimento com incapacidades não foi evitado.

Sendo assim, em consonância com o atual estágio medicinal, referidos danos poderão ser caracterizados quando houver falha diagnóstica ou informativa em quatro circunstâncias diversas: pré-conceptiva, pré-implantatória, pré-natal ou em decorrência de diagnóstico indireto.

O período pré-conceptivo diz respeito a diagnósticos solicitados a profissionais da saúde antes da concepção (momento em que há a fusão de gametas feminino e masculino) no intuito de averiguar riscos genéticos e hereditários que podem, eventualmente, vir a acometer uma futura prole⁵⁸.

A fase pré-implantatória, ao revés, refere-se a aconselhamentos genéticos prestados no contexto da reprodução assistida, através de procedimentos de inseminação artificial ou *fertilização in vitro*, mais notadamente por ocasião do diagnóstico genético de pré-implantação. Esse é o teste realizado para pesquisar gametas ou embriões a serem utilizados em técnicas de reprodução medicamente assistida para detecção de anormalidades cromossômicas e outras doenças genéticas.⁵⁹

O uso de referida técnica médica é controverso. As restrições centram-se, especialmente, na possibilidade de verdadeira seleção de características, que, de forma mais sensacionalista chega a ser chamado de “design de bebês” ou projeção

⁵⁷ “La conducta del profesional médico impide que los progenitores conozcan antes del transcurso del plazo legalmente fijado para interrumpir voluntariamente el embarazo, o antes de la concepción del niño, los males que afectan o amenazan a su descendencia futura; males cuyo origen no es relevante [...] y respecto de los que no se conoce remedio o cura [...]. Por tanto, bien por el silencio de esta información fundamental y necesaria para la adopción de decisiones respecto de su procreación futura” (MORILLO, Andrea Macía. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003, p. 42).

⁵⁸ SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil: as ações por concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life)**. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 34-36.

⁵⁹ WHO. **The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology**, 2009. Disponível em: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/en/. Acesso em: 16 maio 2017.

de filhos⁶⁰. A inquietação com relação ao diagnóstico genético pré-implantação remonta ao período sombrio da eugenia⁶¹.

Apesar de ser uma técnica extremamente polêmica e de seu uso ser severamente restrito em diversos ordenamentos jurídicos⁶², tal teste não é proibido no Brasil, encontrando previsão na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina – CFM⁶³, desde que realizado com a finalidade de evitar doenças⁶⁴.

Sendo assim, à luz do sistema jurídico brasileiro, falhas relativas a esse exame podem vir a ensejar demandas indenizatórias fundadas em *wrongful birth* e *wrongful life*.

A terceira situação diz respeito aos diagnósticos pré-natais⁶⁵ que constituem o acompanhamento realizado pelo profissional de saúde para averiguar as condições

⁶⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 24 ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 19-35.

⁶¹ A temática é extremamente relevante e interessante e será oportunamente analisada no terceiro capítulo, destinado ao exame das implicações ético-filosóficas de *wrongful birth* e *wrongful life*.

⁶² Na França, há lei que estipula o uso do diagnóstico genético de pré-implantação limitando-o às seleções realizadas para evitar doenças graves e incuráveis. No Reino Unido, a HFEA – Human Fertilization and Embryology Agency mantém uma lista detalhada de situações em que o exame é permitido (BAYEFKY, Michelle J. Comparative preimplantation genetic diagnosis policy in Europe and the USA and its implications for reproductive tourism. **Reproductive Biomedicine & Society Online**, v. 3, dec, 2016, p 41-47). A Alemanha, até pouco tempo atrás, 2011, proibia legalmente o uso de referido exame. Atualmente, as possibilidades são limitadíssimas, restrita à predisposição dos pais à uma doença genética grave (WÜLFINGEN, Bettina Bock Von. Contested change: how Germany came to allow PGD. **Reproductive Biomedicine & Society Online**, v. 3, dec. 2016, p. 60-67).

⁶³ I - PRINCÍPIOS GERAIS 5 - 5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente. VI –DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES 1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168 de 2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 17 nov. 2017).

⁶⁴ Caso em que é efetuada a chamada **seleção negativa**, por meio da qual é realizada triagem de desordens genéticas adversas após testes genéticos pré-implantação. O objetivo de Conselho Federal de Medicina é evitar o uso de testes genéticos de pré-implantação para identificar e usar embriões que contenham traço específico que os pais consideram desejável, como cor dos olhos, sexo, entre outros (denominada de seleção positiva). CASABONA, Carlos María Romeo. Las practicas eugenésicas: nuevas perspectivas.o.3-28. In: CASABONA, Carlos María Romeo (ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao: Granada. 1999, p. 04-05.

⁶⁵ O diagnóstico pré-natal consiste em um conjunto de técnicas destinado a investigar a saúde fetal ainda no período de vida intrauterina, entre os exames mais comuns realizados no pré-natal estão a ecografia, exames de sangue e amniocentese, exame por meio do qual se retira líquido amniótico do abdome materno para fins de análise. É um procedimento considerado invasivo e indicado perante a probabilidade de deformações genéticas durante a gravidez. É dirigido principalmente a casais com risco aumentado de gerar uma criança com uma anomalia genética ou congênita (BERNAL, Luz Mery; LÓPEZ, Greizy. Diagnóstico pré-natal: retrospectiva. **NOVA** - Publicación Científica en Ciencias Biomédicas, v. 12, n. 21, enero – junio, 2014, p. 23-30).

de saúde do feto. Esse acompanhamento, quando realizado de maneira correta, perdura por toda a gestação. Falhas cometidas nesta etapa não apenas prejudicam a prevenção, identificação e o tratamento de doenças do feto, como também retiram dos genitores a possibilidade de decisão esclarecida acerca da continuação ou não da gravidez⁶⁶.

A outra possibilidade elencada, diagnóstico indireto, corresponde às ocasiões em que o médico não alerta o paciente que com ele consulta sobre os riscos para uma descendência futura. É o caso, por exemplo, de um paciente que, acometido de uma doença, busca auxílio médico e realiza o tratamento. Nada obstante, em razão de insuficiência das informações prestadas, desconhece a possibilidade de transmitir a doença para suas gerações futuras e acaba sendo cerceado de seu direito de, ante o risco hereditário, optar por não procriar.

Assim, em síntese, nas situações de *wrongful birth* e *wrongful life* existe uma gravidez planejada, mas há falha médica em diagnóstico prestado em alguma das etapas de aconselhamento médico e a criança vem a nascer com deficiências que comprometem seu desenvolvimento e suas possibilidades de uma vida com autonomia plena⁶⁷. Observa-se que a falha médica não está diretamente ligada à doença ou incapacidade da criança, mas sim decorre de suas condições genéticas ou congênitas.

O erro médico consiste, portanto, no defeito de informação que, nesses casos, ocorre quando o médico não aconselha sobre a necessidade de efetuar novos exames, erra na interpretação do resultado dos exames, ou, apesar de tê-los interpretado corretamente, comunica o resultado de forma equivocada ou tardia aos pais⁶⁸. Em razão deste erro, os pais não puderam, de posse de todas as informações, optar por não conceber, por não transferir aquele embrião, por interromper a gravidez, considerando-se países ou situações em que o diagnóstico genético de pré-implantação ou o aborto são permitidos, ou, ainda, por ter o filho conscientes da incapacidade e suas implicações.

Wrongful birth e *wrongful life* são danos que podem fundamentar pretensões indenizatórias. Nas ocasiões em que estas ações são ajuizadas em razão de falha

⁶⁶ CIRIÓN, Aitziber Emaldi. **El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001, p. 118-128.

⁶⁷ RAPOSO, Vera. As Wrong Actions no Início da Vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010, p. 63-64.

⁶⁸ GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life: o conceito de dano em responsabilidade civil**. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 09-10.

pré-conceptiva e de diagnóstico indireto a parte alega que o erro diagnóstico ou a omissão informativa retirou a possibilidade de ponderação acerca dos riscos da concepção⁶⁹. Como consequência, os pais não puderam evitar a concepção ou fazer uso de alternativas que viabilizassem o nascimento de uma criança saudável⁷⁰.

Quando o fundamento da pretensão consiste na falha no diagnóstico genético de pré-implantação, o argumento utilizado é que este equívoco impossibilitou que os pais não implantassem aquele embrião e utilizassem outro que não viesse a apresentar a mesma doença ou síndrome incapacitante.

Nos casos em que há falha no dever de informação médica por ocasião do diagnóstico pré-natal, o feto já existe. Desse modo, um argumento possível para ações embasadas em erros cometidas nesse período seria a impossibilidade de realização de interrupção voluntária da gravidez ou de terapias fetais⁷¹. Além disso, os genitores podem alegar que a atitude displicente do médico os impediu de se prepararem melhor para atender as necessidades especiais de seu filho, sejam estas de ordem econômica ou educacional. Em ambos os cenários, tanto os genitores quanto a criança restaram prejudicados.

Por meio de ações de *wrongful birth* ou *wrongful life*, pleiteia-se, geralmente, o ressarcimento das despesas extraordinárias decorrentes da incapacidade e/ou a compensação pelo dano relativo à lesão à autonomia procriativa. Afinal, apesar de a doença não ter sido causada por erro médico, a falha na informação tolheu a possibilidade de os pais exercerem o planejamento familiar na posse de todas as informações pertinentes e/ou tomarem atitudes necessárias para mitigar os efeitos incapacitantes da doença de seu filho.

A partir da conceituação dos referidos danos, percebe-se que as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* geralmente baseiam-se nos mesmos fatos, de modo que as duas formas de indenizações parecem tratar do mesmo assunto e uma análise mais superficial poderia confundi-las. No entanto, tratam-se apenas de danos similares, com diferenciações pequenas, porém significativas. A primeira trata

⁶⁹ MORILLO, Andrea Macía. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003, p. 44-45.

⁷⁰ Em se tratando de doenças hereditárias o casal poderia fazer uso de técnicas de diversas reprodução assistida, como, por exemplo, gametas doados ou seleção embrionária.

⁷¹ MEDINA, Graciela; WINOGRAD, Carolina. “Wrongful Birth”, “Wrongful Life” y “Wrongful Pregnancy”: Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa, p. 429-457. In: MEDINA, Graciela. **Daños en el Derecho de Familia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 435.

da violação a direitos dos genitores, enquanto a segunda tutela uma lesão à criança.

A *wrongful birth* é a ação de indenização proposta pelos pais em seu próprio nome. Nessas ações, o argumento que normalmente é utilizado consiste no fato de que os genitores perderam o direito de tomar uma decisão informada sobre a gravidez relativa a um filho com defeitos congênitos, de modo que, se tivessem o conhecimento ou não tivesse ocorrido a negligência médica poderiam ter optado pelo aborto⁷², pela seleção de outro embrião, ou, ainda, poderiam ter se preparado adequadamente para a situação excepcional. Assim, entende-se que a falha no dever de informação por parte do médico cerceou a autonomia procriativa e o direito ao planejamento familiar, impossibilitando as escolhas de evitar, interromper ou conscientemente assumir os riscos da gravidez⁷³.

O pedido, ajuizado em desfavor do médico, geralmente abrange o ressarcimento dos custos da criação da criança, abarcando tanto os custos naturais de criação de um filho quanto os custos excepcionais necessários em razão da deficiência incapacitante desse filho, além de compensação pelos danos sofridos em razão da impossibilidade do aborto ou não implantação do embrião⁷⁴. Alguns genitores solicitam, ainda, a compensação pela alteração na rotina de vida. Afinal, a depender da gravidade da incapacidade é possível que a criança necessite de acompanhamento contínuo.

Nos locais em que essas ações resultam procedentes⁷⁵, costuma-se compensar economicamente os pais apenas em razão dos custos extraordinários da criação de uma criança deficiente. Tais despesas podem incluir tratamento médico e/ou cirúrgico, fisioterapia, terapia de visão, terapia ocupacional, acompanhamento por um auxiliar de saúde e serviços educacionais especiais, variando conforme a necessidade específica. Não se possibilita o ressarcimento dos custos normais da criação de um filho, pois se entende que os pais teriam esses custos, eis que planejaram a gravidez⁷⁶. Além disso, em alguns países, esses custos geralmente

⁷² GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life**: o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 10.

⁷³ BURNS, Thomas A. When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits. **Duke Law Journal**, v. 52, p. 807-839, 2003, p. 810

⁷⁴ GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life**: o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 11.

⁷⁵ O presente trabalho analisa a temática a partir de decisões proferidas por Tribunais dos Estados Unidos, Reino Unido, Holanda, Portugal, França e Itália, as quais serão analisadas no segundo capítulo.

⁷⁶ "Não todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas tão-só os relacionados com a deficiência da criança, pois os pais aceitaram voluntariamente aquela

estão cobertos pelo sistema público de saúde.

Wrongful life é a ação proposta pelo filho em nome próprio, representado pelos pais ou responsável. Por meio dessa ação se requer o ressarcimento pecuniário em razão das necessidades especiais⁷⁷ e a compensação pelo fato de ter nascido. Para tanto, utiliza-se o argumento de que se não fosse a negligência médica os genitores poderiam ter efetuado o aborto ou não teriam implantado aquele embrião e o filho, demandante, não teria que suportar o sofrimento de conviver com a incapacidade, pois não existiria⁷⁸.

Ambos os danos são alvo de polêmica. No entanto, as ações fundadas em *wrongful life*, especificamente, encontram óbices mais expressivos. Especialmente porque a falha na informação prestada pelo médico não causou a doença, decorrendo essa de condição genética ou congênita e se manifestaria independentemente do erro médico. A criança que veio a nascer infelizmente nunca teve a chance de uma vida livre de deficiências, a opção seria a vida com aquela deficiência ou a não existência.

Essa é a questão central da ação de *wrongful life*: a criança não está buscando reparação pela deficiência, mas pela existência. Esse é o ponto mais crítico e questionável, pois o dano alegado decorre do próprio nascimento, seria o fato de ter nascido e ter que existir com incapacidade severa, isto é, ter que viver uma vida “que não vale a pena ser vivida”⁷⁹. E, nesse caso, haveria a necessidade de ponderação entre os danos provenientes da existência com incapacidades severas e a não existência, incumbência deveras penosa, razão pela qual diversos Tribunais têm entendido que não há a existência de dano, ou, ao menos, dano indenizável⁸⁰.

gravidez, logo, “conformara-se” com as despesas do primeiro tipo” (RAPOSO, Vera. As Wrong Actions no Início da Vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010, p. 88)

⁷⁷ Quando estas não foram requeridas por meio de ação de *wrongful birth* ou relativamente ao período pós maioridade do país em que a ação foi ajuizada. (GALLAGHER, Kathleen. *Wrongful Life: Should the Actions be Allowed?* **Louisiana Law Review**, v. 46, n. 6, 1987, p. 1327-1329).

⁷⁸ GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life: o conceito de dano em responsabilidade civil**. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 11.

⁷⁹ “Vida que não vale a pena ser vivida é uma vida tão cheia de sofrimento que a não-existência seria preferível” (COHEN, Glenn. *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*. **Minnesota Law Review**, v. 96, n. 2, 2011, p. 423-519), tradução nossa.

⁸⁰ Conforme será observado no capítulo destinado à análise dos *leading cases* no Direito Comparado, durante o período da pesquisa foi identificado que o reconhecimento de situações de *wrongful life* como dano indenizável não é a regra. Nos Estados Unidos, por exemplo, apenas os Estados da Califórnia, New Jersey, Washington e Maine o reconhecem.

No que tange às denominadas *wrongful actions*⁸¹, existe ainda a ação de *wrongful conception*, que não integra o objeto do presente estudo, eis que diz respeito ao nascimento de crianças saudáveis. Contudo, breves esclarecimentos e a diferenciação entre essa ação e as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* mostram-se necessários.

A ação de *wrongful conception* objetiva a reparação pelos danos referentes a uma gravidez não planejada. No dano, denominado de *wrongful conception*, o casal, ou a pessoa, faz uso de métodos contraceptivos que, por falha médica ou farmacêutica, não se mostram eficazes e uma criança saudável nasce⁸².

Não se olvida que há autores que entendem que à essa modalidade soma-se a possibilidade do nascimento de uma criança não saudável, cujo risco de nascimento com incapacidade não foi de todo informada aos pais ou, ainda, estes foram erroneamente informados e a criança veio a nascer com deficiência genética - é o posicionamento defendido, por exemplo, por Paulo Mota Pinto⁸³.

Não obstante, optou-se, nesta dissertação, por adotar a classificação na qual a *wrongful conception* diz respeito, apenas, ao nascimento de crianças saudáveis. Da mesma forma, optou-se por tratar de situações de *wrongful pregnancy* e de *wrongful conception* de forma unificada sob a expressão "*wrongful conception*".

Os principais exemplos de situações que ensejam referida insurgência são relativos à prática de intervenções médicas para esterilização, como os procedimentos de vasectomia ou ligadura de trompas, que se mostram ineficazes. Estes podem ser assim considerados seja em razão de uma má execução do procedimento, de modo que este não é apto ao fim que se destina: evitar a concepção; pela omissão de informação acerca dos riscos de insucesso da intervenção ou, ainda, pela falha na prestação de esclarecimentos acerca de cuidados posteriores, como, por exemplo, a necessidade de realização de exame de espermograma, no caso da vasectomia.

⁸¹ *Wrongful actions*, ou *wrong actions*, é a terminologia utilizada para se referir às ações ajuizadas em casos de danos relacionados ao nascimento. Estes abarcam o tema da dissertação, *wrongful birth* e *wrongful life*, e os danos relativos ao nascimento de uma criança saudável: *wrongful conception* e/ou *wrongful pregnancy*. (RAPOSO, Vera. As Wrong Actions no Início da Vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010).

⁸² HENSEL, Wendy. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 40, 2005, p.151.

⁸³ PINTO, Paulo Mota. Indenização em Caso de "Nascimento Indevido" e de "Vida Indevida" (*Wrongful Birth* e *Wrongful Life*). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.3, p. 75-99, abr. 2008, p. 76.

Outra situação que pode desencadear referido dano é a ineficácia dos métodos contraceptivos, seja em razão do fármaco mostrar-se absolutamente inapto para impedir a fecundação, seja em decorrência de erro, por parte do profissional médico, na aplicação do medicamento, no caso das vacinas.

No Brasil, um caso específico ganhou notoriedade e passou a ser conhecido como “caso das pílulas de farinha”. No evento em comento, um lote de cartelas do anticoncepcional Microvlar, destinado a ser utilizado apenas para teste de maquinário, justamente por que não continha o princípio ativo, ou seja, era composto apenas de farinha (placebo), não foi devidamente descartado e, por uma sucessão de falhas nos sistemas de controle da empresa, essas cartelas passaram a ser comercializadas e consumidas, o que ocasionou diversos episódios de gravidez indesejada.

Referido incidente foi analisado no REsp 866.636/SP⁸⁴, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. O Recurso Especial não foi conhecido, mantendo-se os termos da decisão proferida na ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo, que condenou o laboratório ao pagamento de compensação por danos morais coletivos no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O mesmo fato também foi apreciado no REsp n. 1.096.325/SP⁸⁵, no qual o STJ manteve decisão que condenou o laboratório a pagar pensão mensal à criança, até que atingisse 21 anos, além do pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais).

Assim, possível perceber que a ação de *wrongful conception* é adequada apenas para casos em que se evidencia erro médico ou farmacêutico. Essa ação não tutela erro dos consumidores acerca da utilização de medicamento, tampouco o cuidado insuficiente no período pós procedimento contraceptivo: ela serve exclusivamente para os casos em que o procedimento foi realizado de forma equivocada, seja por culpa do médico ou do fármaco. Em outras palavras, os tratamentos ou o meio indicado não se prestou para essa finalidade, configurando meio ineficaz para evitar a gravidez indesejada.

Há, ainda, duas ocorrências que podem caracterizar situação de *wrongful*

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp 866.636/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 29 nov. 2007, DJ 06 dez. 2007.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp 1096325/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 09 dez. 2008. DJe 03 fev. 2009.

conception: falha no procedimento de interrupção voluntária de gravidez⁸⁶ e gravidez detectada em momento posterior ao prazo legal previsto para o aborto⁸⁷, nos locais em que há essa permissão. No entanto, inexistente consenso acerca de qual dano configura: *wrongful conception* ou *wrongful birth* e/ou *wrongful life*. A definição decorrerá, partindo-se da concepção adotada pelo presente trabalho, do fato de a gravidez não ser planejada e de a criança nascer saudável ou não.

A diferenciação entre *wrongful conception* e danos decorrentes de *wrongful birth* reside na forma com que o planejamento familiar é prejudicado. Na *wrongful conception* a criança não é planejada, nem desejada, o casal ou a pessoa que pleiteia indenização fez uso de medidas necessárias e adequadas à contracepção, justamente porque não desejava ter filhos, de modo que a falha resultou na violação do direito de planejamento familiar.

Outra distinção que deve ser destacada é o fato de que em *wrongful conception* a criança que vem a nascer em razão da falha contraceptiva é saudável. Não se fala, nesse dano, em condição de incapacidade, pressuposto para configuração de *wrongful birth*.

Por esta perspectiva, tem-se que em casos de *wrongful conception* há falha médica ou farmacêutica que viola a decisão da pessoa ou casal em não procriar, cujo resultado é o nascimento de uma criança saudável. Em contrapartida, em *wrongful birth* o erro médico é relativo ao diagnóstico ou informação acerca de uma (provável) condição de incapacidade que acomete(rá) a criança.

No que tange ao resultado de ações de *wrongful conception* é possível afirmar que o instituto passou por diversas alterações jurisprudenciais⁸⁸.

Nos Estados Unidos, local em que se originou a discussão sob a terminologia de *wrongful conception*, a jurisprudência adotou, inicialmente, a chamada “*blessing theory*”, segundo a qual o nascimento de um filho sempre representaria um evento

⁸⁶ É o caso, na Itália, das sentenças da Corte di Appello di Venezia, que, em 23.07.1990, entenderam que o nascimento de uma criança não planejada, fruto de falha em procedimento de esterilização, permite o ressarcimento dos custos de manutenção desse filho.

⁸⁷ No Direito Brasileiro, essa é uma possibilidade, atualmente, real, pois a possibilidade de descriminalização do aborto realizado durante o primeiro trimestre de gravidez é objeto da ADPF 442, que aguarda julgamento. Assim, se a interrupção voluntária de gravidez realizada até a décima segunda semana vier a ser descriminalizada, demandas indenizatórias ajuizadas com base em *wrongful conception* pela não detecção de gravidez até esse período passarão a configurar uma hipótese válida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão de Convocação de Audiência Pública em ADPF n. 442/DF**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 23 mar. 2018.

⁸⁸ Essas são bem retratadas pela Corte de Apelações de New Hampshire, Estados Unidos, no caso *Kingsbury v. Smith*, em 1982 (122 N.H. 237).

abençoado. Na ocasião, não se reconhecia qualquer tipo de reparação, pois o nascimento não poderia ser vislumbrado como qualquer forma de lesão.

Reconhecendo a insuficiência da teoria e que o nascimento de uma criança, apesar de ser um evento abençoado, poderia sim acarretar danos à mãe ou aos pais, passou-se a admitir a reparação do valor gasto com o método contraceptivo que não foi eficaz e despesas diretamente ligadas ao nascimento da criança, quais sejam as despesas médico-hospitalares referente a todo o período gestacional, ao parto, à perda salarial experimentada pela mãe nesse período e, eventualmente, os danos extrapatrimoniais sofridos em razão da falha contraceptiva⁸⁹.

A discussão doutrinária e jurisprudencial passou a centrar-se na possibilidade de reparação pelos custos com a criação do filho não planejado, essa sim extremamente polêmica e, até hoje, controversa.

No que pertine aos valores da criação do filho fruto de *wrongful conception* existem três teses divergentes: segundo a primeira o responsável pela falha deve arcar com a totalidade dos custos da criação dessa criança; na segunda entende-se que deve haver uma mitigação dos custos relativos à criação deste filho em razão dos benefícios da parentalidade, eis que, uma vez superados os danos extrapatrimoniais decorrentes do nascimento não planejado, os pais irão usufruir do privilégio de ter um filho; na terceira não se admite a recuperação dos gastos relativos à criação da criança⁹⁰.

Mesmo os adeptos dessa terceira posição, impossibilidade de reparação pelos gastos de criação, admitem a existência de uma exceção: quando os demandantes comprovarem que o uso do método contraceptivo falhou deu-se, especificamente, em razão da impossibilidade financeira do casal de prover o sustento da criança sem incorrer em prejuízo na subsistência da entidade familiar⁹¹.

Ações dessa natureza são relativamente comuns no cenário brasileiro e a jurisprudência predominante tem deferido o ressarcimento das despesas com o parto e devolução do valor gasto com o método, para os casos em que houve falha

⁸⁹ DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. **Prosser and Keeton on Torts**. 5. ed. St. Paul/MN: West Group, 2004, p. 372.

⁹⁰ MARK, David J. Liability for Failure of Birth Control Methods. **Columbia Law Review**, v. 76, n. 7, nov., 1976, p. 1187-1204.

⁹¹ Nesse sentido, a decisão da Corte Federal de Apelações para o District of Columbia, no caso *Hartke v. McKelway* (D.C.Cir. 1983, 707 F. 2d. 1544) e dois casos julgados pela corte de apelações do Estado da Pennsylvania, nos casos *Mason v. Western Pennsylvania Hospital*, de 1981 (286 Pa.Super. 354, 428 A.2d 1366) e *Mason v. Western Pennsylvania Hospital*, de 1982 (499 Pa. 453, 453 A.2d 974.)

no dever de informação ou em que se caracterizou o erro médico⁹².

Outro instituto similar a *wrongful birth* e *wrongful life*, os danos por erro médico, deve ser analisado a fim de evitar possíveis confusões. Neste último, o dano sofrido decorre diretamente do ato médico, seja da negligência, do erro ou da omissão. Nas primeiras, o erro médico está no dever de informação. Todavia, independentemente de a informação ter sido prestada corretamente, a criança nasceria com a deformidade.

A fim de ilustrar a distinção, empregar-se-á, à título de exemplo, o uso do medicamento talidomida durante a gravidez⁹³. Atualmente, o conhecimento de que o uso de tal medicamento durante a gravidez causa malformações físicas é notório. Contudo, supõe-se duas hipóteses: a) uma mulher grávida recebe a indicação do uso do medicamento talidomida por seu médico e seu filho vem a nascer com deformidade; b) uma mulher grávida fez uso do medicamento talidomida e depois procurou um médico que não a informou dos riscos de malformação de seu feto. A primeira hipótese caracteriza dano por erro médico, a segunda constitui falha no dever de informação que poderia vir a embasar ação de *wrongful birth* ou *wrongful life*.

Há uma modalidade de danos causados ao nascituro denominada *prenatal injuries*, que também não se confunde com *wrongful life*. *Prenatal injuries* são compreendidas como lesões sofridas pelo feto, durante a vida intrauterina. Tradicionalmente estão associadas à impactos físicos suportados pela mãe que ocasionam prejuízos ao nascituro, como no caso de colisões automobilísticas ou quedas. Atualmente esses danos são mais frequentemente resultados de exposição materna a drogas lícitas e ilícitas, cigarro, toxinas ou alimentos contaminados⁹⁴.

Nesta modalidade, a condição de saúde do feto foi prejudicada por ato de terceiro. Não fosse a conduta lesiva o feto não padeceria daquela incapacidade. Em

⁹² Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70067085787**. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Julgado em 29 jan. 2016. BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70055467765**. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 13 nov. 2013. BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70058338039**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26 mar. 2014. BRASIL. Tribunal de Justiça de SP. Quinta Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 494.864-4/6-00**. Relator Mathias Coltro. Julgado em 18 nov. 2009. Publicado em: 03 dez. 2009.

⁹³ Comprovou-se que uso desse medicamento durante a gravidez causa malformações e deformidades físicas, razão pela qual há lei que prevê o pensionamento àqueles afligidos pela denominada “síndrome de talidomida”, vide Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982.

⁹⁴ DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. **Prosser and Keeton on Torts**. 5. ed. St. Paul/MN: West Group, 2004, p. 781-784.

wrongful life a incapacidade não decorre da conduta lesiva de uma pessoa, ela é uma característica inata da criança. A falha diz respeito ao diagnóstico ou à informação.

Interessa destacar um dano emergente que tem embasado pretensões indenizatórias: *wrongful adoption*, ou, adoção errônea⁹⁵. No Direito norte-americano e, mais recentemente, em outros ordenamentos jurídicos, tem se discutido o dano relativo à omissão de assistentes sociais e agências de adoção quanto a informações relacionadas à saúde do adotado⁹⁶. Nestes, os adotantes receberam informações inverídicas, ou simplesmente não foram notificados acerca de problemas físicos, emocionais ou de desenvolvimento da criança adotada.

Em tais situações, em razão de falha atribuível a pessoas ou instituições responsáveis pelo processo de adoção, os pais adotivos são surpreendidos com despesas relativas a cuidados médicos⁹⁷. A diferença entre *wrongful birth*, *wrongful life* e *wrongful adoption* reside na pessoa responsável pela falha informativa. Nos primeiros, o médico não realiza o diagnóstico relativo a uma pessoa ou casal, seu embrião ou seu feto, ou não o divulga adequadamente, e uma criança com incapacidades nasce. No segundo, por outro lado, a instituição de adoção omitiu, deliberadamente ou não, informações pertinentes acerca de uma criança que já nasceu e espera uma adoção.

Situações de *wrongful life* são, erroneamente, associadas a casos de “vida insatisfatória”, ou *disadvantaged life*. Nestes uma criança saudável demanda seus genitores em razão de condições familiares ou sociais desvantajosas. A insurgência

⁹⁵ Este dano foi inicialmente debatido nos Estados Unidos, a partir do julgado *Burr v. Stark County Board of Commissioners*, de 1986. Neste, a assistente social informou os adotantes que a criança era saudável. Pouco tempo após a adoção os pais descobriram a leve condição de retardo mental da criança. Além disso, tal criança foi posteriormente diagnosticada com doença de Huntington. Os riscos de a criança ser acometida por tal doença, considerando a filiação e o histórico anterior, eram altos cognoscíveis ao tempo da adoção (TREFETHEN, Amanda. *The Emerging Tort of Wrongful Adoption*. **J. Contemp. Legal Issues**, v. 11, p. 620-624, 2000).

⁹⁶ Referida temática foi, recentemente, julgada na Colômbia. Na sentença de 04 de setembro de 2013, o Tribunal Administrativo do Norte de Santander apreciou e julgou procedente a ação de reparação ajuizada por um casal de pais adotivos contra o Instituto Colombiano de Bem-Estar da Família (ICBF) e o Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses. Na ocasião os pais não foram informados acerca da incapacidade da criança, posteriormente diagnosticada com esquizencefalia fechada bilateral, que produz insuficiência muscular que limita severamente o desenvolvimento psicomotor. A incapacidade, neste caso, de acordo com o quadro de classificação de incapacidade regional, é de 97,4%. (KOTEICH, Milagros. “Wrongful adoption’: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia?” **Revista de Derecho Privado**, universidad externado de Colombia, n. 28, p. 437-453, jan.-jun., 2015)

⁹⁷ KOPELS, Sandra. *Wrongful adoption: Litigation and liability*. **Families in Society**, v. 76, n. 1, p. 20-29, 1995, p. 20.

refere-se à privação de uma infância tida como normal em um seio familiar regular⁹⁸. A criança utiliza-se do argumento de que circunstâncias não satisfatórias de sua vida, como nascimento em uma minoria, em condições estigmatizantes ou de escassos recursos financeiros seriam equiparadas a incapacidades.

Conforme será analisado no próximo capítulo -destinado à análise dos *leading cases* –, a primeira demanda por *wrongful life* tratava, em verdade, de um caso de *disadvantaged life*. Neste caso, *Zepeda v. Zepeda*, um filho moveu ação indenizatória em face do pai por ter nascido em condição de ilegitimidade. Tais ações são, e devem ser sempre, rechaçadas⁹⁹.

Também não se confunde *wrongful birth* e *wrongful life* com danos existenciais. Os danos existenciais restam configurados quando, em decorrência do ato de um terceiro, há “alteração relevante da qualidade de vida [...] uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, que a pessoa sofre em suas atividades cotidianas”¹⁰⁰.

Assim, em que pese não se possa confundir os institutos, não se pode olvidar que algumas situações de *wrongful birth* podem ser cumuladas com danos existenciais. É evidente que os pais que planejaram ansiosamente a chegada de um filho e, face uma falha médica desconhecem a incapacidade deste sendo cerceados da possibilidade de escolha de outro embrião ou de interrupção da gestação já em curso, terão alterações na qualidade e no projeto de vida.

Na maioria das vezes não poderão, esses pais, sair, seja para jantar, seja para ir ao cinema, eis que uma criança com incapacidades severas demanda cuidados especiais e não pode ser deixada sob responsabilidade de uma babá, por exemplo. E, mesmo se a deixarem, é certo que sempre persistirá uma séria preocupação. Além disso, possivelmente não poderá, a família, usufruir de férias e, muito provavelmente, serão necessários reajustes nas agendas laborativas dos pais para que a assistência seja prestada à criança¹⁰¹. Inúmeras são as possibilidades,

⁹⁸ MORILLO, Andrea Macía. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003, p.18-20; 41.

⁹⁹ ESTADOS UNIDOS. Appellate Court of Illinois. **Zepeda v. Zepeda**, 190 N.E.2d 849 (Ill. App.2d 240, 1963).

¹⁰⁰ Sobre o assunto ver SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

¹⁰¹ Tais circunstâncias foram analisadas nas denominadas sentenze gemelle nº 8.827 e 8.828, julgadas em 2003 pela Corte de Cassação italiana. Nestas, foi apreciada, e provida, “a ação de indenização por dano patrimonial, moral, biológico e existencial ajuizada por um casal, por si e na condição de pais e responsáveis por um menino que sofreu lesões físicas graves por erro no

sendo plenamente possível cumulá-las.

Assim, aclara-se que *wrongful birth* e *wrongful life* dizem respeito a danos relativos ao nascimento de uma criança não saudável. Nestas a incapacidade não é resultante de negligência médica, pois decorre de condição de incapacidade inata da criança. Em outras palavras, a condição de incapacidade decorre de aspecto genético ou congênito da própria criança. Nesse cenário, o ato do profissional de saúde pode ser considerado como uma falha pois, segundo o padrão de medicina atual, seria possível realizar o diagnóstico ou prestar as informações pertinentes à doença, cientificando os genitores acerca da condição incapacitante.

Nota-se, então, que a conduta médica só poderá ser classificada como um erro se houver, ao tempo do equívoco, a possibilidade de: i) prever os riscos de a criança nascer com incapacidade; ii) identificar a anomalia no embrião antes deste ser implantado; ou, iii) diagnosticar a deficiência do feto¹⁰².

Todas essas hipóteses estão condicionadas à possibilidade fática de prestação da informação. Ou seja, se os genitores não buscaram o aconselhamento médico pré-conceptivo ou se a doença hereditária não era identificável ao tempo do aconselhamento, não seria exigível que o médico tivesse alertado os pais, antes da concepção, acerca dos riscos que poderiam vir a acometer a futura prole.

Da mesma forma, na eventualidade de o casal recorrer à reprodução assistida para conceber, ao médico incumbe avisar que existe o diagnóstico genético de pré-implantação. Caso os genitores demonstrem interesse, o histórico familiar de ambos deve ser investigado com a finalidade de determinar quais doenças devem ser examinadas no teste. A outra alternativa seria aconselhar estes sobre a necessidade do uso de material genético de um terceiro doador. Além disso, a anomalia apresentada pela criança deve ser passível de identificação por meio do exame.

parto” (SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 78-79).

¹⁰² Com finalidade exemplificativa, cita-se a seguinte situação hipotética sugerida por González: “Uma mulher grávida enceta o processo caracteristicamente conducente ao atendimento pré-natal. Dirige-se ao seu médico para fazer diversos *check-ups*. Este monitoriza a gravidez e orienta-a através de cada etapa. Durante o procedimento o risco de o feto nascer com deficiências congénitas torna-se verossímil ou evidente. O médico que a assiste age, porém, com diligência diminuída, emblematicamente por causa de uma falha no diagnóstico pré-natal ou pré-concepcional (emitido o tecnicamente falso-negativo), seja deixado de prescrever o percurso apropriado a tomar, seja preceituando um método inadequado para o efeito seja simplesmente não alertando a mãe acerca dos riscos inerentes à situação em que concretamente se encontra. [...] A criança nasce, todavia, com certo tipo de deformidade, defeito ou incapacidade suscetível de embarçar fortemente o desenvolvimento de uma vida normal e autossuficiente”. (GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life**: o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 09-10).

Por fim, com relação aos equívocos na etapa pré-natal, é necessário que a (suspeita de) malformação do feto pudesse ser constatada por meio do acompanhamento médico. Se, por exemplo, o médico identificar algo atípico nos exames de rotina, deve informar acerca da suspeita e recomendar a realização de exames mais específicas. Sendo impossível detectar qualquer indício da incapacidade não é exigível que o médico a informe.

Além disso, devem ser consideradas as condições de trabalho desse médico. Este tem a tecnologia ou os materiais imprescindíveis para identificar indícios da incapacidade disponíveis? Outro fator a ser considerado é a colaboração do paciente. Ora, se o médico aconselhou a realização de um exame, mas o paciente não o fez ou, ainda, fez mas não lhe enviou os resultados, a falha de diagnóstico ou informativa não pode ser atribuída ao profissional de saúde.

A avaliação do erro médico dependerá, e muito, do contexto fático. Não apenas as possibilidades propiciadas pela medicina à época do fato importam, mas as atitudes dos pacientes também são relevantes.

Conceituados e delimitados os complexos danos objeto do presente estudo, faz-se necessária a análise de seus principais *leading cases* no Direito Comparado. Isso porque, em que pese a importante contribuição doutrinária para o tema da *wrongful birth* e *wrongful life*, o surgimento, assim como o desenvolvimento da temática se deu, principalmente, através da jurisprudência.

2 LEADING CASES NO DIREITO COMPARADO

Wrongful birth e *wrongful life* são fenômenos complexos que envolvem uma gama de considerações legais, culturais, éticas e econômicas. Trata-se de um tema multidimensional, portanto, com desenvolvimento construído a partir da jurisprudência, sendo que as primeiras menções a estes danos advieram de ações indenizatórias ajuizadas nos Estados Unidos e remontam à década de 60. É por esta razão que à jurisprudência é atribuída tamanha importância.

Com o intuito de possibilitar uma melhor compreensão acerca destes dois tipos de danos serão examinados, no presente capítulo, os *leading cases* relativos à temática.

Assim, a partir da análise das argumentações utilizadas e da decisão proferida nos casos célebres ora abordados, busca-se demonstrar a origem da temática e sua evolução no Direito Comparado.

Para tal, a apresentação dos *leading cases* será dividida em dois tópicos, 2.1 e 2.2. Inicialmente, expor-se-á a evolução das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* no Direito norte-americano, eis que pioneiro no debate destas, encerrando-se o tópico com uma perspectiva ampla e geral acerca de ambos os danos no Direito Estadunidense.

Em um segundo momento, examinar-se-á as principais decisões proferidas por sistemas jurídicos europeus, mais especificamente no Reino Unido, Holanda, França, Portugal e Itália, vez que decisões proferidas pelos três primeiros tiveram ampla repercussão jurídica e midiática, inclusive fora do Continente Europeu. A análise dos dois últimos se justifica em razão da construção jurisprudencial acerca da temática.

O tópico 2.2 será finalizado com breves apontamentos acerca de duas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e a exposição do panorama obtido a partir da análise dos *leading cases* citados no decorrer do capítulo.

No panorama dos julgados realizados nos Estados Unidos optou-se pela análise dos primeiros casos acerca do tema no ordenamento norte-americano e das decisões que, posteriormente, vieram a acrescentar alguma contribuição para o desenvolvimento do fenômeno.

O critério de escolha adotado para a seleção dos casos foi de relevância em razão da precursoriedade e da influência das decisões para o ordenamento jurídico em que esta foi proferida e para o Direito Comparado¹⁰³.

Não obstante, ressalta-se que não se desconhece a existência de julgados mais recentes que, contudo, não serão abordados¹⁰⁴.

2.1 *Wrongful Birth e Wrongful Life* nos Estados Unidos

A primeira decisão judicial enfrentando a problemática do *wrongful birth* adveio da Suprema Corte de New Jersey, em 1967, o caso *Gleitman v. Cosgrove*.

Em 20 de abril de 1959, a Senhora Gleitman foi examinada pelo médico Cosgrove, que descobriu que esta estava grávida de dois meses. Na ocasião, ela o informou que, em março daquele mesmo ano, havia sido diagnosticada com rubéola e questionou se a doença poderia, de alguma forma, afetar o bebê. O médico respondeu que não causaria efeito algum na criança.

Nos três meses seguintes, a Senhora Gleitman realizou o acompanhamento pré-natal junto aos médicos do exército, na base em que seu marido estava alocado, retornando ao consultório do Dr. Cosgrove em julho. Na oportunidade, ela foi atendida pelo Dr. Dolan e, ao questionar, novamente, sobre os efeitos da rubéola, afirmou ter recebido uma resposta tranquilizadora.

Sendo assim, a Sra. Gleitman, infectada por rubéola no início da gestação, recebeu, reiteradas vezes, a equivocada informação, por parte de seus médicos, de que o bebê não tinha riscos de nascer deficiente em razão da doença por ela contraída.

¹⁰³ Com relação ao contexto europeu, as decisões proferidas pelas cortes do Reino Unido, Holanda e França foram elegidas em virtude de sua repercussão jurídica e midiática que, inclusive, serviu de inspiração para julgadores de outros países. Por sua vez, as decisões italianas e portuguesas analisadas foram escolhidas por decorrência da construção jurisprudencial que resultou da experiência nestes ordenamentos. Tem-se que esta evolução pode contribuir para a adequação do tema ao Brasil.

¹⁰⁴ Como por exemplo, no segmento relativo a *wrongful life* nos Estados Unidos. São três os Estados em que houve acolhimento jurisprudencial desta figura, sendo usualmente citados os precedentes em cada um deles. Nesta dissertação, será analisada a decisão proferida pelo Estado da Califórnia, eis que pioneira. Os precedentes dos outros dois Estados (*Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 656 P.2d 483, 496 (Wash. 1983), de Washington, e *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755, 764 (N.J. 1984), de Nova Jersey), não foram objeto da análise. Da mesma forma, as decisões posteriores, à exceção de outra da Califórnia, proferida por Corte superior à do *leading case*, não serão examinadas, pois não acrescentam elementos inovadores que sejam merecedores de destaque. Além disso, nos julgados mais recentes, como por exemplo *Ginsberg v. Quest Diagnostics, Inc.*, 130 A.3d 1245 (2016), julgado pela Suprema Corte de Nova Jersey, não houve alteração de entendimento.

O menino, Jeffrey, nasceu em 25 de novembro de 1959 e, inicialmente, não apresentou nenhuma sequela. Nada obstante, poucas semanas depois, as sérias deficiências visuais, auditivas e de fala tornaram-se aparentes. Jeffrey foi operado diversas vezes, o que lhe possibilitou alguma capacidade visual. Foi constatado, pelo perito médico dos demandantes, que as condições de Jeffrey foram causadas pela rubéola contraída pela Sra. Gleitman no primeiro trimestre de gravidez. Em razão de suas condições, fez-se necessário que ele frequentasse escola especial para crianças cegas e surdas.

Referido contexto foi objeto de ação indenizatória ajuizada pela criança, pela mãe e pelo pai. O bebê, Jeffrey, representado por seus pais, postulou compensação pelos danos que alegou sofrer em razão de seus defeitos congênitos, *wrongful life*, portanto. A mãe, Sra. Gleitman, requereu a compensação pelas consequências emocionais, decorrentes da condição de seu filho e o pai, Sr. Gletman, solicitou ressarcimento das despesas com o cuidado de seu filho.

O argumento utilizado pela criança é de que não fosse a negligência médica, ou seja, falha na informação prestada a sua mãe, ele não teria nascido e, como consequência, não teria que sofrer os efeitos de suas deficiências.

Após discorrer acerca da impossibilidade de ponderação entre uma vida com impedimentos e a não existência, o Tribunal entendeu que os argumentos utilizados inviabilizavam logicamente a aferição do dano alegado¹⁰⁵ e concluiu que a conduta médica não geraria danos reconhecíveis por lei, considerando, por maioria, inadmissível tal pretensão, e que a conduta do profissional de saúde não teria gerado danos reconhecidos pelo Direito¹⁰⁶.

No que tange à compensação dos danos que os pais alegaram ter sofrido, em razão da impossibilidade de opção pelo aborto, o Tribunal compreendeu que o direito de a criança viver se sobrepõe ao direito parental de não sofrer danos

¹⁰⁵ “The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination. This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of New Jersey. **Gleitman v. Cosgrove**, 49 N.J. 22, 227, A.2d 689, 692 (1967)).

¹⁰⁶ “We hold that the first count of the complaint on behalf of Jeffrey Gleitman is not actionable because the conduct complained of, even if true, does not give rise to damages cognizable at law” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of New Jersey. **Gleitman v. Cosgrove**, 49 N.J. 22, 227, A.2d 689, 692 (1967)).

emocionais ou patrimoniais¹⁰⁷. Assim, sob o fundamento da preciosidade da vida humana, da impraticabilidade de calcular os danos decorrentes da impossibilidade de usufruir dos benefícios da maternidade e paternidade consideradas normais e de o aborto ser contrário à política pública do Estado, os pedidos formulados pelos pais também foram extintos.¹⁰⁸

O primeiro caso procedente de *wrongful birth*, *Becker v. Schwartz*, foi julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque em 1978.

Em setembro de 1974, a Senhora Becker, da idade de trinta e sete anos à época, engravidou. Em outubro, ela e seu marido descobriram sobre a gravidez e, a partir deste momento até o nascimento de seu filho, ela realizou todo o acompanhamento com os mesmos médicos. Em maio de 1975, a criança fruto dessa gravidez nasceu, porém, para surpresa do casal, apresentava sério retardo e danos cerebrais, provenientes da Síndrome de Down.

Sob a alegação de que não foi informada pelo seu médico sobre o aumento dos riscos de a criança nascer com Síndrome de Down decorrente de gravidez tardia, tampouco foi aconselhada a efetuar o exame de amniocentese, que poderia ter identificado se o feto possuía a mencionada síndrome, a família Becker ajuizou ação de indenização em desfavor dos médicos sustentando que, caso tivesse conhecimento acerca do exame, a Senhora Becker o teria realizado e, na eventualidade de detecção da condição de Síndrome de Down do feto, teria realizado aborto dentro do período legalmente previsto.

Por meio da ação judicial, o casal buscou a reparação pelas despesas relativas à criação da criança, que eram substanciais e duradouras. A Senhora Becker postulou indenização pelos danos emocionais e físicos sofridos em decorrência do nascimento da criança com Síndrome de Down e o Senhor Becker solicitou o ressarcimento das despesas médicas decorrentes do tratamento do filho e pela perda do trabalho de sua esposa. Além disso, o filho do casal postulou, na

¹⁰⁷ “Though we sympathize with the unfortunate situation in which these parents find themselves, we firmly believe the right of their child to live is greater than and precludes their right not to endure emotional and financial injury. (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of New Jersey. **Gleitman v. Cosgrove**, 49 N.J. 22, 227, A.2d 689, 692 (1967)).

¹⁰⁸ *Gleitman v. Cosgrove* foi superado em 1979, pelo caso *Berman v. Allan*, com relação ao reconhecimento da pretensão como juridicamente acionável e a possibilidade de compensação por estresse emocional (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. **Becker v. Schwartz**, 46 N.Y.2d 401 (1978)), e, em 1981, pelo caso *Schroeder v. Perkel*, relativamente no que tange à reparação de danos pelas despesas médicas referentes à doença não identificada pelo médico (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of New Jersey. **Schroeder v. Perkel**, 87 N.J. 53 (1981) 432 A.2d 834).

mesma ação, compensação por *wrongful life*.

Relativamente ao pedido de *wrongful life*, o Tribunal apontou duas falhas lógico-argumentativas. A primeira de que a criança não teria sofrido nenhuma lesão reconhecida pelo Direito e que a reflexão acerca do que seria melhor, não ter nascido ou ter nascido com incapacidades severas, caberia à Filosofia ou à Teologia¹⁰⁹. Alertou, ainda, para uma questão importantíssima: caso o nascimento com incapacidades fosse juridicamente identificável como lesão, qual seria o padrão de nascimento aceitável? Quem o definiria? A segunda diz respeito ao fato de que o cálculo dos danos dependeria de uma ponderação entre a vida com incapacidades e a inexistência, comparação que a lei não estaria apta a realizar¹¹⁰. O pedido de *wrongful life* foi julgado extinto por não se tratar de pretensão juridicamente reconhecida.

Relativamente aos pedidos formulados pelo casal Becker, o Tribunal, por maioria, extinguiu o pedido de reparação por danos emocionais e físicos, entendendo que caberia ao legislativo atribuir possibilidade jurídica ao pedido. Entretanto, deferiu reparação pelos custos adicionais que uma criança especial demanda, confirmando, desta forma, o primeiro caso [parcialmente] procedente de *wrongful birth*¹¹¹.

Um importante fator adicional deve ser levado em conta. Em 1973, entre as

¹⁰⁹ “Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians” (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. **Becker v. Schwartz**, 46 N.Y.2d 401 (1978))

¹¹⁰ “The damages recoverable on behalf of an infant for wrongful life are limited to that which is necessary to restore the infant to the position he or she would have occupied were it not for the failure of the defendant to render advice to the infant's parents in a non negligent manner” (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. **Becker v. Schwartz**, 46 N.Y.2d 401 (1978))

¹¹¹ No caso em comento, o juiz Wachtler, ao discordar em parte, chamou a atenção para o fato de que a maioria, ao julgar procedente o pedido de reparação das despesas extraordinárias da criação da criança, estaria criando um novo dano (“The majority [...] has held [...] that the doctor owed a duty directly to the parents and thus they may recover, for a violation of their own rights, the special costs of raising the handicapped child. This involves the creation of a completely new tort.”). A mesma ressalva também foi observada pelo juiz Cook que, ao dissentir da maioria, afirmou: “By holding the doctor responsible for the birth of a genetically handicapped child, and thus obligated to pay most, if not all, of the costs of lifetime care and support, the court has created a kind of medical paternity suit. It is a tort without precedent, and at variance with existing precedents both old and new. Indeed the members of the majority are divided among themselves as to what principle of law requires the doctor to pay damages in this case. The limits of this new liability cannot be predicated. But if it is to be limited at all it would appear that it can only be confined by drawing arbitrary and artificial boundaries which a majority of the court consider popular or desirable. This alone should be sufficient to indicate that these cases pose a problem which can only be properly resolved by a legislative body, and not by courts of law”. (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. **Becker v. Schwartz**, 46 N.Y.2d 401 (1978)).

duas decisões acima mencionadas, o caso *Roe v. Wade* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos¹¹². Referido caso reverteu todo o olhar sobre a questão do aborto e do direito de escolha da gestante ao determinar que a mulher tem um direito constitucionalmente protegido de optar por abortar durante o primeiro trimestre da gravidez.

A tese fixada em *Roe v. Wade*, permitindo o aborto em certas hipóteses, redefiniu todos os parâmetros das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* no território norte-americano, pois, a partir desta decisão, foi reforçado o argumento de que, em posse de todas as informações necessárias o casal ou a mulher teria optado pelo aborto, essa opção passou a ser considerada uma viabilidade fática e jurídica.

Outro *leading case* americano acerca do assunto é o caso *Siemieniec v. Lutheran General Hospital*, julgado pela Suprema Corte de Illinois, em 1987.

No caso em comento, a Sra. Siemieniec concebeu seu filho em fevereiro de 1980. O histórico familiar dela demonstrava que dois de seus primos, já falecidos, eram hemofílicos. Preocupada com a possível ocorrência desse distúrbio de coagulação hereditário em sua criança já concebida, procurou aconselhamento genético no Hospital Geral Luterano, durante o primeiro trimestre de gravidez, para determinar a probabilidade dessa contingência, momento em que teria informado a intenção de interromper a gravidez caso o risco de seu filho sofrer de hemofilia fosse alto. Na ocasião, a Sra. Siemieniec foi aconselhada sobre a disponibilidade de testes diagnósticos genéticos pré-natais (amniocentese e coleta de sangue fetal) e um dos médicos se comprometeu a analisar a certidão de óbito de seus primos falecidos.

Cerca de duas semanas depois, os médicos informaram à Senhora. Siemieniec que a probabilidade de ser portadora de hemofilia clássica era "muito baixa". Confiando nessas informações, o casal Siemienic fez uma escolha consciente de prosseguir com a gravidez.

Seu filho, Adam, nasceu em 17 de outubro de 1980, e, após um episódio de sangramento, foi diagnosticado como um hemofílico do tipo B. Inconformados com o erro médico quanto ao diagnóstico e a prestação de informações, a família Siemienic ajuizou ação indenizatória por *wrongful birth* e *wrongful life*.

O casal pugnou a reparação pelos danos patrimoniais relativos às despesas médicas extraordinárias, decorrentes da condição de Adam, durante a menoridade

¹¹² ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. **Roe v. Wade** (1973) 410 U.S. 113 [35 L. Ed. 2d 147, 93 S. Ct. 705].

deste e compensação pelos danos extrapatrimoniais em razão do sofrimento emocional e angústia pela criação e cuidado com um filho hemofílico.

A Corte entendeu que reivindicações por *wrongful life* não poderiam ser reconhecidas no Estado de Illinois sem a existência de orientação legislativa clara nesse sentido, pois a política pública vigente no Estado previa, expressamente, a proteção e prevenção da santidade de toda a vida humana, sendo incompatível com a possibilidade de considerar a inexistência melhor do que uma vida com incapacidades¹¹³.

Relativamente aos pedidos formulados pelo casal, a Corte julgou procedente o pleito de danos patrimoniais relativos às despesas extraordinárias (médicas, hospitalares, institucionais e outras) necessárias para o adequado tratamento da condição de Adam. Todavia, entendeu, por maioria, que o pedido de compensação pelo estresse emocional e pela angústia mental que o casal alegou ter sofrido não caracterizava pretensão acionável, por considerar que tal reparação exigiria, como resultado deste estresse, demonstração de danos físicos ou alguma doença¹¹⁴¹¹⁵.

No que pertine às ações embasadas em situação de *wrongful birth* no sistema jurídico norte-americano impende, ainda, mencionar o caso *Duplan v. Harper*, julgado em 1995 pelo Décimo Circuito da Corte de Apelação dos Estados Unidos¹¹⁶,

¹¹³ “Recognition of a cause of action for wrongful life in this case would therefore require this court to find that Adam had an interest in avoiding his own birth, i.e., that there is a fundamental legal right not to be born when birth would necessarily entail a life of hardship. [...] We therefore conclude that Adam’s claim for relief for the extraordinary medical expenses which he expects to incur during his majority is not actionable because the alleged negligent conduct complained of, even if true, does not give rise to an injury cognizable at law.” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Illinois. **Siemieniec v. Lutheran General Hospital** - 117 Ill. 2d 230, 512 N.E.2d 691)

¹¹⁴ “Thus, under the holding of Rickey, before a plaintiff can recover for negligently caused emotional distress, he must have, himself, been endangered by the negligence, and he must have suffered physical injury or illness as a result of the emotional distress caused by the defendant’s negligence.” Referido argumento advém do precedente Rickey v. Chicago Transit Authority (1983), 98 Ill. 2d 546, 555, no qual entendeu-se que, pela regra da zona de perigo (the zone-of-danger rule), o espectador de um acidente de trânsito teria direito a ajuizar ação por lesão física ou doença resultante de aflição emocional mesmo não tendo sido diretamente atingido, mas, para tal, teria que demonstrar lesão física ou doença como resultado do sofrimento emocional em razão da proximidade com o perigo criado pelo causador do acidente.

¹¹⁵ O juiz Simon, dissidente no ponto, afirmou que tal regra não seria aplicável ao caso, uma vez que têm por objetivo elidir indenizações por danos extrapatrimoniais baseadas em alegações fraudulentas ou frívolas, risco que seria muito inexpressivo em situações de falha médica em investigar adequadamente ou aconselhar os pais sobre o risco de que seu filho nasceria com uma doença congênita grave. (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Illinois. **Siemieniec v. Lutheran General Hospital** - 117 Ill. 2d 230, 512 N.E.2d 691).

¹¹⁶ Trata-se de uma das Cortes federais de apelação, cuja jurisdição territorial inclui os Estados de Kansas, New Mexico, Colorado, Wyoming e Utah, assim como a parte do Parque Nacional de Yellowstone que se estende até Montana e Idaho (ESTADOS UNIDOS. **The United States Court of Appeals for the Tenth Circuit**. General Information. Disponível em: <https://www.ca10.uscourts.gov/clerk>. Acesso em 04 nov. 2018).

de âmbito federal, portanto.

Em junho de 1992, a Senhora Duplan descobriu que estava grávida. Como seu ambiente de trabalho a expunha a alto risco de infecção por citomegalovírus (CMV), que pode ocasionar malformações genéticas, a Senhora Duplan fez o teste para determinar se era imune ao CMV, pois, ela e seu marido não queriam correr o risco de ter um filho com malformações decorrentes do vírus.

O resultado indicou que a Senhora Duplan tinha uma infecção primária contínua por CMV, o que representava um risco significativo de seu bebê desenvolver defeitos congênitos graves. Dr. Harper, médico contratado pela clínica pertencente à Força Aérea, pediu que uma enfermeira, funcionária da Força Aérea, informasse os resultados do teste à Senhora Duplan. Esta, por telefone, apenas avisou que os resultados do teste CMV eram positivos. Incerta se o resultado positivo significava que ela era imune ou se estava infectada, ligou para a enfermeira e pediu esclarecimentos, ao que esta respondeu, incorretamente, que um resultado positivo significava que ela era imune ao vírus.

Confiando na informação prestada pelos profissionais de saúde, a Senhora Duplan não interrompeu a gravidez. Zachary, seu filho, nasceu surdo, com atraso no desenvolvimento, perda de certas habilidades motoras, retardo mental, microcefalia e nistagmo, causados pelo citomegalovírus.

Inicialmente, o casal Duplan ajuizou a ação no Tribunal Estadual de Oklahoma, em 10 de janeiro de 1995, que foi removida para o Tribunal Distrital Federal, por ter sido ajuizada em desfavor de funcionários da Força Aérea. Dois dias após ajuizar a ação, em 12 de janeiro de 1995, o casal protocolou reivindicação administrativa junto à Força Aérea. Em 27 de março de 1995, o Governo postulou o desprovimento da ação judicial argumentando que o casal não havia esgotado a via administrativa antes de ingressar com a ação judicial. O Tribunal Distrital, com o acordo das partes, suspendeu o caso até a resolução do processo administrativo.

Em julho de 1995, as reivindicações administrativas do Casal Duplan foram negadas. Em 21 de agosto de 1995, o Tribunal Distrital reabriu o caso. Dois dias depois, o casal ajuizou outra ação pelo mesmo fato em desfavor dos Estados Unidos. O Tribunal as consolidou e, em seu julgamento, concluiu que o Dr. Harper e a enfermeira foram negligentes e responsabilizou os Estados Unidos por essa negligência, condenando-o ao pagamento de duzentos mil dólares por seu sofrimento emocional, e dois milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil e cem

dólares pelos custos extraordinários dos cuidados de Zachary.

A Corte de Apelação para o Décimo Circuito dos Estados Unidos confirmou a jurisdição do Tribunal Distrital e a indenização concedida ao casal Duplan, apenas afastando o entendimento de que o Dr. Harper equiparava-se a um funcionário do governo. Frisou, todavia, que tal fato não afetaria o direito à indenização, podendo o Governo ajuizar ação de regresso.

Conforme denota-se da evolução jurisprudencial acima apresentada, a decisão *Roe v. Wade*, que possibilitou que mulheres optassem por interromper voluntariamente a gravidez, assim como o aperfeiçoamento na seara de diagnósticos médicos, conhecimentos genéticos e pesquisas fetais, contribuíram fortemente para que as ações indenizatórias fundadas em *wrongful birth* no território norte-americano, ressalvadas algumas exceções¹¹⁷, passassem a ser juridicamente reconhecidas. Assim, atualmente, as divergências mais relevantes acerca da temática recaem sobre a abrangência da indenização, se estas devem contemplar danos extrapatrimoniais ou não e qual a extensão dos danos patrimoniais a serem ressarcidos.

Igual sorte não assiste às pretensões indenizatórias baseadas em situação de *wrongful life* que, diferentemente de sua semelhante, padecem de significativas controvérsias, sendo extremamente polêmicas e, não raro, sumariamente rejeitadas.

O termo “*wrongful life*” foi utilizado pela primeira vez no caso *Zepeda v. Zepeda*, julgado pela Corte de Apelação de Illinois em 1963. Tal expressão

¹¹⁷ Nos Estados Unidos, apenas dez dos cinquenta Estados não reconhecem ações baseadas em *wrongful birth*. Quatro Estados norte-americanos rejeitam a possibilidade de pretensões indenizatórias fundadas em situação de *wrongful birth* por meio da jurisprudência: Carolina do Norte (*Azzolino v. Dingfelder*), Geórgia (*Atlanta Obstetrics and Gynecology Group v. Abelson*), Kentucky (*Grubbs v. Barbourville Family Health Center*) e Michigan (*Taylor v. Kurapati*) e outros sete através de legislação: Idaho (ESTADOS UNIDOS. Idaho Code Section 5-334, Disponível em: <https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/title5/t5ch3/sect5-334/>. Acesso em: 11 fev. 2019), Minnesota (ESTADOS UNIDOS. **Minnesota Statutes**. Section 145-424. Disponível em: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/145.424>. Acesso em 12 fev. 2019.; Missouri (ESTADOS UNIDOS. **Missouri Revised Statutes**. Section 188.130. Disponível em: <http://revisor.mo.gov/main/OneSection.aspx?section=188.130&bid=9384&hl=>). Acesso em 11 fev.2019; Pennsylvania (ESTADOS UNIDOS. **Pennsylvania Consolidated Statutes**. Section 8305. Disponível em: <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=42&div=0&chpt=83&sctn=5&subctn=0>. Acesso em: 11 fev. 2019; Dakota do Sul (ESTADOS UNIDOS. **South Dakota Codified Law**. § 21-55-2. Disponível em: https://sdlegislature.gov/Statutes/Codified_Laws/DisplayStatute.aspx?Type=Statute&Statute=21-55-2. Acesso em 11 fev. 2019; Utah (ESTADOS UNIDOS. **Utah Code Ann.** § 78-11-23 a 25. Disponível em: <https://le.utah.gov/~2008/bills/hbillint/hb0078.htm>. Acesso em 12 fev. 2019) e Michigan (ESTADOS UNIDOS. **Michigan Compiled Law Ann.** §600-2971. Disponível em: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(d2b50cpam15pkjxfsvoyqb\)\)/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-600-2971](http://www.legislature.mi.gov/(S(d2b50cpam15pkjxfsvoyqb))/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-600-2971). Acesso em 11 fev. 2019).

“generalizou-se, nos Estados Unidos, por ‘contraposição’ ao ilícito da ‘morte indevida’ (*wrongful death*)”¹¹⁸.

Referido julgado analisou um pedido de indenização ajuizado pelo filho em face do pai, sob a alegação de que ele teria sido gerado ilegítimamente em razão de seu pai ter iludido sua mãe com promessas de casamento que não poderia cumprir, pois já era casado¹¹⁹.

Assim, o pai o teria condenado a conviver com o estigma de bastardo, tolhendo-o da possibilidade de ser um filho legítimo, de ter uma casa normal e do direito de herança, em relação ao pai e aos ancestrais paternos, e por ser estigmatizado pela condição de filho ilegítimo, o que, naquele contexto histórico do ano de 1963, efetivamente configurava uma realidade e representava dano¹²⁰.

A ação tratava de pedido absolutamente novo, que nunca havia sido postulada em nenhuma corte de Illinois ou qualquer outro Estado dos Estados Unidos, de modo que seu reconhecimento, que implicaria a criação de um novo dano, foi considerado temerário pela Corte¹²¹.

Assim, apesar de reconhecer a existência de dano, a Corte rejeitou o pedido, extinguindo-o, por entender que seu reconhecimento significaria, além da criação de um novo tipo de dano, o incentivo a ações contra pais por quaisquer insatisfações em relação a estes, seja em razão doença, raça ou condições familiares¹²².

¹¹⁸ PINTO, Paulo Mota. Indenização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (*Wrongful Birth e Wrongful Life*). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.3, p. 75-99, abr. 2008, p. 76.

¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS. Appellate Court of Illinois. **Zepeda v. Zepeda**, 190 N.E.2d 849 (Ill. App.2d 240, 1963).

¹²⁰ Ao longo da decisão o juiz Dempsey discorre acerca do tratamento destinado a crianças consideradas como ilegítimas e explica que, a partir de uma conscientização e demanda social, algumas medidas legislativas foram surgindo em todo o território norte-americano para amenizar a discrepância de tratamento destinada a filhos classificados como legítimos e ilegítimos, à época. Como por exemplo destas ele cita o direito ao sobrenome paterno, a possibilidade de compelir os pais a sustentá-lo até os dezoito anos, contudo, a disparidade de direitos persistia.

¹²¹ “Recognition of the plaintiff’s claim means creation of a new tort: a cause of action for wrongful life. The legal implications of such a tort are vast, the social impact could be staggering”. Ato contínuo, a Corte ilustrou, por meio de dados estatísticos, o porquê do receio com o reconhecimento de tal dano: “In 1960 there were 224,330 illegitimate births in the United States, 14,262 in Illinois and 10,182 in Chicago”, o nascimento de filhos fora do casamento, porquanto classificados como ilegítimos, era comum e muito frequente na sociedade (ESTADOS UNIDOS. Appellate Court of Illinois. **Zepeda v. Zepeda**, 190 N.E.2d 849 (Ill. App.2d 240, 1963).

¹²² “What does disturb us is the nature of the new action and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation”. (ESTADOS UNIDOS. Appellate Court of Illinois. **Zepeda v. Zepeda**, 190 N.E.2d 849 (Ill. App.2d 240, 1963).

Nada obstante, o caso não se enquadraria em situação de *wrongful life*, eis que o autor não apresentava condição de incapacidade¹²³.¹²⁴

Outra pretensão indenizatória fundadas em *wrongful life*, também notória, já foi objeto de análise da presente pesquisa quando do estudo de *wrongful birth*: *Gleitman v. Cosgrove* em 1967. Como visto, nesta ação o pedido de *wrongful life* foi rejeitado sob o argumento de não caracterizar dano reconhecido por lei.

Um caso frequentemente citado como primeiro passo em direção ao reconhecimento de ações fundadas em *wrongful life* é o caso *Park v. Chessin*, de 1977, julgado pela Divisão de Apelação da Suprema Corte de Nova Iorque¹²⁵.

Em junho de 1969, Hatty Park deu à luz a uma criança que faleceu apenas cinco horas após o nascimento, em razão de síndrome renal policística¹²⁶. O Senhor e a Senhora Park, imediatamente após o falecimento de seu filho, buscaram os obstetras responsáveis pelo nascimento deste e os questionaram acerca do risco desta doença acometer sua futura prole, ao que os médicos responderam ser quase nulo. Confiando no aconselhamento médico prestado, o casal Park decidiu conceber novamente e, em julho 1970, sua filha Lara, nasceu com a mesma doença, sucumbindo em razão desta após dois anos e meio de vida.

O casal e a criança ajuizaram ação indenizatória na qual o casal postulou compensação por sofrimento emocional, despesas médicas e lucros cessantes por parte da Senhora Park, e, em favor da criança, danos por *wrongful life*.

A Corte, por maioria, confirmou a decisão que entendeu que os autores teriam embasamento jurídico para reaver as despesas médicas e que o pedido de *wrongful life* seria judicialmente identificável. A corte determinou que uma pretensão jurídica viável por *wrongful life* existia no caso em comento, fundamentando sua decisão no

¹²³ Em que pese a alegação por parte do autor de que sua condição de “bastardo” caracterizaria uma incapacidade, esta, além de não representar incapacidade para os fins da presente pesquisa, pois trata-se de um juízo de valor subjetivo realizado pela sociedade da época em razão do estado civil dos pais e não de eventuais limitações físicas ou mentais, não teria aplicação no contexto social atual em que vige a igualdade entre os filhos (vide art. 226, §6º da CRFB).

¹²⁴ Outro caso célebre, erroneamente citado como situação de *wrongful life* em diversas fontes, que também foi julgado extinto, é o caso *Williams v. State* (1966) 25 App.Div.2d 906 [269 N.Y.S.2d 786]), no qual uma criança saudável, representada por seu guardião, ajuizou ação indenizatória fundada em *wrongful life*, em desfavor do Estado de Nova Iorque, alegando que, em razão da negligência estatal no cuidado com a sua mãe, paciente em um hospital estadual para os doentes mentais, que lhe concebeu a partir de estupro ocorrido dentro da instituição, foi privada de seus direitos de propriedade, de uma infância normal, de cuidados parentais e da vida doméstica, posto que nasceu a partir de relação havida fora do casamento, recaindo sob o estigma de filha ilegítima, portanto.

¹²⁵ (ESTADOS UNIDOS. New York Supreme Court. **Park v. Chessin**. 400 N,Y,S,2d 110, 112 (App, Div, 1977).

¹²⁶ Doença hereditária que, à época, era considerada fatal.

direito fundamental de nascer como um ser humano saudável e funcional e na necessidade de adaptação do Direito a mudanças tecnológicas, sociais e econômicas^{127, 128}.

Nada obstante, referida decisão foi revertida pela Corte de Apelação de Nova Iorque¹²⁹ no julgamento conjunto com o caso *Becker v. Schwartz*, já examinado no item relativo à *wrongful birth*, no qual os juízes concluíram que *wrongful life* não caracteriza pretensão juridicamente reconhecível¹³⁰.

Outro caso de *wrongful life* que merece destaque é o *Curlender v. Bio-Science Laboratories*¹³¹, julgado pela Corte de Apelação da Califórnia em 1980. Referido julgado representa grande marco na construção de ações dessa natureza, pois foi o primeiro caso em que se reconheceu o dano alegado permitindo o ressarcimento de danos relativos à própria existência.

Os pais da demandante, Shauna Curlender, consultaram o laboratório Bio-Science, em 21 de janeiro de 1977, para detectar se portavam o gene da doença de Tay-Sachs. No entanto, em razão de falha na detecção dos genes, informação incorreta foi prestada o que impossibilitou que os pais evitassem a gravidez ou

¹²⁷ “Cases are not decided in a vacuum; rather, decisional law must keep pace with expanding technological, economic and social change. Inherent in the abolition of the statutory ban on abortion (Penal Law, former § 125.05; cf. Education Law, former § 6514) is a public policy consideration which gives potential parents the right, within certain statutory and case law limitations, not to have a child. [...] The breach of this right may also be said to be tortious to the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being” (ESTADOS UNIDOS. New York Supreme Court. **Park v. Chessin**. 400 N.Y.S.2d 110, 112 (App. Div. 1977)).

¹²⁸ Referida decisão foi criticada não apenas pela doutrina (vide, a título de exemplo, COHEN, M. E. *Park v. Chessin: The Continuing Judicial Development of the Theory of “Wrongful Life”*. **American Journal of Law & Medicine**, v. 4, n. 3, outono de 1978, p 211-232) como pelo Juiz Titone, dissidente na ocasião, que afirmaram que a decisão não confrontou os argumentos utilizados em outros julgados, todos contrários à admissibilidade de pedidos fundados em situações de *wrongful life*, tampouco identificou a quais mudanças tecnológicas, sociais e econômicas o Direito deveria adaptar-se ou a fonte do direito fundamental de nascer como um ser humano saudável e funcional, fundamentos que embasaram a decisão.

¹²⁹ No Estado de Nova Iorque, diferentemente da maioria dos Estados norte-americanos, a Suprema Corte de Nova Iorque (New York Supreme Court) é a primeira instância (general jurisdiction, trial court), a segunda é composta pelas Divisões de Apelação da Suprema Corte (Appellate Division of the Supreme Court), que julgou *Park v. Chessin* (1977) e a última instância estatal é a Corte de Apelação (New York State Court of Appeals). (ESTADOS UNIDOS. **New York State Unified Court System**. Disponível em: <https://www.nycourts.gov/courts/index.shtml>. Acesso em 17 nov. 2018).

¹³⁰ Em ambas a procedência do pedido formulado pelos pais, relativo às despesas extraordinárias com o tratamento médico, foi mantida (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the State of New York. *Becker v. Schwartz*, 60 A.D.2d 587, 587 (N.Y. App. Div. 1977). **Becker v. Schwartz**, 46 N.Y.2d 401 (1978).

¹³¹ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of California. **Curlender v. Bio-Science Laboratories**, 106 Cal. App.3d 811 [165 Cal. Rptr. 477] (1980).

realizassem exames específicos para interrompê-la caso a doença se confirmasse¹³².

Em 10 de maio de 1978, para a surpresa do casal, Shauna Curlender foi diagnosticada com a doença de Tay-Sachs. Como resultado da doença, Shauna apresentou atraso mental, suscetibilidade a outras doenças, convulsões, perda de reações motoras, atrofia muscular, cegueira, alimentava-se por meio de tubos e, conjuntamente com diversas outras limitações, sentia dor, sofrimento físico e emocional e brevíssima expectativa de vida, de apenas quatro anos.

Na ação, Shauna demandou os gastos pecuniários relativos às despesas médicas, estresse emocional causado por sua condição, privação de setenta e dois anos e seis meses de vida e *punitive damages*, no valor de três milhões de dólares.

Rejeitando o argumento de que casos de *wrongful life* envolveriam um “direito de não nascer”, por entender que, casos tais, dizem respeito ao direito de uma criança ter os danos pela dor e sofrimento resultante de sua condição incapacitante reparados¹³³, a Corte fixou danos para possibilitar o custeio das despesas normais e especiais de cuidado, bem como compensação pela dor e sofrimento que ela viria a experimentar durante sua vida, limitando o valor ao cálculo para o período da expectativa de vida apresentada, quatro anos, e não de uma longevidade normal¹³⁴, eis que ela nunca teve essa possibilidade. Além disso, a Corte deu provimento ao pedido de *punitive damages*¹³⁵.

¹³² Não foi informado, nos autos, a data de nascimento da menina, razão pela qual se desconhece as circunstâncias em que o aconselhamento genético foi solicitado, se antes da concepção, ocasião em que o casal teria evitado a gravidez, caso tivesse sido adequadamente informado, ou se durante o acompanhamento pré-natal, caso em que o casal teria optado por realizar um aborto, portanto.

¹³³ “The reality of the ‘wrongful-life’ concept is that such a plaintiff both exists and suffers, due to the negligence of others. It is neither necessary nor just to retreat into meditation on the mysteries of life. We need not be concerned with the fact that had defendants not been negligent, the plaintiff might not have come into existence at all. The certainty of genetic impairment is no longer a mystery. In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights”. (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of California. **Curlender v. Bio-Science Laboratories**, 106 Cal. App.3d 811 [165 Cal. Rptr. 477] (1980)).

¹³⁴ “We reject as untenable the claim that plaintiff is entitled to damages as if plaintiff had been born without defects and would have had a normal life expectancy. Plaintiff’s right to damages must be considered on the basis of plaintiff’s mental and physical condition at birth and her expected condition during the short life span (four years according to the complaint) anticipated for one with her impaired condition” (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of California. **Curlender v. Bio-Science Laboratories**, 106 Cal. App.3d 811 [165 Cal. Rptr. 477] (1980)).

¹³⁵ *Punitive (ou exemplary) damages* são um “instituto que visa punir o agente que causa um prejuízo a terceiro, bem como dissuadir este e as demais pessoas da sociedade da prática de conduta semelhante” (VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do

Não bastasse o caráter extremamente polêmico da decisão com relação à responsabilização dos médicos, a Corte indicou que, se caso estes não tivessem falhado no diagnóstico e os pais, com o conhecimento da situação genética de incapacidade severa de eventual filho, fizessem a opção consciente por conceber ou não descontinuar a gravidez, esses pais poderiam vir a ser juridicamente responsabilizados pela dor, sofrimento e miséria que teriam causado à prole.

Tal possibilidade, de responsabilização dos pais pela decisão de conceber ou não abortar, foi afastada pelo Legislativo que promulgou a seção 43.6 do Código Civil para isentar os pais de referida hipótese¹³⁶.

Pouco tempo depois, em 1982, houve a primeira manifestação da Suprema Corte da Califórnia acerca da temática *wrongful life*, no caso *Turpin v. Sortini*¹³⁷.

Segundo a narrativa dos fatos, em 24 de setembro de 1976, James e Donna Turpin, aconselhados pelo pediatra, levaram sua primeira, e à época única, filha, Hope, para avaliar uma possível deficiência auditiva. Na ocasião, o médico Sortini e outros profissionais do hospital a examinaram de maneira negligente e informaram, incorretamente, que a audição de Hope encontrava-se dentro dos limites normais, quando, na verdade ela era absolutamente surda em razão de uma doença hereditária.

O casal apenas tomou conhecimento da condição auditiva da filha em 15 de outubro de 1977, através de diagnóstico realizado por outros especialistas. Segundo a perícia médica realizada nos autos, em razão da natureza da condição de surdez seria possível afirmar com razoável grau de certeza médica que qualquer filho gerado pelo casal Turpin herdaria a mesma deficiência auditiva.

Ocorre que, em dezembro de 1976, antes de saber da surdez de Hope e confiando no diagnóstico realizado por Sortini, o casal Turpin concebeu sua segunda

Advogado Editora, 2009, p. 49). Segundo Schreiber, *punitive damages* são uma indenização punitiva na qual atribui-se à vítima uma quantia superior ao valor do dano sofrido, com a declarada finalidade de punir o ofensor e desestimular a repetição da conduta lesiva (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19)

¹³⁶ Vide ESTADOS UNIDOS. **California Civil Code**. Section 43.6. Disponível em http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=43.6.&lawCode=CI. Acesso em 03 nov. 2018. CIV DIVISION 1 – PERSONS PART 2 - PERSONAL RIGHTS Section 43.6 - (a) **No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born alive.** (b) The failure or refusal of a parent to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action. (c) As used in this section conceived means the fertilization of a human ovum by a human sperm. (Added by Stats. 1981, Ch. 331, Sec. 1.).

¹³⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of California. **Turpin v Sortini** (1982) 31 Cal. 3d 220.

filha, Joy, que nasceu em 23 de agosto de 1977 com surdez total, assim como Hope. Nos autos, o casal Torpin afirmou que, caso soubessem da origem hereditária da surdez de Hope, não teriam concebido Joy.

Diante deste contexto, a família Turpin ajuizou uma ação indenizatória por *wrongful birth* e *wrongful life*. A matéria, devolvida à Suprema Corte da Califórnia, limitou-se ao pedido de *wrongful life* formulado por Joy. A criança postulou indenização por danos extrapatrimoniais, em razão de ter sido privada do direito fundamental de uma criança nascer saudável, como ser humano funcional sem surdez, e por danos patrimoniais, decorrente dos gastos extraordinários com ensino especializado, treinamento e equipamentos de audição que incorreria durante sua vida em consequência de sua deficiência auditiva.

Inicialmente a Suprema Corte analisou o pedido de danos extrapatrimoniais. Concluiu, por maioria¹³⁸, que não haveria possibilidade de compensação por danos extrapatrimoniais em situações de *wrongful life*, sob o argumento de que em situações tais a conduta danosa não ocasionou a dor e o sofrimento da criança, pois, na hipótese, não fosse o erro do profissional médico, a criança não seria saudável, ela simplesmente não teria nascido. Assim, compreendendo que o cálculo da indenização por danos extrapatrimoniais, que teria que considerar a vida naquelas exatas condições e a não existência, não seria possível, rejeitou o pedido. Por outro lado, julgou procedente o pedido de danos patrimoniais para determinar a reparação pelas despesas extraordinárias necessárias para tratar a doença hereditária.

A partir deste julgado, a reparação em ações de *wrongful life* no Estado da Califórnia passou a ser limitada às despesas extraordinárias para o tratamento da doença.

Como visto, inicialmente no cenário jurídico norte-americano entendia-se que a pretensão indenizatória em casos de *wrongful life* sequer era acionável. Nos poucos Estados em que se reconheceu a pretensão e proveu os pedidos, houve o movimento no sentido de restringir a indenização à reparação das despesas extraordinárias relativas à incapacidade da criança.

¹³⁸ O Juiz Mosk, dissidente, entendeu que não haveria coerência em permitir a compensação por danos patrimoniais, mas negar por danos extrapatrimoniais, de uma mesma situação e afirmou que a maioria não apresentou nenhuma justificativa legal para limitar os danos decorrentes de *wrongful life* aos gastos extraordinários relativos à condição incapacitante.

Atualmente, nos Estados Unidos, praticamente todos os Estados proíbem responsabilização por situação de *wrongful life*, à exceção dos Estados da Califórnia, Nova Jersey, Washington e Maine¹³⁹, que a permitem responsabilização por situação de *wrongful life*, ainda que de maneira restritiva, tratando-se de questão absolutamente controversa.

2.2 *Wrongful Birth* e *Wrongful Life* no Contexto Europeu

No ordenamento jurídico europeu, não há uniformidade em relação à procedência ou não de ações embasadas em danos causados por situação de *wrongful birth* e *wrongful life*. Em grande parte, isto se deve à vasta margem interpretativa concedida pela Corte Europeia de Direitos Humanos aos países a ela subordinados, com relação a matérias afetas a questões que envolvam bioética.

Nada obstante, a evolução da temática a partir da jurisprudência e algumas ações paradigmáticas, assim como manifestações sociais e legislativas mostram-se pertinentes. Estas foram selecionadas no contexto jurídico do Reino Unido, Holanda, França, Portugal e Itália. Algumas em virtude da influência que exerceram em outros ordenamentos jurídicos – caso do Reino Unido, Holanda e França -, e outras pela forma como as Cortes se posicionaram ou revisaram posicionamentos anteriores – caso de Portugal e Itália, respectivamente.

O *leading case* de *wrongful life* no Reino Unido é *McKay v. Essex Area Health Authority*, julgado pela Corte de Apelação em 1982¹⁴⁰. Neste, os médicos informaram, erroneamente, a Senhora McKay, grávida à época, que ela não havia contraído rubéola. Inadequadamente informada, continuou a gravidez. Sua filha nasceu, em agosto de 1975, parcialmente cega, surda e com incapacidades, todas

¹³⁹ Os Estados da Califórnia, Nova Jersey e Washington permitem indenização por *wrongful life*, limitada aos danos patrimoniais relativos às despesas extraordinárias decorrentes da doença, em razão da jurisprudência. Na Califórnia, são precedentes os casos *Curlender v. Bio-Science Lab.* e *Turpin v. Sortini*, já analisados. A Suprema Corte de Washington, em *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 656 P.2d 483, 496 (Wash. 1983), observou que ações de *wrongful life* fomentam os objetivos sociais de aconselhamento genético e testes pré-natais e desencorajam a má prática médica. Em Nova Jersey, em *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755, 764 (N.J. 1984) a Suprema Corte do Estado concluiu que a função dissuasória e compensatória da responsabilidade civil seria melhor atingida através da permissão de recuperação por pais e filhos. O quarto Estado, Maine, permite postulações indenizatórias fundadas em *wrongful birth* e *wrongful life* apenas e tão somente em casos de crianças não saudáveis e limita os danos reparáveis àqueles associados à incapacidade - ESTADOS UNIDOS. **Maine Revised Statutes**, title 24, §2931(3). Disponível em: <http://legislature.maine.gov/statutes/24/title24sec2931.html>. Acesso em 17 nov. 2018.

¹⁴⁰ REINO UNIDO. Court of Appeal. **McKay v Essex Area Health Authority** [1982] All ER 771 (CA).

decorrentes de síndrome de rubéola congênita¹⁴¹.

A criança Mckay, representada por sua mãe, ajuizou ação indenizatória buscando compensação pelos danos extrapatrimoniais que alegou sofrer. A Corte de Apelação rejeitou a pretensão indenizatória por ser contrário à política pública considerar que a vida de uma criança incapacitada não seria digna de preservação, aduzindo que a incapacidade não foi causada pelo médico, mas sim ocasionada pela rubéola contraída pela mãe, e que seria impossível comparar os danos padecidos pelo autor com a alternativa de sua inexistência¹⁴². Na oportunidade, a Corte, interpretando o *Congenital Disability Act* of 1976¹⁴³, entendeu que tal lei excluía a responsabilidade do profissional da saúde em casos de *wrongful life*¹⁴⁴.

Referida decisão, além de ser o precedente acerca da temática no Reino Unido, influenciou julgamentos no Canadá¹⁴⁵ e na Austrália¹⁴⁶.

No que tange a ações indenizatórias por *wrongful birth* no Reino Unido, o caso *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* foi o primeiro julgado procedente pela Corte de Apelação em 2001¹⁴⁷. Neste, após a realização falha de um procedimento de esterilização, a Senhora Parkinson engravidou e a criança nasceu com incapacidades. Na ocasião, a Corte inicialmente distinguiu o caso do precedente *McFarlane v Tayside Health Board*¹⁴⁸, em que, ao contrário do caso ora analisado, a criança nasceu saudável, configurando situação de *wrongful conception*, portanto. Prossequindo, entendeu que a criação de uma criança com incapacidades é mais dispendiosa e concedeu indenização patrimonial

¹⁴¹ GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life**: o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 39-40.

¹⁴² HONDIUS, E.. The Kelly Case. Compensation for undue damage for wrongful treatment. In: GEVERS, J.K.M; HONDIUS, E.H; HUBBEN, J.H. (Org.). **Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention**: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing. Lieden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 112.

¹⁴³ REINO UNIDO. **Congenital Disability Act of 1976**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>. Acesso em 18 nov. 2018.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful Birth, Wrongful Life**: o conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris?, 2014, p. 40.

¹⁴⁵ CANADÁ. Court of Queen's Bench of Manitoba, **Lacroix v. Dominique**, 2001.

¹⁴⁶ AUSTRÁLIA. New South Wales Supreme Court, **Edwards v. Blomeley**, 2002.

¹⁴⁷ Em outros casos, como por exemplo *Rand v East Dorset Health Authority* [2000] e *Hardman v. Amim* [2000], foi concedida a reparação por danos, todavia, tais casos foram decididos pelo Tribunal imediatamente inferior, Queen's Bench Division, (FARG, Suzanne. Compensation: Recovering Damages in Wrongful Life Cases. **Personal Injury Law Journal**, Set, 2014, p. 06), razão pela qual a pesquisa não os examinará.

¹⁴⁸ No caso *McFarlane and another v Tayside Health Board*, a Corte entendeu que os custos da criação de uma criança saudável não poderiam ser reparados (REINO UNIDO. Court of Appeal. **McFarlane and another v Tayside Health Board**, [1999] All ER (D) 1325).

apenas pelos custos extraordinários associados à incapacidade¹⁴⁹. Relativamente aos custos normais da criação, seguindo o precedente de *wrongful conception* supramencionado, afirmou que estes não seriam ressarcíveis. A Corte restringiu a possibilidade de reparação pelas despesas extraordinárias aos casos em que a incapacidade da criança seria significativa, incluídas deficiência físicas e mentais, referidas na seção 17.11 do *Children Act 1989*¹⁵⁰¹⁵¹.

Atualmente no Reino Unido, ações indenizatórias baseadas em *wrongful birth* são permitidas, resultando procedentes apenas com relação às despesas extraordinárias. Sem embargo, aquelas ajuizadas pelas crianças incapacitadas em nome próprio, *wrongful life*, são rejeitadas.

Na França, um caso em específico de *wrongful life* ganhou ampla atenção midiática, que se estendeu por toda a Europa, e críticas sociais severas, razão pela qual, apesar de a casuística de *wrongful life* ter sido desenvolvida a partir das principais decisões norte-americanas e não do contexto europeu, sua análise é absolutamente imprescindível. Referido caso, julgado pela Corte de Cassação Francesa, em 2000, tornou-se conhecido como *Arrêt Perruche* e foi citado por decisões posteriores acerca da temática em diversos países¹⁵².

No caso em comento, a filha do casal Perruche contraiu rubéola e a Madame Perruche, gestante à época, demonstrou alguns sintomas da mesma doença, preocupada, consultou um médico para saber quais as chances de a doença aludida causar lesões ao feto, pois, caso suas preocupações se confirmassem, ela viria a interromper a gravidez¹⁵³.

Após dois exames com resultados contraditórios serem realizados, o médico informou, equivocadamente, que a gestante estava imune à doença e que o bebê nasceria saudável. Nicolas nasceu em 14 de janeiro de 1983 e um ano após seu nascimento já apresentava graves sequelas (ele havia nascido cego, surdo, mudo,

¹⁴⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country). **The Italian Law Journal**, v. 03, n. 02, 2017. p. 423.

¹⁵⁰ 17. (11) For the purposes of this Part, a child is disabled if he is blind, deaf or dumb or suffers from mental disorder of any kind or is substantially and permanently handicapped by illness, injury or congenital deformity or such other disability as may be prescribed; and in this Part— “development” means physical, intellectual, emotional, social or behavioural development; and “health” means physical or mental health. (REINO UNIDO. **Children Act 1989**. Section 17.11. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/17>. Acesso em 18 nov. 2018).

¹⁵¹ FARG, Suzanne. Compensation: Recovering Damages in Wrongful Life Cases. **Personal Injury Law Journal**. Set. 2014. p. 6.

¹⁵² FRANÇA. Cour de Cassation, **Arrêt 99-1370**, plén. 17 nov. 2000.

¹⁵³ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 268-275

cardiopata e com grave retardo mental) originadas pela rubéola congênita adquirida na vida intrauterina¹⁵⁴.

Nicolas, representado pelos pais, ajuizou ação indenizatória alegando que o erro de diagnóstico retirou de sua mãe, Madame Perruche, a possibilidade de efetuar o aborto, o que teria evitado o seu nascimento. A Corte de Cassação deu provimento ao pedido indenizatório ajuizado pela criança entendendo que Nicolas teria direito a ser compensado pelos prejuízos resultantes de seu nascimento com incapacidades¹⁵⁵.

Tal decisão foi tão controversa e gerou tantas insatisfações sociais que, em 4 de março de 2002, alteração legislativa, realizada às pressas, passou a prever que “ninguém pode se prevalecer de danos decorrentes do simples fato de seu nascimento. Pessoa nascida com uma deficiência devido a negligência médica pode obter reparação do dano quando o ato ilícito tiver causado diretamente deficiência”, sendo que a reparação também pode ser obtida nos casos em que o médico poderia ter amenizado a deficiência e não tomou as medidas necessária para tal ou, ainda, quando a negligência médica a tiver agravado¹⁵⁶.

Essa lei foi parcialmente invalidada pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁵⁷, apenas e tão somente com relação aos processos já em curso quando da entrada da lei em vigor, pois a retroatividade foi considerada como privação ao direito de propriedade¹⁵⁸ aposto no art. 1 do Primeiro Protocolo para a Convenção

¹⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 134-140

¹⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97-98.

¹⁵⁶ I: “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale”. FRANÇA. **Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>. Acesso em 10 fev. 2019.

¹⁵⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Draon v. France** (App. n° 1513/03) ECHR, 6 October 2005 e **Maurice v. France** (n° 11810/03) ECHR, 6 October 2005.

¹⁵⁸ Isso porque a possibilidade de ajuizar ação indenizatória cível é considerado um direito de propriedade (GIESEN, Ivo. The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases. **Utrecht Law Review**, v. 8, n. 2, may, 2012, p. 40).

Europeia de Direitos Humanos¹⁵⁹. A *Cour de Cassation*¹⁶⁰ e o *Conseil d'État*¹⁶¹ acataram as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e julgaram de acordo com estas.

Assim, à exceção das pretensões indenizatórias fundadas em *wrongful life* ajuizadas antes da vigência da Lei 2002-303, atualmente na França ninguém pode ser indenizado apenas por nascer.

Outro caso extremamente comentado acerca de postulações indenizatórias fundadas em *wrongful life* na Europa foi julgado pela Suprema Corte Holandesa em 2005 e ficou conhecido como o caso *Baby Kelly*¹⁶².

Segundo a narrativa dos fatos, durante uma das consultas de acompanhamento da gravidez o casal Molennar informou a obstetra que o sobrinho do Senhor Molennar padecia de incapacidade física e mental grave decorrente de anomalia cromossômica. A obstetra assegurou o casal que não seria necessário realizar exames pré-natais ou consultar um geneticista, pois o casal já havia concebido uma criança saudável, em 1988. Em 24 de Janeiro de 1994, Kelly nasceu com a mesma incapacidade que seu primo¹⁶³.

As informações acerca do caso de incapacidade na família eram suficientes para que a obstetra aconselhasse os pais a realizar exames pré-natais ou consultar um geneticista, o que teria revelado que Kelly padecia da mesma doença genética que seu primo. Tal informação permitiria que o casal escolhesse se continuaria ou interromperia a gravidez¹⁶⁴.

A Suprema Corte Holandesa, por entender que a obstetra descumpriu seu dever com relação à mãe, ao pai e à criança ao não aconselhar correta e adequadamente o casal, condenou-a, juntamente com o Hospital em que trabalhava, a ressarcir ao casal as despesas totais relativas à criação de Kelly e compensar os

¹⁵⁹ LORENTZ, Romain M. The Use of Comparative Law by Courts in Birth-Related Cases. In: ANDENAS, Mads; FARGRIEVE, Duncan. **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 649.

¹⁶⁰ FRANÇA. Cour de Cassation, **Arrêts 02-13.775**, 02-12.260 e 01-16.684, 1^{ère}, 24 jan. 2006.

¹⁶¹ FRANÇA. Conseil d'État, 24 févr. 2006, J.C.P., 2006, éd. A, **1074**.

¹⁶² HOLANDA. Hoge Raad. 18-03-2005, NJ 2006, 606, 42 **Baby Kelly Arrest** NJ 2006, 606.

¹⁶³ HONDIUS, E.. The Kelly Case. Compensation for undue damage for wrongful treatment. In: GEVERS, J.K.M; HONDIUS, E.H; HUBBEN, J.H. (Org.). **Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing**. Lieden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 111

¹⁶⁴ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Org.). **Personality Rights in European Tort Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 529.

pais pelos danos extrapatrimoniais sofridos¹⁶⁵. Além disso, reconheceu que a criança teria direito à indenização, frisando, todavia, que não teria direito a não existir¹⁶⁶.

Em Portugal¹⁶⁷, o primeiro caso a abordar a temática da *wrongful life* foi a decisão de 19 de julho de 2001 do STJ¹⁶⁸. Neste uma Senhora, grávida desde o início de fevereiro de 1996, consultou com o médico que a havia acompanhado no parto de seu primeiro filho. Referido médico estava ciente, portanto, de que ela possuía uma malformação uterina, havia realizado uma cesariana por ocasião da gravidez anterior, razão pela qual se tratava de gravidez de risco, a qual demandava cuidados adicionais por parte do profissional de saúde.

Foram realizadas duas ecografias para apurar o estado evolutivo da gestação. Porém, apesar do volume uterino aparentar ser inferior à idade gestacional determinada ecograficamente, o médico não solicitou exames mais específicos para aferir as medições embrionárias, como a medição do comprimento do fêmur, por exemplo, o que teria revelado que o autor nasceria com graves e irreversíveis malformações nas duas pernas e na mão direita, como de fato ocorreu em seu nascimento em 29 de outubro de 1996.

Diante deste contexto a criança, representada pelos pais, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais, pois o médico, ao agir sem o cuidado e a diligência que a práxis médica determinava naquela circunstância, teria cerceado sua mãe da possibilidade de optar por interromper a gravidez o que resultou na sua existência e conseqüente necessidade de conviver com as malformações supramencionadas, caracterizando situação de *wrongful life*, portanto.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu pela improcedência da ação, sob o fundamento de que tal pleito não encontrava respaldo na legislação portuguesa e, mesmo se viesse a encontrar futuramente, não poderia ser intentado pela criança representada pelos seus pais. Somente a própria pessoa poderia

¹⁶⁵ BOULAROT, Ana Paula. As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e nascimento indevido. p. 9-22. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha; GEMAS, Laurinda; PAZ, Margarida (Org.). **A tutela geral e especial da personalidade humana**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017.p.17. RAPOSO, Vera Lúcia. Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country). **The Italian Law Journal**, v. 03, n. 02, 2017, p. 424).

¹⁶⁶ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Org.). **Personality Rights in European Tort Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 530-531.

¹⁶⁷ A análise das decisões acerca da temática no ordenamento jurídico Português é restrita a decisões proferidas pelas Cortes Superiores.

¹⁶⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 19 de junho de 2001, nº 1008/01.

demandar indenização, após atingir a maioridade, caso concluísse que não deveria existir¹⁶⁹.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, identificando falha processual, referiu que o pedido de indenização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que a faculdade alegadamente violada – a possibilidade de interromper a gravidez - se encontrava na esfera jurídica dos primeiros¹⁷⁰.

Assim, na decisão ora analisada, o Supremo Tribunal de Justiça Português não apenas rejeitou pretensões indenizatórias baseadas em *wrongful life*, mas paralelamente, manifestou-se no sentido de aceitar as pretensões fundadas em *wrongful birth*.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal voltou a analisar a temática na decisão 17 de janeiro de 2013¹⁷¹. Nesta oportunidade, a Senhora S. realizou os exames de ecografia medicamente previstos para gravidez e apesar de a interpretação dos resultados efetuada pelos médicos apontarem, em todas as oportunidades, que a evolução fetal ocorria dentro da normalidade, em razão de síndrome polimalformativa a criança nasceu, em 26 de novembro de 2003, sem os braços, apresentou deformação nos pés, na língua, no nariz, nas orelhas, na mandíbula e no céu da boca, o que lhe ocasionava constantes e variadas patologias associadas às vias respiratórias.

Restou constatado que o conhecimento científico existente à época permitia a visualização das graves malformações, de modo que seriam plenamente detectáveis os indícios destas que, de acordo com a conduta médica adequada, deveriam constar nos relatórios dos exames realizados e poderiam vir a ser objeto de diagnóstico definitivo após realização de exames complementares.

¹⁶⁹ Segundo o Superior Tribunal de Justiça de Portugal: “Os poderes deveres que constituem o poder paternal, bem como a representação legal dos pais para suprir a incapacidade de exercício dos filhos, a incapacidade judiciária ou, até onde for possível, a própria incapacidade de gozo, não são bastantes para os pais, em nome do filho, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 19 de junho de 2001, nº 1008/01)

¹⁷⁰ Afirmou o Superior Tribunal de Justiça de Portugal: “Isto é, o autor invoca danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais). Dentro da lógica da argumentação do autor, o pedido de indemnização deveria ser formulado pelos pais e não por ele, já que o direito ou a faculdade que poderá ter sido violado não se encontra na órbita da sua esfera jurídica, mas sim de seus pais”. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 19 de junho de 2001, nº 1008/01)

¹⁷¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 17 de janeiro de 2013, nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1.

Em razão destas circunstâncias, a mãe e o filho ajuizaram ação indenizatória baseada em *wrongful birth* e *wrongful life*, na qual postularam danos extrapatrimoniais e patrimoniais para ambos, fixação de rendimento à criança, lucros cessantes à mãe que não pôde mais trabalhar, passando a viver de rendimento social de inserção¹⁷² e indenização à mãe pelas despesas médicas e educacionais extraordinárias decorrentes da condição de seu filho.

A Corte manteve a decisão que proveu indenização a título de danos patrimoniais e morais à mãe no valor de cem mil euros cada e determinou o custeio das despesas extraordinárias relativas à criação da criança¹⁷³, valor quantificado através de liquidação. Por maioria¹⁷⁴, negou provimento ao pedido realizado pela criança.

Pouco tempo depois, na decisão de 12 de março de 2015, o Supremo Tribunal de Justiça Português analisou a matéria mais uma vez¹⁷⁵.

No caso em apreço, foram realizados três exames de ecografia obstétrica durante a gravidez, na oitava, na vigésima primeira e na trigésima semanas. Em todas os relatórios atestaram não haver qualquer malformação fetal. Nada obstante, quando do nascimento, em 2005, o bebê apresentou gravíssimas malformações dos membros superiores e inferiores (deficiência transversa do punho, mão e pé esquerdo, deficiência longitudinal do pé direito, sindactilia da mão direita), padecendo de incapacidade permanente e geral, necessitando do uso de próteses desde os catorze meses. Tais anomalias eram passíveis de detecção a partir da décima segunda semana, restando caracterizada falha médica quanto ao diagnóstico.

¹⁷² Rendimento social de inserção é uma prestação em dinheiro paga pela Segurança Social Portuguesa que objetiva assegurar a satisfação das suas necessidades mínimas, protegendo as pessoas que se encontrem em situação de pobreza extrema (PORTUGAL. **Rendimento social de inserção**. Disponível em: <http://www.seg-social.pt/rendimento-social-de-insercao>. Acesso em 29 nov. 2018).

¹⁷³ Os custos extraordinários da criação, nesse caso específico, abarcaram: “as despesas futuras relativas ao acompanhamento clínico permanente de que o J necessita e continuará a necessitar, tratamento e acompanhamento técnico de que a Autora não tem conhecimentos para assegurar; próteses de que o J necessitar; e educação e instrução especial de que o J houver de ter em razão da deficiência, com a contratação de professores, técnicos, e material de ensino especialmente direccionados ao seu estado clínico” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 17 de janeiro de 2013, nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1).

¹⁷⁴ O Juiz Pires da Rosa, vencido em parte, afirmou em seu voto que “concederia em parte a revista pretendida pelos autores, concedendo ao autor J a quantia pretendida a título de danos não patrimoniais”. Manifestou-se, ainda, pela possibilidade de exercício do direito de ação pela criança antes da maioridade, através de representação legal. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 17 de janeiro de 2013, nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1.)

¹⁷⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 12 de março 2015, nº 1212/08.4TBCL.G2.S1.

Diante deste contexto, o casal ajuizou ação indenizatória em nome próprio, *wrongful birth*, e em nome de seu filho, como representantes deste, *wrongful life*, postulando indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais não inferior a trezentos e oitenta mil euros. Referida ação foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, afastando-se o pedido de *wrongful life*. Na segunda instância, as rés foram absolvidas.

Desta decisão os autores interpuseram Recurso Ordinário de Revista, no qual o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, por unanimidade, revogou o acórdão recorrido e reprimou a sentença proferida em primeira instância, em que a Clínica e a sócia gerente foram condenadas ao pagamento de trinta e cinco mil euros para cada um dos pais a título de danos morais e patrimoniais e ao custeio das despesas destes com a substituição das próteses do filho até que este atinja a maioridade.

O acórdão trouxe três considerações interessantes. A primeira de que a realização de exames laboratoriais e radiológicos configuram obrigação de resultado, a segunda de que a indenização compensa os pais pela impossibilidade de escolha consciente entre a interrupção da gravidez ou não, independentemente de comprovação de que teriam optado pelo aborto caso estivessem cientes da condição fetal¹⁷⁶, e a terceira de que, para a Corte, a comparação, para fins de quantificação da indenização, seria entre a incapacidade apresentada no caso concreto e uma vida saudável¹⁷⁷.

Referida decisão foi objeto de recurso ao Tribunal Constitucional Português, no qual foi suscitada a inconstitucionalidade dos artigos 483, 798 e 799 do Código

¹⁷⁶ Ao afirmar que “o que está em causa não é a possibilidade de a pessoa se decidir, mas antes de se decidir, num sentido ou noutro, de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez” a Corte declarou que a indenização por *wrongful birth* não estaria condicionada à opção do casal ou da mulher pelo aborto, mas pela impossibilidade de decidir em razão da falha médica quanto à informação, opinião com a qual o presente trabalho coaduna integralmente. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 12 de março 2015, nº **1212/08.4TBBCL.G2.S1**)

¹⁷⁷ Segundo o STJ “[a] comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera não entre o dano da vida, propriamente dito, e a não existência, mas antes entre aquele e o dano da deficiência que essa vida comporta, pelo que o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 12 de março 2015, nº **1212/08.4TBBCL.G2.S1**). Referida comparação mostra-se adequada à aferição dos danos patrimoniais, vez que repara, justamente, os custos adicionais referentes à condição específica da criança, despesas para as quais os pais não puderam preparar-se, ou simplesmente optar por não ter, em razão da falha médica. Tal base de cálculo, todavia, não pode ser aplicada para quantificar os danos extrapatrimoniais sofridos pela criança, em situações de *wrongful life*, isso porque nestas a criança jamais teve a chance a uma vida saudável, não fosse o equívoco médico tal criança ou não viria a nascer ou nasceria exatamente nas mesmas condições. Sendo assim, referida fórmula aplica-se aos casos de lesões pré-natais, ou seja, àquelas causadas, agravadas ou não atenuadas pelo médico.

Civil por violação ao artigo 24º, 1 da Constituição da República Portuguesa (que prevê que a vida humana é inviolável).

No acórdão do Tribunal Constitucional de 2 de Fevereiro de 2016¹⁷⁸, aclarou-se que a interpretação dos artigos não padecia de inconstitucionalidade, pois os pais foram indenizados “pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respectivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções” e não pela vida do filho.

A partir da análise jurisprudencial da temática na Corte Superior Portuguesa, percebe-se que, atualmente, há forte relutância à aceitação de ações fundadas em *wrongful life*, confirmando-se a tendência demonstrada nos outros ordenamentos jurídicos analisados. Por outro lado, no que tange às ações embasadas em *wrongful birth*, desde a primeira oportunidade no julgamento realizado de ação de *wrongful life* em 2001, a Corte mostrou-se inclinada a aceitá-las, sua admissão restou confirmada através dos dois julgamentos posteriores realizados pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 2013 e 2015.

Após muitos anos de rejeição de ações fundadas em *wrongful life* por parte das Cortes Superiores Europeias, a *Corte di Cassazione* italiana, em 02 de outubro de 2012, julgou um caso precedente. Neste, em decorrência de um erro no diagnóstico pré-natal por parte do ginecologista, informação correta acerca do estado de saúde do feto não foi prestada aos pais que haviam afirmado que desejariam interromper a gravidez caso fosse constatada alguma malformação no feto, e a criança veio a nascer com síndrome de Down¹⁷⁹.

A família inteira ajuizou ação indenizatória, solicitando compensação pelos prejuízos consequentes da privação de informação acerca do estado fetal o que os tolheu da possibilidade de optar pelo aborto.

A Corte deu provimento ao pedido de indenização por *wrongful birth* formulado pelos pais, compensando também os irmãos da criança nascida com síndrome de Down, por compreender que os pais, em razão da maior necessidade de cuidado de seu irmão, teriam menos tempo disponível para cuidá-los, o que afetaria seu direito a uma vida familiar “habitual”.

¹⁷⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional, 02 de fevereiro de 2016, nº 662/15.

¹⁷⁹ ITÁLIA. Corte di Cassazione, sezione III, 2 October 2012, nº 16754.

O pedido formulado pela criança, *wrongful life*, também foi provido, sob o argumento de que o direito à saúde da criança restou violado pela falha na identificação da malformação que impediu que os pais evitassem seu nascimento e, portanto, sua dor e seu sofrimento¹⁸⁰.

O entendimento lançado em referida decisão foi revisado pela *Corte di Cassazione*, em 22 de dezembro de 2015, que, em *Sezioni Unite* (composição responsável pela uniformização interna da jurisprudência), recusou pretensão indenizatória fundada em *wrongful life*¹⁸¹.

No caso em comento, em que, também por falha no diagnóstico pré-natal, não foi detectado que a criança gestada portava síndrome de Down, a Corte considerou que não nascer seria mais danoso do que nascer com a incapacidade apresentada. Além disso, afirmando que aceitar a alegação de que existe um direito à não vida poderia implicar em dever de aborto por parte da mãe, asseverou que o sistema jurídico italiano não reconhece referido direito¹⁸². Assim, a Itália, que por apenas um breve período reconheceu direito à compensação de danos por situação de *wrongful life*, três anos depois, voltou a rejeitá-lo.

Assim, de uma maneira geral, ações embasadas em situação de *wrongful birth* são admitidas no Contexto jurídico europeu, embora a forma e a extensão dos danos reparados permanecem controvertidas. Relativamente à possibilidade de compensação por danos decorrente de *wrongful life* a questão, de absoluta complexidade, é extremamente controversa, cuja casuística, a priori, aponta uma tendência no sentido de fortes restrições e rejeição à pretensão.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, que teve duas oportunidades de analisar a temática, absteve-se de aprofundar as problemáticas decorrentes desses dois danos.

Na primeira oportunidade, no caso *M.P. and Other against Romania*, cuja decisão foi retificada em 16 de junho de 2014¹⁸³, a Senhora M.P. foi informada por médicos que não poderia conceber naturalmente. Assim, ela e o marido decidiram recorrer à inseminação artificial para ter um filho, contratando o médico S.P e um

¹⁸⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country). *The Italian Law Journal*, v. 03, n. 02, 2017, p. 424-425.

¹⁸¹ ITÁLIA. Corte di Cassazione, Sezioni unite, 22 de dezembro 2015, nº 25767.

¹⁸² MENONI, Renzo; et al. **Esiste il diritto di non nascere se non sani?** Riflessioni sulla sentenza Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2015 n. 25767 e dintorni. Parma: Pacini Giuridica, 2016.

¹⁸³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **M.P. and Others against Romania**, 16 de junho de 2014.

Hospital para tanto. Em consulta, a Senhora M.P informou que teve um filho em seu primeiro casamento e que este nasceu com uma malformação congênita (agenesia tibial). Afirmou que, caso houvesse o risco de seu segundo filho ser acometido da mesma condição, não realizaria a inseminação. Dr. S.P a assegurou que fora uma situação excepcional e que não havia riscos.

Quando o casal realizou os testes pré-inseminação padrões com a Dra. A.V a fizeram o mesmo questionamento, ao que ela respondeu que as chances eram mínimas (de um em um milhão), não realizando testes adicionais. Em 19 de novembro de 2002, a inseminação foi realizada. No ultrassom realizado na vigésima quarta semana, o Dr. E.S identificou uma diferença entre as pernas do feto, mas os assegurou de que deveria se tratar de um erro. O casal, então, contratou uma clínica privada para realizar um ultrassom tridimensional, na trigésima segunda semana, na qual o Dr. D.A afirmou que as pernas do feto estariam se desenvolvendo normalmente.

Em 12 de agosto de 2003, o menino nasceu, apresentando malformação na perna, idêntica a de seu irmão mais velho. Além disso, nove meses depois, a Senhora M.P, apesar da conclusão médica de que não poderia conceber naturalmente, estava grávida. Temendo um terceiro filho com a mesma incapacidade o casal M.P optou pelo aborto.

Inconformados, a Senhora M.P, o Senhor M.P e seu filho M-DP, demandaram o hospital, os médicos S.P, A.V, E.S, D.A, a clínica privada que realizou o ultrassom tridimensional, o Ministério da Saúde e o Estado da Romênia, representado pelo Ministério das Finanças, judicialmente.

A Corte de Apelação de Bucareste condenou apenas o Dr. E.S, por ser o único que poderia ter descoberto a malformação dentro do período legal em que é permitida a interrupção voluntária da gravidez, e o Hospital ao pagamento de vinte mil leus romenos a título de danos extrapatrimoniais, apenas ao casal M.P, pois rejeitaram o pedido de *wrongful life*.

Ao recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, a criança alegou violação ao direito à vida, previsto no art. 2 da CEDH¹⁸⁴, *wrongful life*. O casal suscitou

¹⁸⁴ ARTIGO 2º - Direito à vida 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para

violação ao seu direito a respeito pela vida privada e familiar, nos termos do art. 8 da CEDH¹⁸⁵, pois a falha na prestação de informações por parte dos médicos os privou optar pelo aborto, *wrongful birth*, devendo o pedido de danos patrimoniais ser provido e o *quantum* atribuído à condenação a título de danos extrapatrimoniais ser majorada.

Sob o argumento de que o direito de não nascer não pode derivar do direito à vida previsto no art. 2 da Convenção, a Corte entendeu que o pedido de *wrongful life* seria manifestamente infundado. Relativamente ao *wrongful birth*, a Corte considerou que o art. 8 seria aplicável e que o desejo dos pais de conceber uma criança sem doenças genéticas se enquadra no art. 8 da Convenção. Quanto aos pedidos relativos aos danos materiais sofridos pelos pais, a Corte entendeu que as provas apresentadas eram insuficientes, não tendo o desprovimento do pedido caracterizado conclusão manifestamente irrazoável. Ressaltou, ainda, que o Sistema de Previdência Social local provê assistência¹⁸⁶. Quanto a quantificação dos danos extrapatrimoniais, entendeu que caberia ao Estado determinar o *quantum* e que a quantia arbitrada era razoável.

A segunda, no caso *A.K. against Latvia* julgado em 24 de junho de 2014¹⁸⁷, a autora, com quarenta anos à época, descobriu, em 18 de outubro de 2002, que estava grávida. Aproximadamente durante a oitava semana de gestação, no dia 15 de janeiro de 2002, consultou a ginecologista Dra. L. No prontuário médico, constou que a médica encaminhou a autora para realizar um teste de alfa-fetoproteína no dia 21 de janeiro daquele ano, porém, no dia agendado, a autora não teria comparecido.

efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018)

¹⁸⁵ ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018).

¹⁸⁶ Segundo o acórdão, leis locais garantem acesso à saúde, inclusive custeio de próteses, que pessoas com incapacidades previstas têm direito à cuidador, remunerado com, aproximadamente, cento e trinta euros mensais, à ajuda de custo de quarenta e sete euros mensais para os familiares e dezoito euros mensais para a criança (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **M.P. and Others against Romania**, 16 de junho de 2014).

¹⁸⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **A.K. against Latvia**, 24 de junho de 2014.

A demandante alegou que a Dra. L. nunca recomendou a realização de referido teste e que a anotação no prontuário era falsa e teria sido inserida posteriormente. Em 5 de junho de 2002, sua filha nasceu com síndrome de Down.

Sob a alegação de que seu acompanhamento pré-natal foi inadequado, que informações relevantes acerca da saúde de seu feto lhe foram negadas e que caso tivesse sido corretamente informada teria optado por interromper a gravidez, A.K. apresentou reclamação perante o órgão fiscalizador competente (Madekki), o qual entendeu que o acompanhamento médico estava de acordo com a legislação, mas aplicou uma multa de vinte e cinco lats (moeda letã até o ingresso da Letônia na União Europeia em 2013) à médica por falhar em garantir que a autora fizesse o teste. Além disso, ajuizou ação criminal, a qual prescreveu, e ação indenizatória, que foi extinta pelo Senado da Suprema Corte da Letônia.

Com base no artigo 8.º da Convenção, A.K recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos. Sustentou, em síntese, que, devido à negligência de sua ginecologista, lhe foi negado um tratamento médico adequado e que as Cortes nacionais não haviam examinado sua reivindicação civil adequadamente.

A Corte entendeu que acesso à informação e tratamento médico adequados enquadrar-se-iam no amplo conceito de vida privada, previsto no art. 8 da Convenção. Quanto aos pedidos, condenou a Letônia ao pagamento de cinco mil euros por danos extrapatrimoniais decorrentes da frustração e do estresse causados pelo tratamento dos tribunais internos e ao ressarcimento dos valores gastos com a ação cível. Quanto à compensação pelos danos decorrentes da falha médica, silenciou.

Como visto, ambas as manifestações da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da temática foram no sentido de delegar a decisão acerca de questões mais relevantes às Cortes internas, abstendo-se de maiores elucubrações, justamente em razão da, anteriormente mencionada, liberdade interpretativa conferida aos Países acerca de temas afetos à bioética.

No primeiro caso, a Corte rejeitou o argumento utilizado para embasar o pedido de *wrongful life* de que haveria um direito a não nascer e este derivaria do direito à vida, sem, no entanto, manifestar-se expressamente se seria contrária ao dano por *wrongful life* ou apenas ao argumento suscitado pelo requerente. Ademais, ao reconhecer o pedido de indenização por *wrongful birth*, concluiu que as provas eram insuficientes para que a compensação patrimonial fosse provida e que o

quantum atribuído à condenação extrapatrimonial fora razoável sendo, o arbitramento, incumbência do Estado. Assim, a Corte expressou seu entendimento de que apenas interferiria na quantificação caso esta fosse irrazoável.

No segundo, a Corte, apesar de prover indenização por danos extrapatrimoniais, fundamentou o arbitramento desta nas falhas relativas ao sistema judiciário do país, sem adentrar na análise do tema.

Percebe-se, portanto, que não há uniformidade no tratamento destinado à temática no contexto europeu, de forma que o reconhecimento de referidos danos e a possibilidade de sua reparação são decididos internamente por cada país e têm evoluído conforme as experiências e os valores jurídicos e sociais de cada Estado.

Assim, da análise dos *leading cases* norte-americanos e europeus, denota-se que as questões relativas à *wrongful birth* e *wrongful life*, desde as mais simples, como o reconhecimento jurídico de sua pretensão ou não, até as mais complexas, de reflexão social e filosófica, ainda estão em formação, sendo constantemente afetadas, tanto por avanços médicos e tecnológicos, quanto por alteração de paradigmas sociais.

Evidencia-se, portanto, que o tratamento de ambas deve ser construído de acordo com as particularidades e as necessidades específicas de cada ordenamento jurídico.

3 ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS

Conforme se pôde observar, a temática do *wrongful birth* e *wrongful life* é permeada de complexidade, aspectos polêmicos que envolvem uma gama de dificuldades não apenas jurídicas, mas também políticas, sociais e filosóficas. Passar-se-á, neste capítulo, à análise destas.

Para tanto, o capítulo foi dividido em duas partes, a primeira é relativa à dimensão legal e a segunda refere-se à dimensão extralegal das implicações atinentes ao reconhecimento da possibilidade de pretensões jurídicas embasadas em situações de *wrongful birth* e *wrongful life*.

Na primeira, buscar-se-á responder a um dos grandes questionamentos acerca do tema: se a responsabilidade civil é adequada para tutelar situações de *wrongful birth* e *wrongful life*. Superado o questionamento, realizar-se-á o exame dos direitos dos envolvidos e quais lesões lhes teriam sido impostas, se é que teriam. Este segmento abarca o direito dos pais e o suposto direito da criança. Assim, será analisada a autonomia procriativa e a forma como esta teria sido lesada.

Ato contínuo, debater-se-á a existência do direito da criança nessas circunstâncias: há um direito a não nascer? De não nascer senão saudável? Existe alguma forma de vida que não valha a pena ser vivida? São diversos os questionamentos relativos à *wrongful life*. Aborda-se-á, ainda no referido segmento, a possibilidade de ajuizamento de *wrongful life* em desfavor dos pais, suas consequências e a forma como seria possível operacionalizar este cenário.

Após deliberar acerca dos direitos dos envolvidos e como estes foram prejudicados, será debatida a extensão do dano a ser compensada e a forma como esse cálculo pode ser realizado.

Por fim, discorrer-se-á acerca de implicações não legais do reconhecimento jurídico de *wrongful birth* e *wrongful life*, notadamente a alegação de eugenia e a discriminação, vez que o suposto efeito lesivo destas é apontado como impeditivo a referido reconhecimento.

3.1 Dimensão legal: perspectiva jurídica dos aspectos complexos e controversos de *wrongful birth* e *wrongful life*

Um dos grandes questionamentos acerca de situações que ensejariam compensação por *wrongful birth* e *wrongful life* seria a adequabilidade da responsabilidade civil como solução ao problema. Não raros são os casos de autores ou ordenamentos que optaram, ao menos com relação à *wrongful life*, por resolver a situação pela via da solidariedade social¹⁸⁸.

Nada obstante, em que pese o deslocamento da solução à assistência social contemplar a totalidade de pessoas incapacitadas, atendendo um lado da equação, não se pode esquecer que em situações de *wrongful birth* e *wrongful life* há alguma falha médica ou hospitalar. Assim, ao resolver a questão exclusivamente pela seara da assistência social, perde-se a oportunidade de desestimular condutas médicas desidiosas e socialmente indesejáveis, ou, ainda, admite-se “a irresponsabilidade de médicos e cientistas num domínio onde o potencial de dano é tão vasto, e as consequências individuais podem ser tão onerosas como permanentes”¹⁸⁹.

A solução a partir da responsabilidade civil faz com que a pessoa que falhou tenha de assumir sua parcela de responsabilidade, em vez de simplesmente repassá-la para o conjunto dos contribuintes.

Ademais, que mensagem estar-se-ia passando àqueles pais que, preocupados com a saúde e o bem-estar da descendência futura, oneram seu orçamento para contratar serviço médico de aconselhamento genético, planejam suas vidas em razão destes resultados que, posteriormente, mostram-se incorretos? Negar a condenação do médico ao custeio das despesas extraordinárias relativas à incapacidade que ele, segundo prática médica atual, teria plenas condições de

¹⁸⁸ Conforme analisado no capítulo anterior, a França proibiu expressamente a possibilidade de indenização pelo fato do próprio nascimento, realocando o problema relativo ao financiamento das despesas extras relativas a incapacidades como efeito de uma causa natural à coletividade. Segundo Monteiro, na França, “No tocante à indemnização a favor dos pais pela responsabilidade em que tenha incorrido um profissional ou um estabelecimento de saúde por não terem detectado, culposamente, durante a gravidez da mãe, a deficiência com que a criança veio a nascer, a lei restringe essa indemnização aos danos por si mesmos sofridos (‘au titre de leur seul préjudice’), impedindo que os tribunais possam, por esta via, indemnizar o dano do filho. Na verdade, a lei determina que o dano dos pais não poderá incluir os encargos particulares que decorram, ao longo da vida da criança, da deficiência de que esta padece, remetendo para a ‘solidarité nationale’ a compensação de tais encargos” (MONTEIRO, António Pinto. *Direito a Não Nascer? Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, p. 321-331, jan.-jun., 2007, p. 4).

¹⁸⁹ “Postas as questões nestes termos [...] vemos como a solução se integra facilmente nos quadros tradicionais da responsabilidade civil” (ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 100).

identificar, mas não o fez, poderia desmotivar esse ou outros casais que desembolsam quantias, muitas vezes significativas, na tentativa de exercer a autonomia procriativa de maneira responsável.

Assim, o reconhecimento jurídico de *wrongful birth* e *wrongful life*, além de encorajar a prática de condutas médicas e clínicas diligentes na seara dos diagnósticos genéticos e dos direitos reprodutivos, incentiva outra consequência socialmente desejável: o exercício da autonomia procriativa responsável.

Superada a questão relativa à utilidade da responsabilidade civil como resposta à *wrongful birth* e *wrongful life* passa-se à delimitação de pressupostos claros e objetivos para a configuração de situações de *wrongful birth* e *wrongful life*, bem como para a compensação por estas.

A conduta, como visto, diz respeito à negligência médica relativa a uma das searas do aconselhamento genético, que pode ocorrer quando o médico não solicita os exames pertinentes, solicita-os, mas os interpreta de maneira equivocada ou, ainda, quando omite o resultado¹⁹⁰. Nos casos de *wrongful life* ajuizados contra os genitores, a conduta trata da autonomia procriativa exercida de maneira irresponsável¹⁹¹. O dano e o nexo causal serão diferentes a depender da situação analisada: *wrongful birth* ou *wrongful life*.

Em situações de *wrongful birth*, o dano diz respeito a lesões à autonomia procriativa, ou seja, a falha informativa, qualquer que seja a etapa em que tenha sucedido, subtraiu as condições necessária para que os genitores pudessem gerir livremente seus interesses reprodutivos, exercitando-os de acordo com suas preferências¹⁹². Trata-se, portanto, de erro médico cometido em alguma das etapas

¹⁹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. As Wrong Actions no Início da Vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010, p. 64.

¹⁹¹ Segundo Morillo trata-se do “nascimento de uma criança afetada por uma doença que poderia ter sido evitada, - com a diferença de que, nesse caso, o agente do dano é um dos pais da criança” (MORILLO, Andrea Macía. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003, p. 36-41). A autora utiliza esta descrição para referir-se ao que denomina de ações de responsabilidade por procriação irresponsável, contudo, tal definição enquadra-se no conceito de *wrongful life* adotado pela presente pesquisa.

¹⁹² A autonomia procriativa trata do conceito de autonomia aplicado à seara reprodutiva. Segundo Thadeu Weber “[p]roteger o direito de autonomia significa, em primeiro lugar, reconhecer que o indivíduo, com competência moral, tem liberdade de tomar decisões sobre os aspectos mais relevantes de sua vida. Significa reconhecer nele a capacidade de deliberar sobre seu projeto de vida.” (WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Vozes, 2013, p. 233) . A construção do conceito de autonomia procriativa se deu a partir da concepção de autonomia de Beauchamps e Childress, segundo os quais “ações autônomas em termos de escolhas realizadas por pessoas que agem (1) intencionalmente, (2)

do aconselhamento genético que impossibilita que os genitores possam exercer tais direitos em sua plenitude.

Ainda que em *wrongful birth*, a falha ocorrida não seja a responsável pela incapacidade da criança, a omissão informativa, por si só, gera danos aos pais. Nas falhas relativas ao período pré-conceptivo, em que uma pessoa ou um casal solicita o aconselhamento para averiguar se sua conformação genética ou alguma de suas condições pessoais poderia representar algum risco para futura prole, a falha retirou-lhes a oportunidade de reflexão acerca do seu desejo e de sua capacidade de assumir eventuais riscos, a partir da qual poderiam ter optado por não conceber¹⁹³. Quando o erro diz respeito ao diagnóstico pré-implantatório, que transcorre no contexto da reprodução assistida, os genitores são lesados pela impossibilidade de optar por não implantar o embrião geneticamente defeituoso¹⁹⁴.

Quando o equívoco se sucede no diagnóstico pré-natal (etapa em que o feto já existe), o desconhecimento acerca da condição fetal os tolhe a possibilidade de tomar uma decisão procriativa consciente e ponderada acerca de suas opções. A falha retirou desses pais a possibilidade de refletir como, e se, poderiam criar uma criança com incapacidades, de planejar de que maneira custeariam as necessidades especiais desta, de conversar com parentes para que pudessem questionar acerca de auxílio que estes pudessem, eventualmente, ofertar, de se informar sobre a condição incapacitante da criança refletindo acerca das limitações que esta passaria

com compreensão e, (3) sem influências controladoras que determinem suas ações. Para os autores “o respeito à autonomia é reconhecer o seu direito de ter opiniões, de fazer escolhas e de agir de acordo com seus valores e crenças” (BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 105-106). Aplicando-se referido conceito de autonomia à reprodução tem-se que não pode, o Estado, determinar quais serão as ações reprodutivas do casal ou da pessoa (item 3), e que para que esta ser exercida as pessoas devem ter compreensão da situação e intenção de exercer aquela opção (itens 2 e 1, respectivamente). Assim, em casos de *wrongful birth*, a falha médica retirou a compreensão da situação e, conseqüentemente, tolheu a possibilidade de os genitores escolherem como agir perante a situação. Ressalta-se que não se pretende, nesta pesquisa, aprofundar o estudo acerca da temática.

¹⁹³ Solomon, ao relatar diversos casos de pais com filhos deficientes, aborda as dificuldades do cotidiano destes e como a informação e a possibilidade de estar preparados para tais situações mostra-se importante. Em um dos casos descritos, em que os pais tiveram três filhos, dos quais o primeiro e o terceiro apresentaram a mesma doença incapacitante, a mãe relatou “se soubéssemos que a doença ia se repetir, não teríamos arriscado” em outro, um casal, que também já possuía um filho deficiente, submeteu-se à avaliação pré-natal, eles haviam decidido ter o filho em qualquer caso “só queriam estar prevenidos” (SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 422; 432).

¹⁹⁴ CIRIÓN, Aitziber Ewaldi. **El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001, p. 94-113.

a exercer não apenas sobre a criança, mas sobre suas próprias vidas¹⁹⁵. Impende destacar que mesmo se perante a lei do território em que os genitores residem não for possível realizar o aborto, nada os impediria de viajar a um local em que a interrupção voluntária da gravidez fosse permitida.

O médico tem o dever de exercer sua profissão de acordo com a diligência que a prática médica determina naquelas circunstâncias e de prestar informações precisas, de maneira clara a seus pacientes¹⁹⁶. Nos casos de *wrongful birth*, este deveres não foram cumpridos adequadamente. Desse modo, o reconhecimento de *wrongful birth* em caso de aconselhamento genético pré-natal defeituoso não deve ser condicionado à possibilidade de aborto, tampouco à manifestação de opção pelo aborto no caso concreto, pois trata dos reflexos que a má-prática médica ocasionou na vida dos lesados. Assim, não cabe questionar como os pacientes teriam agido caso estivessem de posse das informações que lhes foram sonegadas. Nesses casos a não informação lhes foi prejudicial por si só, vez que inviabilizou inclusive a possibilidade de os pais se prepararem para atender às necessidades decorrentes da condição incapacitante de seu filho.

Nos erros informativos operados em sede de diagnóstico indireto, o médico conhece da condição de saúde de um, ou ambos os, genitores a partir de um atendimento prestado ao próprio progenitor, porém, não o informa que aquela condição representa riscos à futura descendência¹⁹⁷. Nesta hipótese, à semelhança da fase pré-conceptiva, a pessoa desconhece o fato de que uma condição de saúde pessoal sua poderá ser transferida à eventual prole. Em razão dessa omissão, não pôde, de posse de todas as informações pertinentes, ponderar se assumiria os riscos da concepção.

Não se pode ignorar, contudo, que há um limite para o exercício da autonomia procriativa: a responsabilidade, em outras palavras, ponderar as implicações futuras e consequências da escolha pela procriação. Isso porque “as técnicas de

¹⁹⁵ CIRIÓN, Aitziber Emaldi. **El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001, p. 188-146.

¹⁹⁶ Sobre o dever de informação na atividade médica ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad Civil de los Médicos**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. Tomo I. 1997, p.185-226.

¹⁹⁷ “O caso, em concreto, é aquele que se produz quando o profissional conhece por razão de sua prestação sobre um sujeito de um risco a respeito da descendência futura ao qual não informa ao paciente a que atende” (em tradução livre) (MORILLO, Andrea Macía. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003, p. 45).

reprodução assistida, quando utilizadas sem responsabilidade, podem ser nocivas ao ser humano, visto que ninguém (nem mesmo os pais) tem o direito de predestinar uma limitação física (ou mental) em outro ser”¹⁹⁸.

Assim, considerando que o aconselhamento genético pode aumentar as chances de nascimento com boas condições de saúde, questiona-se: haveria a obrigatoriedade de uso deste expediente? Tal possibilidade não parece razoável, pois se trata de opção à disposição da mulher ou do casal. Seu uso não configura obrigação aos genitores, tampouco pode ser imposto pelo Estado¹⁹⁹.

De qualquer sorte, deve-se destacar que há duas situações diversas em análise, pois “nascer com deficiências é bem diferente de *encomendar* o nascimento de pessoas com deficiência”²⁰⁰. Ambas esbarram em direitos relativos à criança e serão analisados sob a perspectiva de *wrongful life*.

Como se pôde notar, as denominadas *wrongful actions* são alvo das mais diversas controvérsias, encontrando a *wrongful life* óbices mais expressivos. O primeiro deles diz respeito ao fato de que não foi um procedimento médico, na maioria dos casos uma falha na informação²⁰¹, que causou a doença. Essa decorre de condição inata à criança e se manifestaria independentemente do erro médico. Assim, a criança que veio a nascer nunca teve a chance de uma vida livre de deficiências: a opção seria a vida com aquela deficiência ou a não existência²⁰².

¹⁹⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate. p. 53-92. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 89.

¹⁹⁹ “A obrigatoriedade de diagnósticos genéticos pré-conceptivos e testagem genética em processos reprodutivos atraem uma consequência lógica: a possibilidade de restringir o direito de reprodução do ser humano, o que poderia conduzir a imposição coativa pelos poderes públicos de determinados meios contraceptivos, esterilização e aborto, ou proibição de matrimônio”. Por esta razão entende-se que o “Estado tem a obrigação de se abster de interromper ou obstaculizar o processo natural de gestação. (CASABONA, Carlos María Romeo. Las practicas eugenésicas: nuevas perspectivas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao: Granada, 1999, p. 21-26). Sobre medidas coercitivas de controle genético ver: BEAUCHAMP, Tom L. On Justifications for Coercive Genetic Control. In: HUMBER, James M.; ALMEDER, Robert F. (Ed.). **Biomedical ethics and the law**. New York: Plenum Press, 1976, p. 361-375; ROBERTSON, John A. Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction. **American Journal of Law & Medicine**. v. 30, p. 07-40, 2007.

²⁰⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate. p. 53-92. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 80.

²⁰¹ Os casos de *wrongful life* ajuizados contra os genitores, que são ainda mais polêmicos, possuem construção lógica-argumentativa diversa, encontrando-se à margem de alguns enquadramentos aqui propostos. Por esta razão, serão analisadas mais adiante, separadamente.

²⁰² “As *wrongful life actions* baseiam-se, assim, na omissão, pelos médicos, do dever de informação, ou no negligente cumprimento de tal dever, de que vem a resultar o nascimento de uma criança com graves malformações, pelo que é ela própria que pretende ser indenizada. Por que dano? Pelo dano de ter nascido! Ou, corrigirão alguns, pelo dano de ter nascido com tais deficiências. De

Haveria então um direito a não nascer? Um suposto direito a não nascer significaria que, em contrapartida, haveria um dever de não deixar nascer em determinadas circunstâncias. Falar-se-ia, nesses casos, em obrigatoriedade de selecionar embriões geneticamente, não os implantando, ou de abortar os fetos, em caso de identificação de alguma deficiência, por exemplo. Conforme se analisou anteriormente, não há que se falar em imposição de restrições deste tipo à seara reprodutiva²⁰³.

Seria possível falar em direito a nascer saudável, como um indivíduo pleno e funcional? Esse suposto direito a nascer saudável “só pode[ria] ser compreendido como protecção do embrião face a outras doenças que não aquelas que lhe cabem por força da ‘loteria natural’ ou seja, o direito de não padecer de doenças criadas por mecanismos humanos”²⁰⁴.

Também não é possível falar em um dever dos pais ou dos médicos de garantir que a criança nasça saudável. Isso porque, mesmo se houvesse um dever hipotético que obrigasse os pais a investigar condições genéticas antes de conceber ou de fazer uso de tecnologias de seleção genética para aumentar as chances de a criança nascer saudável, seria impossível garantir que todas as crianças nasceriam com boas condições de saúde. Ou seja, ainda que medidas preventivas fossem coercitivamente adotadas, não seria possível impedir “o nascimento de crianças com patologias congênicas, devidas a mutações genéticas espontâneas”²⁰⁵.

Percebe-se, então, que o que existe é um dever de não ampliar deliberadamente as chances de nascimento com incapacidades. Outro dever conexo é o de, uma vez nascida a criança, propiciar as melhores condições de saúde dentro

todo o modo, essas deficiências não provêm de qualquer acção ou omissão do médico nem teria sido possível eliminá-las - pelo que a alternativa era entre nascer deficiente ou não nascer!” (MONTEIRO, António Pinto. DIREITO A NÃO NASCER? **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 19, p. 321-331, jan.-jun, 2007).

²⁰³ “Apesar desses riscos deve-se insistir que a realização do diagnóstico seja sempre uma decisão livre e de responsabilidade do casal ou da mulher, sem que se condicione a realização posterior de aborto ou contracepção caso alguma patologia manifeste-se no feto, nem que haja discriminação ao acesso de prestações assistenciais e sociais”. (CASABONA, Carlos María Romeo. Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p.18-19).

²⁰⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. As Wrong Actions no Início da Vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010, p.73.

²⁰⁵ CASABONA, Carlos María Romeo. Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p. 14.

do real quadro de possibilidades dela²⁰⁶. Referido dever é correlato ao exercício da autonomia procriativa.

Assim, questiona-se: qual seria o dano em situação de *wrongful life*? A existência da criança, nesse cenário, uma vida com incapacidades, apenas poderia ser encarada como dano se fosse melhor que a sua alternativa: a não vida. Na esmagadora maioria dos casos a incapacidade, ainda que severa, será, ao menos na perspectiva da criança, preferível à não-existência²⁰⁷. Isso porque a não existência não configura uma condição que possa ser avaliada como melhor que a incapacidade. Ela é, em verdade, uma não condição²⁰⁸. Contudo, não se pode ignorar a existência de doenças cujos sintomas impõe limitações tão graves a seu portador que grande parte das pessoas entenderia que não nascer teria sido menos danoso que viver nessas condições de sofrimento atroz. A essas raras circunstâncias existenciais foi atribuído o termo “vida que não vale a pena ser vivida”²⁰⁹.

No entanto, poderia a vida ser tão penosa, ou, existiria o “dano de viver” para uma pessoa que sequer teria possibilidades de experienciar outra maneira de

²⁰⁶ No que tange ao direito à saúde, destacam-se as dimensões curativas e promocionais: “a chamada ‘saúde curativa’, [...] a garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo. [...] O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e saúde das pessoas. [...] que.. guarda sintonia explícita com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescreve o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, regularmente ratificado e incorporado pelo Brasil” (SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 04 jan. 2019.).

²⁰⁷ Gosseries utiliza um caso francês, em que a criança, Lionel, nasceu com Síndrome de Down, para exemplificar a situação (FRANÇA. Resolução nº 486, Cass. Fr., 28 de Novembro de 2001) :“Para que Lionel tenha sofrido um dano, temos de nos perguntar se a sua situação actual é pior do que aquela que *teria sido* se o erro médico não tivesse tido lugar. Há duas hipóteses que podem colocar-se. Ou os pais teriam decidido ficar com a criança, mesmo sabendo que era portadora de uma deficiência e, neste caso, o erro médico não muda nada na situação da criança. Ou os pais teriam decidido fazer um aborto se tivessem sabido da deficiência da criança e, neste caso, Lionel não teria nascido”. (GOSSERIES, Axel. **Pensar a Justiça entre as Gerações**: do caso Perruche à reforma das pensões. Tradução de Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015, p. 40).

²⁰⁸ FEINBERG, Joel. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. **Social Philosophy & Policy**, v. 4, n. 1, p. 145-178, 1986, p. 158.

²⁰⁹ É um tipo de vida tão onerosa e sem compensações para o indivíduo, que a doença mostra-se pior do que a possibilidade de nunca ter existido e, “[e]mbora haja controvérsias sobre se ‘vida que não vale a pena ser vivida’ é um conceito incoerente, mesmo os defensores do conceito acham que as circunstâncias que podem caracterizá-lo são raras”, limitando-se às doenças mais devastadoras, como a doença de Tay-Sachs ou a síndrome de Lesch-Nyhan, e mesmo nesses casos a ideia é controversa” (COHEN, Glenn. Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests. **Minnesota Law Review**, v. 96, n. 2, p. 423-519, 2011).

existência? Como avaliar racionalmente a possibilidade de a não existência ser preferível à existência naquelas condições? Uma analogia possível seria a apropriação da construção utilizada na eutanásia²¹⁰. Todavia, nesta, a pessoa viveu de maneira a exercer seus atributos de personalidade por determinado período. Assim, mesmo que a doença incurável que a tenha acometido a impeça de manifestar sua vontade, os familiares, ou responsáveis, o conheceram em momento anterior à doença e teriam condições de, ao menos, intuir, qual seria o seu desejo. Na presente pesquisa, analisamos situações em que a pessoa já nasce com a incapacidade severa, caso em que, para a não existência ser preferível, ela sequer teria desenvolvido a capacidade de expressar, ou mesmo formar, suas opiniões, devendo os outros manifestar-se por ela. Inaplicável a analogia com a eutanásia, portanto²¹¹.

Para responder ao questionamento, Feinberg desenvolveu uma situação hipotética: após o seu falecimento, ou de uma pessoa que você verdadeiramente se importe, uma divindade oferece duas opções, viver mais quatro anos na condição a

²¹⁰ A eutanásia, termo que comporta extensos debates políticos e acadêmicos, os quais não integram o objeto da presente pesquisa e, portanto, não serão abordados, pode ser entendida como ação ou omissão realizada com o consentimento do paciente ou, caso este não possa manifestar-se conscientemente, de seus familiares ou representantes, para que o médico ou interposta pessoa, por compaixão, proporcione uma morte indolor a alguém acometido de profundo sofrimento em função de doença incurável. Sobre o tema: PESSINI, Leo. **Eutanásia: porque abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004; GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

²¹¹ No que tange a esse ponto impende destacar que há pesquisas que, ao analisar questões morais decorrentes do nascimento de bebês com incapacidades severas, debatem a possibilidade de infanticídio em alguns casos. Singer (p. 189-194) debate a possibilidade de justificação da eutanásia não-voluntária (em que a pessoa que se submete a ela jamais teve a capacidade de optar entre viver e morrer) para crianças com a saúde tão afetada que teriam vidas consideradas miseráveis. Utiliza-se do exemplo de casos graves de espinha bífida (outra doença associada a vidas que não valem a pena serem vividas) em que ocorre paralisia da cintura para baixo, perda do controle dos intestinos ou bexiga e, geralmente, precisam recorrer a diversas cirurgias para permanecerem vivas. Na opinião do autor, a realização reiterada de cirurgias complexas é um erro, pois torna a vida dessas crianças cheia de dor e aflição. Assim defende: “quando a vida de um bebê vai ser tão miserável que nem valerá a pena vivê-la, da perspectiva interior do ser que vai levar essa vida, as duas versões do utilitarismo, tanto a da ‘existência prévia’, quanto a ‘total’, determina que, se não houverem razões ‘extrínsecas’ para se manter vivo o bebê – como, por exemplo, os sentimentos dos pais -, é melhor que se ajude a criança a morrer sem sofrimento”. A repercussão de seu livro foi tamanha que o autor acrescentou um apêndice, denominado “Sobre ter sido silenciado na Alemanha”, no qual narra alguns episódios de hostilidade e boicote ao debate. (SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355-377). Destaca-se que não concordamos com tal alternativa. Somos contrários à distanásia, contudo, entendemos que a manutenção de cuidados paliativos é a melhor solução. A questão da eutanásia nos casos de crianças com graves problemas de invalidez é trabalhada de maneira mais completa no livro: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. **Should the baby live? The Problem of Handicapped Infants**. Oxford University Press, 1985. Sobre o tema indica-se, também, a revisão deste livro: BARBARESI, George. Review of H. Kuhse & P. Singer: *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants*. **BYU Law Review**, v. 1991, n. 1, p. 697-707, 1991.

ser avaliada sendo que, ao fim deste período, você seria extinto ou você poderia optar pela extinção de pronto. O autor pressupõe que nos casos em que a condição avaliada importa uma existência com sofrimento profundo uma pessoa racional escolheria a extinção sem o período de vida extra, e, nos casos em que a escolha é a extinção imediata, a não existência seria preferível²¹².

A doutrina aponta a doença de Tay-Sachs e a síndrome de Lesch-Nyhan como doenças que compõem a possibilidade do conceito de vida que não vale a pena ser vivida em razão do grau de incapacidade e de sofrimento que os sintomas avassaladores de ambas infringem a seus portadores²¹³.

Na doença de Tay-Sachs os sintomas da degeneração psicomotora progressiva começam a aparecer aproximadamente em torno dos sete meses. São eles: severa deterioração das habilidades físicas e mentais, cegueira, surdez, incapacidade de engolir, e, portanto, necessidade de alimentação por meios artificiais. Além disso, a criança sofre atrofia muscular até a ocorrência de paralisia, que ocasiona úlceras de decúbito, e convulsões frequentes. A criança geralmente os passa os últimos anos de vida em estado vegetativo, salienta-se que a doença torna-se fatal na faixa de 03 a 05 anos. Atualmente não há cura para a doença de Tay-Sachs²¹⁴.

Também não existe cura para a síndrome de Lesch-Nyhan, apenas é possível tratar os sintomas, que consistem em cálculos renais, risco de nefropatia, nefrolitíase, artrite gotosa, espasticidade, autolesão e automutilação. Para prevenir

²¹² Para construir o teste contrafactual do elemento do dano aplicado a situações de *wrongful life* Feinberg aponta e refuta três possibilidades para determinar quem deveria decidir se a não-existência seria preferível: a) a própria criança gravemente incapacitada, ao que rebate afirmando que ela seria incapaz de ter uma preferência, pois caso fosse racional o suficiente para optar sua condição de incapacidade seria condizente com uma vida valesse a pena viver; b) qualquer pessoa razoável que se colocasse no lugar da criança, tal possibilidade é contestada, pois levaria a uma discussão metafísica na qual consideraria os valores e a capacidade racional da pessoa “razoável” misturadas com a dor, deficiência e perspectivas sombrias da criança incapacitada, uma composição logicamente impossível; e c) a própria criança que, competente para fazer esse julgamento por si, caso sua incapacidade não fosse mental, mas fosse severamente paralisada e sofresse com dores constantes, aguardasse a maioria para alegar que a sua vida não vale nem nunca valeu a pena ser vivida. O autor rejeita esta terceira alternativa porque o julgamento não seria necessariamente universal, outra pessoa na mesma circunstância poderia entender o contrário, não seria irracional divergir de sua opinião. Após essa exposição ele apresenta a solução acima referida: uso de um procurador que, representando o melhor interesse da criança severamente incapacitada, expressasse a preferência pela não-existência (FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*. **Social Philosophy & Policy**, v. 4, n. 1, p. 145-178, 1986, p.161-165).

²¹³ COHEN, Glenn. *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*. **Minnesota Law Review**, v. 96, n. 2, p. 423-519, 2011.

²¹⁴ FERNANDES FILHO, Jose Americo; SHAPIRO, Barbara E.. **Archives of Neurology**, v. 61, n. 9, p. 1466-1468, set. 2004.

as autolesões normalmente é necessário o uso de contenção mecânica, de modo que os pacientes permanecem a maior parte de sua vida constrictos à cama. Tendo em vista que a contenção mecânica não é eficiente para prevenir as mordeduras, grande parte de seus portadores têm todos os dentes removidos para evitar essa forma de autolesão. A morte ocorre usualmente por falência renal na primeira ou segunda década de vida²¹⁵.

Em situações similares a estas, nas quais a qualidade de vida é tão precária e a expectativa de vida é curta, em que se entende que o fato de nascer é mais danoso para o indivíduo do que a possibilidade de nunca ter nascido, que o suposto dever de não procriar é situado.

Não se fala em um direito, por parte do feto, de não nascer deficiente “nem [...] um direito (da criança) a não ter nascido deficiente, mas de um direito (da criança) a não ter nascido em condições que sabíamos ou deveríamos saber que eram irremediavelmente incompatíveis com a dignidade humana”²¹⁶.

O argumento utilizado é de que, caso os genitores tivessem, antecipadamente, o conhecimento de que sua prole nasceria com graves enfermidades cuja não existência teria sido preferível à existência nessas condições, mas, assim mesmo, optassem por procriar, estariam agindo de maneira irresponsável²¹⁷. Fala-se, nesses casos, em um dever de uso das diversas alternativas tecnológicas que propiciam formas de ter crianças saudáveis, como a reprodução assistida, uso de gametas de doadores e seleção genética, ou, caso estas não fossem suficientes para evitar a enfermidade, em um dever de não procriar.

Em que pese a possibilidade de considerar a postura destes pais irresponsável, por não agir de acordo com o melhor interesse da criança em potencial²¹⁸, não se sustenta o direito de a sociedade ou o Estado constrangerem

²¹⁵ ANDRADE, Débora Luzia Santos, et al. Síndrome de Lesch Nyhan e Odontologia: relato de caso. **Revista de Ciências Médicas e Biologia**. Salvador, v. 13, n. 1, p. 102-106, jan.-abr. 2014.

²¹⁶ GOSSERIES, Axel. **Pensar a Justiça entre as Gerações**: do caso Perruche à reforma das pensões. Tradução de Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015, p. 57.

²¹⁷ CIRIÓN, Aitziber Emaldi. **El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001, p. 244-245.

²¹⁸ “Ao justificar essas e inúmeras outras regulamentações da reprodução, o Legislativo, os Tribunais e a imprensa confiaram (pelo menos em parte) em uma expressão idiomática que eu denomino de Melhores Interesses da Criança Resultante; um enfoque no melhor interesse da criança que (ausente a intervenção do Estado) resultará dessas formas de reprodução” (COHEN, Glenn I.. Beyond Best Interests. **Minnesota Law Review**, v. 96, n. 4, p. 1192-1273, 2012). Intitulamos de

decisões procriativas²¹⁹. Questiona-se a possibilidade de, quando da ocorrência da hipótese acima mencionada, a criança demandar os pais por situação de *wrongful life*.

Inicialmente destaca-se que o questionamento acerca da possibilidade de os pais serem réus em ação de indenização por *wrongful life* não abarca situações de eventual insatisfação de uma criança saudável com relação a raça, características sociais, religiosas ou condições familiares, sejam estas estruturais ou econômicas, pois estes são problemas para os quais existe solução²²⁰. Ademais, dentro da moldura proposta pela presente pesquisa, situações de *wrongful life* não dizem respeito a crianças saudáveis.

Com relação a crianças com incapacidades, algumas considerações devem ser tecidas. Não há um direito a nascer saudável ou, ainda, um direito de não nascer senão saudável. Reconhecer tal direito significaria impor um dever de abortar quando alguma malformação fosse identificada no diagnóstico pré-natal ou condicionar técnicas de reprodução assistida à realização de diagnóstico genético pré-implantatório seguido de uma obrigatoriedade de não implantar o embrião testado, caso alguma anormalidade fosse identificada. Referido dever, conforme já analisado no segmento relativo à autonomia procriativa, não pode ser imposto. O que existe é uma proteção ao embrião ou ao feto de não padecer de incapacidades que não decorram da “loteria natural”, em outras palavras, que foram criadas²²¹.

Assim, aquelas crianças nascidas com condições incapacitantes a partir de situações em que não é realizado um aconselhamento genético pré-conceptivo, ocasião na qual os genitores desconhecem suas próprias condições genéticas ou hereditárias que poderiam vir a acometer sua descendência, não podem demandar seus genitores, pois estes sequer estariam cientes desses riscos.

melhor interesse da criança em potencial o que Cohen denomina de melhor interesse da criança resultante.

²¹⁹ No Chipre, por exemplo, antes de contrair matrimônio os casais devem, obrigatoriamente, realizar triagem genética relativa à talassemia, provar que foram testados e que conhecem os resultados através de um certificado pré-nupcial (CASABONA, Carlos María Romeo. *Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p.17).

²²⁰ Tais circunstâncias dizem respeito à *disadvantaged life*, ou vida insatisfatória, a qual foi abordada no primeiro capítulo, na parte destinada à comparação e distinção entre *wrongful birth* e/ou *wrongful life* e outros danos ou situações similares. Como salientado outrora, pedidos de indenização por tais condições são rechaçadas.

²²¹ RAPOSO, Vera Lúcia. As Wrong Actions no Início da Vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010.p.73

Muito autores entendem que, ante situação diametralmente diversa, em que os pais teriam plenas condições de conhecer as circunstâncias que ocasionaram a enfermidade da prole e as poderiam ter evitado, seria possível responsabilizá-los juridicamente. Essa afirmação enquadra-se em cenários diversos, como concepção contrária à indicação médica ou ao aconselhamento genético, comportamentos negligentes durante a gravidez, como o uso de tóxicos, fármacos incompatíveis ou recusa a tratamento médico indispensável, por exemplo²²².

O plano de fundo de tal possibilidade é a ideia de que ao responsabilizar os pais por decisões procriativas lesivas e evitáveis estar-se-ia conscientizando-os acerca das consequências prejudiciais que suas displicências infringem a terceiros, no caso sua prole, e o entendimento de que o limite à autonomia procriativa encontra-se na esfera de direitos de uma terceira pessoa.

Contudo, devem ser impostas algumas ressalvas a esse entendimento. O objetivo das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* é, em conjunto com o desestímulo à negligência médica e o incentivo à prática do aconselhamento genético, com o consequente impulso à parentalidade responsável, garantir que a criança lesada tenha suas necessidades providas. Sendo assim, nos casos em que os genitores podiam, mas não evitaram a incapacidade da criança, estes pais apenas poderiam vir a ser demandados por situação de *wrongful life* no caso de abandono dos descendentes. Neste cenário, entendemos que as dificuldades que estes viriam a experienciar como decorrência de sua própria desídia, despesas excedentes, necessidade de cuidado adicional, já atenderiam à função preventiva.

Mas e se os genitores optarem por escolher alguma deficiência ou deliberadamente ampliar as chances de o embrião a possuir? Para contextualizar a suposição imaginemos um casal que deseja um descendente com deficiências idênticas às suas. À primeira vista tal situação hipotética pode não parecer crível. Trata-se, porém, de um acontecimento verídico.

O casal de americanas Sharon Duchesneau e Candy McCullough, ambas surdas, buscaram, junto a um banco de sêmen, gametas de um doador, também surdo. Diante da negativa do banco recorreram a um amigo com cinco gerações de

²²² Sobre o tema ver: ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p.86-91.

surdez na família²²³, o que aumentaria as chances de seu filho nascer surdo, assim como elas. Referido amigo lhes doou seu esperma e o bebê, Gauvin, nasceu surdo. O casal foi alvo de muitas críticas e ampla atenção midiática²²⁴.

Para integrantes da comunidade surda, assim como elas, a surdez representa um traço da identidade cultural²²⁵ e não uma deficiência a ser tratada. Dessa forma, na visão delas, a criança não teria sido prejudicada, pois além de poder levar uma vida plena, Gauvin poderia compartilhar de todas as benesses da comunidade surda²²⁶. Cumpre destacar que, no caso em comento, a criança em questão possuía audição residual mínima que, caso tivesse sido estimulada, o auxiliaria com a leitura labial no futuro. Porém, por opção das mães, tal estímulo não foi realizado²²⁷.

Ainda que a percepção de ambas acerca da surdez, de que esta se trata de um traço distinto de identidade e não uma deficiência, esteja correta é inquestionável que a ausência de audição impõe a seu titular determinadas restrições. E, em que pese a comunidade surda detenha estrutura completa com linguagem e sistema de educação próprios, adequadas às necessidades de Gauvin, a verdade é que, ao maximizar a probabilidade de seu descendente nascer surdo, o casal limitou a integração social deste à sua própria comunidade.

Ao agir desta maneira, as mães violaram o direito de seu filho a um futuro aberto. A expressão, inicialmente cunhada por Feinberg²²⁸, diz respeito ao conflito entre autonomia parental (na qual se insere a autonomia procriativa) e a potencial autonomia da criança²²⁹. Nesta estão incluídos todos os direitos que uma sociedade

²²³ Referido amigo já lhes havia doado sêmen quando da concepção de sua outra filha, também surda, Jehanne (VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate*. p. 53-92. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 63).

²²⁴ Sobre o tópico ver: DRISCOLL, Margarete. **Why We Chose Deafness for Our Children**, Sunday Times (London), Apr. 14, 2002; BBC. **Couple 'choose' to have deaf baby**. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1916462.stm>. Acesso em 18 jun. 2017.

²²⁵ Sobre a surdez como identidade cultural ver: SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo, Pedro Maia Soares). São Paulo: Companhia das Letras, 2013; p. 65-141.

²²⁶ SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.17.

²²⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate*. p. 53-92. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 64.

²²⁸ FEINBERG, Joel. *The Child's Right to an Open Future*. In: AIKEN, William; LAFOLLETTE, Hugh (eds). **Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power**. Totowa, NJ: Rowman and Littlefield, 1980, p. 124-153.

²²⁹ DAVIS, Dena S. *Genetic dilemmas and the child's right to an open future*. **Hastings Center Report**, v. 27, n. 2, p. 07-15, 1997, p. 563.

elege como importantes e acredita que um adulto possui, os quais devem ser protegidos agora para que a criança possa exercê-los mais tarde²³⁰.

Independentemente da compreensão da surdez como característica, esta difere das situações inicialmente elencadas como não abarcadas por *wrongful life* – *disadvantaged life* - por dois motivos: ao contrário daquelas, a surdez não é uma condição superável e, no caso ora analisado, esta não teria decorrido da “loteria natural”, fator que, segundo a delimitação ora proposta, inviabilizaria que os genitores fossem demandados por *wrongful life*.

Dessa maneira, assim como nos casos em que, em nome do direito à autonomia procriativa ou em razão de atitudes parentais desidiosas, os pais tomam decisões que resultam em lesões ao descendente, o deferimento de indenização por *wrongful life* somente seria possível caso houvesse o abandono parental. Em tais circunstâncias, esses pais seriam responsáveis pelo custeio das despesas especiais relativas à condição da criança.

A opção pela não-intervenção nestes casos se justifica porque, nas situações em que a criança não se sentir lesada pela atitude de seus genitores e permanecer integrada naquele seio familiar, a interferência de um terceiro, ainda que com o intuito de garantir alguma forma de compensação pelo prejuízo, poderá causar mais danos que aqueles decorrentes da escolha parental. Logo, quando a pretensão não partir de vontade da própria criança, tem-se que esta seria potencialmente mais lesiva à mesma do que a inércia estatal.

Faz-se necessário ressaltar que a escolha do casal Duchesneau e McCullough é assim compreendida pois tolheu, deliberadamente, seu filho da possibilidade de integração social plena, em outras palavras, violou o direito da criança a um futuro aberto.

Destaca-se, ainda, que em situações em que era possível conhecer e evitar circunstâncias prejudiciais à prole, ainda que se entendesse que não seriam passíveis de indenização por *wrongful life*, o ajuizamento de pretensão indenizatória

²³⁰ “If deafness is a disability which substantially narrows a child’s career, marriage, and cultural option in the future, then deliberately creating a deaf child counts as a moral harm. If deafness is a culture, as Deaf activists assert, then deliberately creating a Deaf child who will have only limited options to move outside of that culture also counts as a moral harm. (DAVIS, Dena S. Genetic dilemmas and the child’s right to an open future. **Hastings Center Report**, v. 27, n. 2, p. 07-15, 1997). Não importa em que cenário a surdez é enquadrada, a amoralidade situa-se no fato de que a conduta, ou escolha, dos pais mitiga as possibilidades de exercício futuro da autonomia da criança.

contra os pais por danos morais puros²³¹ seria plenamente cabível, pois tratam-se de diferentes tipos de danos que não se confundem.

Em razão do grau de complexidade e pelo fato de tratar de questões polêmicas, a viabilidade jurídica de ações embasadas em *wrongful life*, já debatida em diversos países, é permeada de incertezas. Como visto no capítulo anterior, há países que não as reconhecem²³², há os que já as julgaram procedentes, porém alteraram entendimento e atualmente não a reconhecem mais²³³, há, ainda, ordenamentos jurídicos que as deferem²³⁴.

Para os ordenamentos jurídicos que reconhecem ações embasadas em situações de *wrongful birth* e *wrongful life* resta, ainda, o enfrentamento de outro ponto controverso: a extensão do dano a ser compensada e a forma com que esse cálculo será realizado.

No que tange a situações de *wrongful birth*, deve-se considerar que os pais desejavam a criança. Assim, presume-se que os gastos intrínsecos à sua criação integravam o planejamento destes. Contudo, como os genitores desconheciam a condição incapacitante, não puderam planejar-se para arcar com estas despesas. Nessas circunstâncias, entende-se que os genitores foram patrimonialmente lesados apenas com relação às despesas relacionadas à incapacidade, de modo que apenas estas devem ser indenizadas²³⁵. Na seara extrapatrimonial, houve prejuízo à autonomia reprodutiva destes, dano que deve ser compensado. Para aferir o montante do dano, o juiz deverá cotejar as particularidades do caso, sopesando, por exemplo, a condição econômica da família, a gravidade da incapacidade, o impacto desta na vida dos pais²³⁶.

²³¹ Danos morais puros, também denominados de danos morais em sentido estrito ou, ainda, de danos anímicos “serão todas as ofensas que atinjam as pessoas nos aspectos relacionados com os sentimentos, a vida afetiva, cultural e de relações sociais; eles traduzem-se na violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbações na alma do ofendido” (NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, v. 1, p. 903 – 919, jul. 2015)

²³² Como, por exemplo, países integrantes do Reino Unido, Portugal e praticamente a totalidade de Estados norte-americanos, à exceção dos quatro que permitem.

²³³ Como no caso da França, em que a alteração partiu do legislativo, e da Itália cuja mudança adveio da jurisprudência.

²³⁴ Como Holanda e os Estados norte-americanos da Califórnia, Washington, New Jersey e Maine.

²³⁵ RAPOSO, Vera. As Wrong Actions no Início da Vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010, p. 63-65.

²³⁶ “As principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são: a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica

Com relação às ações embasadas em situação de *wrongful life*, a definição da extensão do dano e o cálculo da parcela a ser compensada mostra-se mais complexa. Em situações em que a existência com a incapacidade for preferível à não-existência não haverá dano de natureza extrapatrimonial. A criança está, de fato, em uma situação melhor do que estaria caso a falha informativa não tivesse ocorrido²³⁷. Poder-se-ia admitir, sob o princípio da fungibilidade, caso os pais não tivessem ajuizado *wrongful birth* que as despesas relativas à incapacidade fossem pagas à criança, pois afinal de contas, seria ela que se beneficiaria das mesmas.

Nos casos em que a existência é mais prejudicial do que a não-existência, todavia, a situação apresenta-se de outra forma. Nas raras circunstâncias em que a vida de uma criança se enquadrar no conceito anteriormente abordado de “vida que não vale a pena ser vivida”, as condições daquela existência poderiam ser consideradas como um dano. No entanto, como indenizar tal situação?

A perspectiva tradicional de reparação do dano, que equivaleria a trazer o autor à situação anterior à lesão, não seria possível²³⁸. Afinal, devolver a criança à condição em que o erro não teria ocorrido significa igualar à condição em que ela não existiria, ou seja, matá-la. Tal solução, além de indesejável, não seria possível a partir da responsabilidade civil. A compensação financeira pela dor, em se tratando de casos em que a qualidade de vida é tão baixa que a não existência seria cogitada como preferível à existência, dificilmente poderia anular ou amenizar o sofrimento da criança²³⁹.

do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica)” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283).

²³⁷ FEINBERG, Joel. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. **Social Philosophy & Policy**, v. 4, n. 1, p. 145-178, 1986.

²³⁸ “O primeiro grande modelo de ressarcimento da vítima é o da reparação natural (*in natura*), significando que se deve restituir o lesado exatamente o mesmo bem extraído do seu patrimônio para que ele seja colocado no estado em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito [...] O sistema da reparação natural, apesar de se apresentar, em um plano ideal, como mais perfeito e mais completo do que o da indenização pecuniária, possui, na prática, obstáculos de difícil superação. [...] pode ser materialmente impossível a restauração do dano, em face de sua natureza”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35; 39).

²³⁹ “A responsabilidade civil visa apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial) ou minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral)” (NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, p. 31-44, mar. 1999). “Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório [...], pois o dano moral não é propriamente indenizável. ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘in dene’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências - o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à**

Da mesma forma, as chamadas *compensação mercadológica*, aquela na qual se paga quantia equivalente ao que a pessoa teria aceitado para se submeter àquela lesão, e *consolação por distração*, em que a pessoa não aceitaria valores para se submeter a referido danos, mas, ante sua ocorrência uma compensação monetária significativa propiciaria consolações que a fariam se sentir melhor com relação à lesão, também não seriam aptas a amenizar os efeitos lesivos, pois, nos casos em que o fato de não nascer seria menos danoso, não haveria quantia capaz de atingir os objetivos propostos²⁴⁰. Assim, retoma-se: há alguma forma de compensação aplicável ao caso?

Na circunstância específica de “vida que não vale a pena ser vivida”, a única solução cabível seria a condenação da pessoa que cometeu a falha, seja o profissional da saúde ou os genitores, ao pagamento de todas as despesas relativas à incapacidade (tratamentos médicos, taxas hospitalares, alimentação especial, fisioterapia etc.) que fossem necessárias para propiciar a melhor qualidade de vida possível à criança. Mas, nessas circunstâncias, ou os pais seriam poupados de custear tais despesas ou despenderiam quantia que já configurava despesa sua, no caso de *wrongful life* ajuizada em desfavor dos genitores. É por esta razão que alguns autores afirmam que a responsabilidade civil não é a melhor resposta a situações de *wrongful life*²⁴¹.

Nada obstante, temos que a obrigação de custear esses gastos incentivaria o médico ou os pais a não cometer imprudências similares e serviria como exemplo aos outros, fomentando uma conduta desejável na sociedade. De qualquer sorte, como será aclarado quando da análise da discriminação, a responsabilidade civil não responde à totalidade do problema, razão pela qual, para que este seja solucionado, devem ser aplicadas, em conjunto com a responsabilidade civil, medidas de assistência social.

Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2017, p. 145)

²⁴⁰ Market compensation e Diversionary displacement, respectivamente (FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. Social Philosophy and Policy*, v. 4, n. 1, p. 145-178, Autumn 1986).

²⁴¹ Por todos cito Axel Gosseries: “[a] opção mais justa para responder a situações como as de Nicolas [Perruche] e Lionel [criança portadora de síndrome de Down] será, portanto, a atribuição de subsídios para deficientes financiados pelo conjunto da coletividade” (GROSSERIES, Axel. **Pensar a Justiça entre as Gerações:** do caso Perruche à reforma das pensões. Tradução de Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015, p. 49).

3.2 Dimensão extralegal: análise dos supostos aspectos eugênicos e discriminatórios

Um dos aspectos mais polêmicos, e muito criticado, no reconhecimento de situações de *wrongful birth* e *wrongful life* como dano, centra-se no argumento de que a compensação monetária em virtude de falha médica na prestação de informação acerca de problemas com o feto ou com o embrião, com a consequente impossibilitação do aborto terapêutico ou da não implantação do embrião, poderia vir a significar a possibilidade de eugenia ou fomentá-la.

Eugenia consiste no estudo dos procedimentos capazes de aperfeiçoar a espécie humana e é, tradicionalmente, classificada em eugenia positiva e negativa. A primeira objetiva a promoção de genes tidos como desejáveis. Já a segunda visa evitar a proliferação de genes associados a características indesejáveis²⁴².

O termo eugenia foi cunhado em 1883 por Francis Galton, que buscava uma palavra que pudesse expressar a ideia de uma ciência voltada ao aprimoramento da raça humana²⁴³. Seu estudo tornou-se o ponto de partida do movimento em favor da eugenia no Reino Unido e também se disseminou para os Estados Unidos²⁴⁴.

²⁴² “A eugenia negativa pode ser realizada através de diversos métodos, com diferentes variações de reprovabilidade. São exemplos desta, a proibição de matrimônio, o uso de métodos contraceptivos, aconselhamento genético, esterilização -voluntária ou involuntária-, diagnóstico pré-natal, que pode ser seguido de aborto eugênico, e, a mais controversa e repudiada de todas: eliminação física” (SOUTULO, Daniel. El Concepto de Eugenesia y su Evolución. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p. 40-42).

²⁴³ “That is, with questions bearing on what is termed in Greek, eugenes namely, good in stock, hereditarily endowed with noble qualities. This, and the allied words, eugeneia, etc., are equally applicable to men, brutes, and plants. We greatly want a brief word to express the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the more suitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had. The word eugenics would sufficiently express the idea; it is at least a neater word and a more generalised one than viriculture which I once ventured to use”. (GALTON, Francis. **Inquiry into human faculty**. 2 ed. London: Macmillan, 1892, p. 17). Em tradução livre: “Isto é, com perguntas sobre o que é chamado em grego, eugenes, ou seja, boa linhagem, hereditariamente dotados de qualidades nobres. Isto e as palavras associadas, eugenia, etc., são igualmente aplicáveis aos homens, aos brutos e às plantas. Queremos muito uma palavra breve para expressar a ciência de melhorar a raça, que de modo algum está restrita a questões matrimoniais, mas que, especialmente no caso do homem, toma conhecimento de todas as influências que tendem em grau remoto para as raças ou cepas de sangue mais adequadas, uma chance melhor de prevalecer rapidamente sobre as menos adequadas do que elas teriam de outra maneira. A palavra eugenia expressaria suficientemente a ideia; é pelo menos uma palavra mais simples e mais generalizada do que a viricultura que uma vez me aventurei a usar”.

²⁴⁴ Ressalta-se neste ponto que o presente estudo não tem por objeto a análise da evolução da eugenia, apenas enfrenta a temática, *en passant*, eis que indispensável para refutar o argumento de que ações embasadas em *wrongful birth* e/ou *wrongful life* possuem caráter eugênico. Sobre o

Esse movimento em prol da eugenia, popularizado no século XX, contou com diversos seguidores e foi amplamente apoiado, inclusive por Universidades²⁴⁵. Inicialmente contava com viés educacional no qual se investia em pesquisas voltadas à investigação da hereditariedade de genes. Posteriormente assumiu um caráter obscuro, tido como desvio da eugenia e principal responsável pela aversão ao movimento: o surgimento de leis autorizando a esterilização compulsória de pacientes mentais, presos e pessoas em condições de miserabilidade. Algumas, inclusive, foram consideradas constitucionais²⁴⁶.

Este viés da teoria eugênica foi encabeçado pelos nazistas, que não apenas implementaram amplamente a esterilização daqueles que consideravam “desqualificados”, como patrocinaram assassinatos em massa, culminando nas notórias atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial²⁴⁷. A sombra do nazismo ocasionou um recuo do movimento eugenista e paira, até hoje, sobre as novas formas de eugenia (engenharia e melhoramento genéticos)²⁴⁸. É por esta razão que existe o receio em permitir a compensação por situações de *wrongful birth* e *wrongful life*.

Considerando a facilidade de seleção de características propiciada pelos avanços científicos na seara da reprodução²⁴⁹, a preocupação de que a viabilidade

histórico da eugenia sugere-se os seguintes textos: KEVLES, Daniel J. **In the Name of Eugenics: Genetics and the Uses of Human Heredity**. Cambridge: Harvard University Press, 1995; e SOUTULO, Daniel. El Concepto de Eugenesia y su Evolución. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999.

²⁴⁵ A lista de apoiadores inclui nomes famosos como John D. Rockefeller Jr, Theodore Roosevelt e Margaret Sanger. Segundo Sandel “Nos anos 1920 eram oferecidos cursos de eugenia em 350 faculdades e universidades do país, que alertavam os jovens americanos privilegiados para o seu dever reprodutor (SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 78-79).

²⁴⁶ A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1927, no caso Buck v. Bell, decidiu que a lei de esterilização compulsória dos considerados inaptos (o que incluía deficientes mentais como a recorrente Carrie Buck, mãe solteira de 17 anos internada em instituição para deficientes mentais que acabou sendo submetida à esterilização), “para a proteção e saúde do Estado” não violava a cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Este julgado ficou conhecido pela lamentável frase “três gerações de imbecis é o suficiente” proferida pelo juiz Oliver Wendell Holmes (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court, **Buck v. Bell**, U.S. 274 U.S. 200 (1927)).

²⁴⁷ SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 78-82.

²⁴⁸ Estas englobam a seleção embrionária realizada antes da implantação, a possibilidade de diagnósticos pré-natais precisos, muitas vezes seguidos de interrupção voluntária da gravidez - meios permitidos por diversos países, assim como tantas outras formas de seleção e manipulação genética.

²⁴⁹ Ainda que a maioria dos países restrinja o uso dessas técnicas à finalidade de afastar patologias graves, atualmente é possível adquirir, de praticamente qualquer lugar do mundo, esperma selecionando as características desejadas, como raça, cor dos olhos, de cabelo e tipo sanguíneo.

de *wrongful birth* e *wrongful life* poderia culminar em uma nova etapa da eugenia mostra-se pertinente. Afinal, quais doenças ou deficiências passariam a ser vistas como aptas a ensejar o provimento de tais ações? Qual o padrão de incapacidade poderia ensejar reparação? Sentidos, ou a falta de algum deles, como surdez²⁵⁰ poderiam ser considerados para esse fim? A quem cabe sua determinação e imposição? Essa definição seria constantemente atualizada? Haveria fiscalização?

Percebe-se, portanto, que a problemática envolve uma questão de fundo muito mais complicada do que à primeira vista aparenta: trata-se do receio de que o reconhecimento de tais danos impulse o ressurgimento dos horrores anteriormente perpetrados.

Ainda que tal temor não se mostre irrazoável, não se pode olvidar que a nova eugenia, na qual o melhoramento genético é realocado como uma questão de saúde individual em que o paciente, devidamente esclarecido por seu médico, toma decisões reprodutivas considerando seu próprio interesse e de sua prole futura à saúde, afasta-se da antiga teoria eugênica. Nesta, o aperfeiçoamento da raça humana era concebido como um problema social cuja solução deveria ser coletiva e promovida com o envolvimento do Estado, mesmo que compulsoriamente, algo impensável dentro da nova etapa da eugenia que prioriza o respeito à autonomia e às liberdades individuais, não se tolerando qualquer forma de coercitividade²⁵¹.

De qualquer sorte, indiferentemente da percepção acerca do aconselhamento genético, do aborto eugênico e da seleção de embriões como procedimentos profiláticos, atos decisórios concernentes ao direito à saúde e, portanto, não classificados como eugenia, ou então como práticas eugênicas, porém não reprováveis pois pertencentes à nova roupagem dada à eugenia, estes distanciam-se da infeliz experiência histórica²⁵².

Basta ter condições financeiras para tanto. O banco de espermas dinamarquês, Cryos, considerado o maior banco de espermas do mundo, por exemplo, oferece esse serviço. Disponível em: <https://dk.cryosinternational.com>. Acesso em: 18 jun. 2017.

²⁵⁰ Destaca-se, nesse ponto, o debate acerca da surdez como identidade cultural e não como uma deficiência, que será analisado no segmento sobre *wrongful life* ajuizada contra os pais (SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 61-14; DOLNICK, E. Deafness as culture. **Atlantic Monthly**. v. 272, n. 3, set. 1993, p. 1-8).

²⁵¹ CASABONA, Carlos María Romeo. Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p. 10-11.

²⁵² SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 76-93.

Em que pese o afastamento do sentido pejorativo de eugenia, a realização de cautelosa delimitação acerca de quais falhas do profissional de saúde e em quais contextos estas podem vir a embasar pretensão por *wrongful birth* ou *wrongful life* é indispensável. Isso porque alguns dos objetivos sociais a serem atingidos com referidas indenizações são: a indução de maior seriedade e diligência médica em todas as searas do aconselhamento genético e o incentivo a decisões procriativas responsáveis, pois a partir do conhecimento acerca dos riscos de eventual prole nascer com doenças hereditárias ou genéticas, os pais poderão, de maneira consciente e informada, preveni-las, evitá-las ou, ainda, cientes de todas as implicações, aceitá-las²⁵³.

A falha relativa às diversas etapas do aconselhamento genético e às técnicas de manipulação genética ou seleção embrionária realizadas com fins terapêuticos, ou seja, com o intuito de evitar doenças, configura situação apta a ensejar pretensão por *wrongful birth* ou *wrongful life*. Todavia, falha médica relativa a métodos empregados com objetivo de melhoria genética de ordem não medicinal não pode embasar indenizações por *wrongful birth* ou *wrongful life*. Em outras palavras, erros relativos a métodos que permitam escolher determinadas características²⁵⁴, como altura ou talentos específicos, por exemplo, não são tuteláveis através de *wrongful birth* e *wrongful life*. Isso porque estas ações buscam compensar os danos decorrentes do nascimento com incapacidades, portanto não são aplicáveis em caso de nascimento de uma criança saudável²⁵⁵.

²⁵³ CASABONA, Carlos María Romeo. Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p. 18.

²⁵⁴ Aqui estão excluídas do conceito de características as limitações que, perante o modelo médico de deficiência são doenças, mas, diante do modelo social de deficiência são consideradas características. Essa discussão será abordada no segmento destinado à discriminação. Nesse ponto refere-se à manipulação genética para “melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características de nossos filhos” (SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 19).

²⁵⁵ Habermas, principal opositor à denominada eugenia liberal – melhoramento genético das capacidades da criança realizado por vontade dos pais -, censura intervenções genéticas realizadas para selecionar ou melhorar crianças em razão da potencialidade das consequências danosas. O autor salienta duas possíveis consequências danosas: o fato de a criança fruto da intervenção não se ver como único autor de sua própria vida, o que viola sua autonomia, e a circunstância de que se veria como nascida em condição assimétrica em relação às gerações anteriores, pois a criança em questão teria sido projetada pelos pais, o que lesaria o princípio da igualdade. (HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma Eugenia liberal?**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 77-79).

Sendo assim, designadas como práticas eugênicas ou não, as técnicas cuja falha pode resultar em *wrongful birth* ou *wrongful life* não podem ser associadas ao caráter pejorativo vinculado à antiga eugenia. Tal argumento, portanto, não justifica óbice ao reconhecimento de referidos danos.

Outro grande problema geralmente associado à indenização por *wrongful birth* e *wrongful life* é a possibilidade desta desencadear, ou agravar, a discriminação²⁵⁶. O argumento utilizado é de que compreender que a falha informativa médica que possibilita o nascimento com certas limitações, síndromes ou doenças, causam danos passíveis de indenização, em última análise, impactaria o bem-estar de pessoas com incapacidades, de suas famílias e a sociedade. Isso porque ao mesmo tempo que aquele indivíduo específico seria beneficiado, supostamente, estar-se-ia enviando mensagens discriminatórias à comunidade de pessoas com deficiência e à sociedade em geral.

Para justificar tal argumento, os autores que o defendem utilizam-se de depoimentos de pessoas com deficiências acerca do aborto eugênico e das diversas técnicas de diagnóstico genético, que, não raro, afirmam interpretar essas possibilidades como a mensagem de que o seu nascimento teria sido um equívoco e que sua família estaria melhor, caso não estivesse vivo²⁵⁷.

Tal receio é legítimo, de modo que, para aclarar este temor com relação à discriminação associada à possibilidade de aborto eugênico ou seleção embrionária e, conseqüentemente, *wrongful birth* e *wrongful life*, um breve esclarecimento acerca da construção do conceito de deficiência mostra-se indispensável.

São duas as principais concepções de deficiência: o modelo médico e o modelo social. Para o primeiro, deficiência é um traço pessoal que resulta na limitação de habilidades de um indivíduo, um defeito que deve ser curado através da medicina. Essa é a perspectiva histórica de deficiência. De acordo com o segundo, a

²⁵⁶ Para análise do presente ponto utilizou-se como marco teórico o seguinte texto: HENSEL, Wendy F. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 40, 2005, p. 141-195.

²⁵⁷ Tal temática é objeto de preocupações e movimentos sociais, sendo comum em manifestos contrários ao teste pré-natal não invasivo (NIPT) frases como “meu filho não é um risco” ou, ainda, “eu não estou melhor morto”. Alguns mais radicais afirmam tratar-se de uma firma de genocídio. A título de exemplo, na Inglaterra, 90% dos fetos diagnosticados como portadores da Síndrome de Down são abortados (DEPARTMENT OF HEALTH. **Abortion statistics, England and Wales: 2015**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistical-data-sets/abortion-statistics-england-and-wales-2015>. Acesso em: 20 maio 2017). Sobre o assunto, ver também: **Dont screen us out**. Disponível em: <https://dontscreenusout.org>. Acesso em 29 de maio de 2017. BBC. A World Without Down's Syndrome? Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/programmes/b07ycbj5>. Acesso em 23 maio 2017.

deficiência é uma construção social, pois a forma como a sociedade está estruturada restringe habilidades de indivíduos com limitações biológicas inerentes²⁵⁸. Atualmente tende a prevalecer o segundo modelo. Fato é, porém, que nenhuma das concepções é completa.

Ainda que verídica a assunção de que a sociedade, por desconhecimento, constrói a experiência de deficiência para pessoas com impedimentos, como, por exemplo, no caso de cadeirantes em que limitações funcionais são superadas através da alteração da forma com que estruturamos nossos ambientes, fator que embasa o receio discriminatório, não se pode negar que muitos impedimentos independem de qualquer concepção social e resultam das próprias condições do indivíduo. É o caso de diversas incapacidades severas²⁵⁹, que se caracterizam como sendo aquelas nas quais as restrições são inerentes ao indivíduo, inviabilizando o desenvolvimento dos seus direitos de personalidade e dificultando sua inclusão social. Não raro, fadam-no a uma curta expectativa de vida.

São estas últimas que o aconselhamento genético, qualquer que seja a etapa em que é realizado, busca, na medida do possível, evitar.

De fato, a construção lógica-argumentativa do dano em ações de *wrongful birth* e *wrongful life* deve ser efetuada com cautela. Do contrário, uma ideia equivocada, como a de que uma vida com incapacidades teria menos valor que uma saudável, pode ser transmitida²⁶⁰.

Ao contrário do alegado, porém, a mensagem transmitida pelas ações fundadas em situações de *wrongful birth* e *wrongful life* não é de desvalorização de pessoas com incapacidades e suas famílias. Isso porque, na verdade, não se discute se o nascimento foi um erro, tampouco se compensa o nascimento em si. O cerne da questão é que, inegavelmente, pessoas com incapacidades demandam assistência e dispêndio de recursos adicionais para que seu bem-estar seja atendido e a melhor qualidade de vida possível lhe seja propiciada. Assim, busca-se garantir que a pessoa incapacitada tenha suas necessidades especiais custeadas por quem agiu negligentemente e, por consequência, posturas responsáveis e diligentes sejam incentivadas.

²⁵⁸ STEIN, Michael Ashley. Disability Human Rights. **California Law Review**, v. 95, n. 1, fev. 2007.p. 85-87.

²⁵⁹ HENSEL, Wendy F. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 40, 2005, p. 146-150.

²⁶⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. As Wrong Actions no Início da Vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a Responsabilidade Médica. **Revista Portuguesa do Dano**, n. 21, 2010, p. 83.

A razão disso é que os pais nem sempre têm condições de assegurar essas necessidades acrescidas e imprevistas e tampouco puderam se planejar para satisfazê-las. Afinal, quem deve arcar com estas despesas? Os pais, a quem não foi oportunizada a possibilidade de decidir assumi-las ou não, ou os profissionais que foram negligentes com relação ao diagnóstico? Ou o Estado, em nome da sociedade que gera os recursos necessários para tanto? Cabe ressaltar, ainda, as potenciais consequências para uma criança com incapacidade, diante de um cenário em que os pais não possuam condições de custear os tratamentos necessários e o Estado não os ofereça, parcial ou integralmente.

É evidente que a ausência de tratamento às pessoas com incapacidades não representa uma resposta satisfatória. Mas, além disso, e desconsiderando a questão de justiça ante o custeio das despesas, mesmo se os pais forem abastados ou no caso de países em que a verba destinada a ações afirmativas é abundante e o Estado fosse verdadeiramente capaz de suprir todas as terapias necessárias de uma forma que a pessoa com incapacidade teria todas as condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento disponíveis, ainda assim um problema restaria sem solução: como a negligência na área de testagem e aconselhamento genético seria desencorajada se não houvesse nenhuma repercussão negativa em caso de falhas?

O enquadramento de situações de *wrongful birth* e *wrongful life* na responsabilidade civil soluciona este questionamento²⁶¹. A partir da delimitação adotada pelo presente trabalho o ressarcimento abarca apenas as despesas extraordinárias relativas à incapacidade e o dano extrapatrimonial aos pais pela violação de sua autonomia procriativa. Dentro deste modelo, permitir e prover pretensões indenizatórias quando o aconselhamento genético for realizado de maneira falha significa que o responsável pelo erro deverá assegurar os meios para a superação das desigualdades fáticas. Assim, a pessoa que cometeu a falha custeará o que for necessário para maximizar a dignidade e a qualidade de vida da criança incapacitada no caso concreto, sejam despesas médicas ou de um sistema educacional diferenciado.

²⁶¹ Objetivo que pode ser atingido a partir da função dissuasória da responsabilidade civil (Sobre as funções da responsabilidade civil ver: ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

Assim, dentro da moldura proposta, compensações por *wrongful birth* e *wrongful life* deslocam os meios necessários para assegurar a igualdade material²⁶² à criança da seara dos genitores para a do responsável pela conduta negligente, geralmente o médico, compensando os pais por lesão à sua autonomia procriativa. Após articulado o argumento, não há que se falar em viés discriminatório.

Nada obstante, a responsabilidade civil não apresenta resposta definitiva, tampouco suficiente, à problemática, pois na maioria dos casos a incapacidade não é severa, ocasião em que, como visto, muito mais que uma questão relativa ao custeio das despesas extraordinárias da criação, a inquietação dos pais converge ao problema social de falta de conhecimento acerca de incapacidades, de medo do diferente e de preconceito ou discriminação para com pessoas deficientes²⁶³.

Justamente por esta razão entendemos que há a necessidade de, em conjunto com a delimitação de pressupostos claros e objetivos para a configuração de situações de *wrongful birth* e *wrongful life* e compensação por estas, incentivar políticas públicas de inclusão social e de conscientização acerca de doenças incapacitantes. Referida proposta que será analisada no capítulo 4, destinado à adaptação das *wrongful birth* e *wrongful life* ao contexto brasileiro.

Percebe-se, portanto, que a discriminação não decorre da viabilidade jurídica da compensação por *wrongful birth* e *wrongful life*, tampouco estas a acentuam. Ao contrário, este é um problema que, por estar arraigado na sociedade, acaba refletido nas pretensões indenizatórias. Por esta razão acreditamos que, se trabalhada em conjunto com o combate a este problema social, as compensações por *wrongful birth* e *wrongful life*, ao mesmo tempo que serviriam para garantir que todas as

²⁶² “Convencionou-se designar de igualdade material, que ‘todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação’”. (SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade como Proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 1, p. 197-226, 2017) Sobre o tema ver: GARCIA, Maria Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

²⁶³ No livro *Longe da Árvore*, Andrew Solomon classifica as características inatas ou adquiridas não compartilhadas com os pais como identidade horizontal. Estas “podem refletir genes recessivos, mutações aleatórias, influências pré-natais, ou valores e preferências”. Homossexualismo, surdez, nanismo e genialidade são alguns dos exemplos por ele apresentados. Por ser algo diferente, aos menos em relação aos genitores, geralmente as identidades horizontais são tratadas como defeitos, doenças, síndromes ou condições. Muitos dos casos de incapacidade não severa enquadrariam-se no conceito de identidade horizontal (SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore**: pais, filhos e a busca da identidade. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 11-17).

necessidades especiais da criança fossem atendidas, auxiliaria na inclusão social de pessoas com deficiência.

Assim compreendidas, as compensações por *wrongful birth* e *wrongful life* encontram-se alinhadas ao atual tratamento jurídico e social destinado às pessoas com deficiência que visa a inclusão social e proteção contra a discriminação.

Ao analisarmos todos os argumentos contrários e os pontos controvertidos comumente associados à *wrongful birth* e *wrongful life* percebe-se que estes, em sua maioria, decorrem de aspectos relativos aos impactos das novas tecnologias e possibilidades na seara reprodutiva e não de questões relativas ao enquadramento e delimitação destas dentro da teoria da responsabilidade civil.

Isso ocorre porque pautas intrínsecas à possibilidade de *wrongful birth* e *wrongful life*, aconselhamento genético, seleção embrionária e aborto eugênico, por exemplo, dizem respeito a questões éticas.

Por estas temáticas envolverem juízo de valor, algo de cunho estritamente pessoal, não há unanimidade perante tais pautas, estando polarizadas as opiniões dentro dos diversos grupos sociais que compõe qualquer comunidade. É por esta razão que pretensões jurídicas fundadas em situações de *wrongful birth* e *wrongful life* são tão polêmicas, já que envolvem tema eticamente controverso.

Em razão das complexas questões legais, morais, filosóficas e sociais levantadas por tais reivindicações, para que não lhes seja destinado tratamento judicial amplamente divergente dentro de um mesmo ordenamento jurídico é imprescindível que a temática seja adaptada às conformações jurídicas e sociais específicas do país a ser aplicada.

4 COMPATIBILIDADE DAS FIGURAS DE *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE* COM O DIREITO BRASILEIRO

Danos relacionados ao nascimento estão estreitamente vinculados a questões culturais de cada país. Trata-se de um assunto complexo que depende de diversas minúcias regionais, como políticas locais, acesso à saúde, possibilidade de efetivação do planejamento familiar consciente, o papel da religião da sociedade, assim como a posição do governo nacional e do judiciário com relação a assuntos eticamente delicados.

Por esta razão, a adequação de ações fundadas em *wrongful birth* e *wrongful life* deve aliar os ensinamentos obtidos a partir de experiências estrangeiras às peculiaridades da sociedade na qual se pretende inserir o instituto.

No Brasil, a discussão acerca do tema ainda se mostra em fase embrionária. Contudo, especialmente em razão das novas tecnologias diagnósticas e reprodutivas, bem como da maior acessibilidade à técnica de diagnóstico genético de pré-implantação, supõe-se que casos similares passarão a ser cada vez mais frequentes nos Tribunais pátrios.

Assim, uma vez delineadas as hipóteses em que restam caracterizadas situações de *wrongful birth* e *wrongful life*, apresentados os *leading cases* e enfrentados os aspectos mais polêmicos relativo à temática, busca-se amoldar a tutela dos respectivos danos às especificidades do território brasileiro.

Com foco na adaptação do instituto ao Brasil, dividiu-se o presente capítulo em dois segmentos. O primeiro é destinado à adequação do sistema de responsabilidade civil brasileiro à tutela de referidos danos. O segundo, por sua vez, objetiva apresentar medidas complementares que, em conjunto com o sistema de indenização por *wrongful birth* e *wrongful life*, cumprirão papel auxiliar na proteção efetiva aos interesses dos envolvidos.

Inicialmente, serão brevemente retomados os conceitos de ambos os danos. Ato contínuo, será demonstrada a aptidão da responsabilidade civil na prevenção à ocorrência de tais lesões e, conseqüente, na compensação quando a primeira não for possível.

Após serão enfrentados os cenários de adaptação: as opções restritivas de aborto legalmente permitidas no Brasil, a dificuldade de acesso à saúde, em

especial a meios de aconselhamento genético, bem como o desafio do fornecimento deste serviço por meio do Sistema Único de Saúde.

A possibilidade de ajuizamento de *wrongful life* em desfavor dos genitores será, igualmente, amoldada às especificidades sociais brasileiras, como a condição de vulnerabilidade e abandono de mulheres drogadas, por exemplo.

Em um segundo momento será demonstrada a importância da criação de um fundo indenizatório, custeado por médicos e clínicas de aconselhamento genético, para garantir que a criança incapacitada tenha suas necessidades especiais providas.

Por fim, expor-se-á a necessidade de criação de políticas públicas de inclusão social e conscientização acerca de doenças incapacitantes como meio de combate à discriminação. Um problema social que eventualmente se apresenta como externalidade resultante de tais ações.

Tais medidas devem ser implementadas em conjunto com a delimitação clara dos pressupostos e das situações em que *wrongful birth* e *wrongful life* restam configuradas.

Dessa maneira, demonstrar-se-á a melhor forma de prevenir e compensar danos relativos ao nascimento de uma criança não saudável, prover maior conforto e qualidade à vida da criança incapacitada, assim como desestimular falhas de diagnósticos e de prestação de informações por médicos e complexos clínico-hospitalares na área da procriação.

4.1 A tutela de *wrongful birth* e *wrongful life* por meio da responsabilidade civil no Brasil

Impende, neste ponto, repisar o questionamento lançado no início do capítulo anterior, alocando-o, agora, ao contexto brasileiro: a responsabilidade civil é o instrumento adequado para tutelar situações de *wrongful birth* e *wrongful life*? Para responder a esta indagação é imprescindível a retomada dos conceitos de ambos os danos.

Wrongful birth diz respeito a situações em que o médico ou a clínica ao não diagnosticar (não informar acerca de) condições hereditárias, genéticas ou congênitas dos próprios pais, do embrião ou do feto que importem em males, para os quais não existe cura, à saúde de descendência futura, lesa a autonomia

procriativa do casal ou da pessoa. O dano é desencadeado em razão do desconhecimento dos pais acerca destas condições que inviabilizam a opção por não conceber, por não implantar, por não dar sequência à gravidez ou, ainda, apesar deste conhecimento, optar por conscientemente ter aquele filho com aquelas condições, porém preparando-se para tanto.

Ações embasadas em *wrongful birth* são pretensões ajuizadas pelos pais, nas quais estes buscam o custeio das despesas relativas à incapacidade do filho e a compensação pelos danos extrapatrimoniais decorrentes da impossibilidade de exercer sua autonomia procriativa adequadamente.

Wrongful life caracteriza-se quando o médico ou os pais, em caso de ajuizamento contra estes, que sabiam ou deveriam saber que a criança nasceria severamente incapacitada, permitiram que esta criança viesse à existência em condições de sofrimento atroz, porquanto incompatíveis com a dignidade humana. Outra possibilidade de configuração de *wrongful life* ocorre quando os pais deliberadamente aumentam as chances de a criança nascer com incapacidades e não assumem as responsabilidades por esta escolha.

Nas ações por *wrongful life* é a criança que, representada por seus pais ou seu guardião, requer a indenização pelo nascimento em tais condições. Trata-se de dano polêmico, havendo forte oposição ao seu reconhecimento como juridicamente tutelável.

A construção do tratamento destinado a *wrongful birth* e *wrongful life* no Direito Comparado foi alicerçada na jurisprudência. A experiência jurídica modelou quais situações seriam aptas a ensejar indenização, em que circunstâncias e de que forma esta se daria²⁶⁴.

A partir do *leading case* mais notório acerca de *wrongful life*, *Affaire Perruche*, reconheceu-se, na França, que a melhor forma de tutelar situações em que há o nascimento com deficiências que, embora não detectadas pelo médico, não foram por ele causadas, em seu território seria através de políticas assistencialistas financiadas pela coletividade.

²⁶⁴ Como exemplo, cite-se o ordenamento norte-americano, analisado no Capítulo 2, que, inicialmente rejeitava ambas as pretensões, passou a contemplar *wrongful birth*, e, em alguns Estados, permitiu compensação por *wrongful life*. Ao decorrer de certo lapso temporal retornou ao posicionamento de que estas não eram passíveis de tutela jurídica ou, em quatro Estados (Califórnia, New Jersey, Washington e Maine) poderiam ser julgadas procedente, porém limitadas às despesas relativas à incapacidade da criança.

No Brasil, técnicas que possibilitam a investigação de condições de saúde que possam afetar a futura prole, em especial o recurso do aconselhamento genético são prática, ainda, incipientes²⁶⁵. Por propiciarem o conhecimento acerca de condições de saúde próprias e relativas à descendência futura, tratam-se de condutas que se pretende incentivar.

Assegurar a possibilidade de indenização na ocorrência de uma falha que viesse a frustrar o planejamento embasado em informações que foram incorretamente prestadas pelo profissional de saúde seria uma forma de impelir as pessoas e os genitores ao uso destes recursos.

Outro objetivo que seria alcançado a partir do reconhecimento jurídico de *wrongful birth* e *wrongful life* seria a indução de condutas mais diligentes por parte dos médicos. Afinal, não responsabilizar o médico em situações em que há falha relativa ao diagnóstico ou informação acerca de incapacidade detectável apenas fomentaria a irresponsabilidade médica, algo que se busca evitar.

Soma-se a esses argumentos a notória escassez de recursos públicos no Brasil. Incumbir ao Estado o custeio dos tratamentos médicos e das despesas necessárias à promoção da melhor qualidade de vida possível a uma criança com incapacidade severa, significa designar verbas necessárias em outras searas públicas atinentes a necessidades básicas²⁶⁶. E, quando a prestação do serviço de aconselhamento foi, dentro dos parâmetros da medicina, falho, configuraria medida

²⁶⁵ Em que pese o fornecimento de acompanhamento pré-natal, inclusive pelo SUS, a realização de exames mais específicos, como o NIPT – teste pré-natal não invasivo, no original noninvasive prenatal testing- que detecta anomalias fetais a partir da coleta do sangue da mãe, sem gerar riscos à criança ainda não é uma prática corriqueira. “There has been increasing demand for a safe and reliable alternative to invasive diagnostic testing and very recently, noninvasive prenatal testing (NIPT) has become commercially available to women in America (2012), Australia and many other countries, including Brazil (2013). NIPT is an advanced screening test, which relies on the fact that small fragments of cell-free fetal DNA and RNA circulate” (MENEZES, Melody; MEAGHER, Simon; COSTA, Fabricio da Silva. Ethical considerations when offering noninvasive prenatal testing. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 35, n. 5, p. 195-198, 2013). No Brasil não integra a lista de exames fornecidos pelo SUS. Outro expediente também pouco popularizado é o diagnóstico genético de pré-implantação. Em razão de seus valores elevados é acessível apenas por uma minoria.

²⁶⁶ Há, no Brasil, diversos áreas que dependem ou precisam desse custeio. Cita-se, como exemplo, a questão do saneamento básico. Em abril de 2018 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE divulgou os danos relativos ao acesso ao saneamento básico, apenas 38,2% da totalidade dos municípios brasileiros têm política de saneamento básico (traça diretrizes gerais para os serviços). AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Munic: **mais da metade dos municípios brasileiros não tinha plano de saneamento básico em 2017**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22611-munic-mais-da-metade-dos-municipios-brasileiros-nao-tinha-plano-de-saneamento-basico-em-2017>. Acesso em 20 jan. 2019.

injusta deslocar este gasto da seara econômica do responsável para as despesas do Estado.

Assim, o modelo que mais se adequa às necessidades brasileiras é o seguido por alguns Estados norte-americanos, no qual o dever de custeio relativo a despesas decorrentes de incapacidades que poderiam ter sido evitadas, mas não foram, fica a cargo de quem cometeu a falha. Nada obstante, como será demonstrado no segundo tópico deste capítulo, a tutela de situações tais deve aliar a responsabilidade civil à aspectos da solidariedade social.

Superada a questão acerca do modelo mais adequado ao Brasil cabe responder: é necessária a criação destas categorias de danos?

A responsabilidade civil no Brasil rege-se pelo sistema da atipicidade²⁶⁷. Por esta razão tanto situações de *wrongful birth* quanto *wrongful life* estariam, *a priori*, inseridas no conceito de dano extrapatrimonial. Logo, seria possível sua tutela sem que fosse necessário catalogar e diferenciar situações que se encontram acobertadas pela cláusula geral de responsabilidade²⁶⁸. Contudo, ao enquadrar referidas situações dentro de um conceito tão abrangente, perde-se cientificidade e arrisca-se que a situações análogas seja destinado tratamento desigual.

Dessa maneira, em que pese a desnecessidade de classificação de uma vasta gama de danos tuteláveis, a organização dos elementos, pressupostos, requisitos e de parâmetros para a indenização de tais situações auxilia a atuação dos operadores do Direito. Além disso, contribui para que haja, na medida do possível, uniformização com relação às circunstâncias em que a pretensão poderá ser julgada procedente. Também colabora com a determinação de qual extensão do dano será compensada. Porquanto, apesar de prescindível, a criação é extremamente útil.

Outro benefício acerca do reconhecimento jurídico de ações embasadas em *wrongful birth* e *wrongful life* deve ser destacado: a efetivação da função dissuasória

²⁶⁷ “Modelo aberto [...], com estatuição apenas de cláusulas gerais de responsabilidade civil, entregando à doutrina e, principalmente, à jurisprudência a fixação de regras específicas para a reparação de danos, inclusive no que tange aos principais fatos mais graves, como ocorre com o dano morte”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193).

²⁶⁸ A cláusula geral relativa à responsabilidade Civil no Brasil está prevista no art.186 do Código Civil, e dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

da responsabilidade civil²⁶⁹. Esta se soma à “função originária e primordial da responsabilidade civil, [...] [que] é a reparatória (de danos materiais) ou compensatória (de danos extrapatrimoniais)”²⁷⁰. A função dissuasória, como o próprio nome indica, busca, a partir da dissuasão, prevenir a ocorrência de condutas que prejudicam a esfera de direitos alheios. Entende-se que ao obrigar o “lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, tanto pela mesma pessoa (prevenção especial), como por quaisquer outras (prevenção geral)”²⁷¹.

No caso de *wrongful birth* e *wrongful life* estar-se-ia, a partir da condenação do médico que foi negligente ao realizar ou informar o diagnóstico, incentivando que esse médico, assim como seus colegas de profissão, agissem de maneira mais diligente com relação à atividade. Afinal, estes impactam a vida de terceiros de maneira expressiva.

Logo, a condenação, além de compensar os genitores ou a criança incapacitada, incentiva o médico e outros profissionais de saúde a não cometerem falhas evitáveis em qualquer das etapas do aconselhamento médico relativo à reprodução. Seara da atuação médica em que as implicações da falha têm potencial lesivo expressivo, pois podem ocasionar responsabilidades duradouras aos prejudicados.

²⁶⁹ Segundo Rosenvald “a responsabilidade civil absorve quatro funções fundamentais (sendo as duas primeiras pacíficas na civil law): (a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de reprimir o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros”. (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32). Eugênio Facchini Neto afirma que a função dissuasória, item (d), distingue-se da punitiva, item (c) “por não ter em vista uma conduta passada, mas por buscar, ao contrário, dissuadir condutas futuras. Ou seja, através do mecanismo da responsabilização civil, busca-se sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. É óbvio que também a função reparatória e a função punitiva adimplem uma função dissuasória, individual e geral. Porém, esse resultado acaba sendo um “efeito colateral”, benéfico, mas não necessariamente buscado. Na responsabilidade civil com função dissuasória, porém, o objetivo de prevenção geral, de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar, passa a ser o escopo principal. O meio para alcançá-lo, porém, consiste na condenação do responsável à reparação/compensação de danos individuais” (FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.-mar., 2010, p. 29).

²⁷⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.-mar., 2010, p. 28.

²⁷¹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, p. 31 – 44, mar. 1999.

Nota-se que a temática, *wrongful birth* e *wrongful life*, é permeada de aspectos complexos. Razão pela qual a adequação de ambos os danos ao contexto brasileiro deve ser proposta com cautela e levando em consideração as especificidades do país. Passemos aos cenários de adaptação.

Ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, à exceção de algumas circunstâncias conexas em que esta segunda é ajuizada em detrimento dos próprios pais, dizem respeito à responsabilidade civil por falhas ocorridas em qualquer das etapas do aconselhamento genético.

Com relação às etapas pré-conceptiva e pré-embriônica do aconselhamento, assim como o diagnóstico indireto, a adaptação de *wrongful birth* ao cenário brasileiro não acarreta maiores complexidades. O planejamento familiar foi condicionado ao aconselhamento prestado, sendo, o erro médico, elemento determinante para impossibilitar que o ato decisório, por parte do casal ou da pessoa, fosse tomado de posse de todos os elementos fundamentais para tal. Não fosse a falha médica, o casal ou a pessoa poderiam ter optado por não conceber, por não implantar aquele embrião específico ou, caso optassem por conceber ou implantar o embrião mesmo nestas condições, estariam cientes das implicações que tal escolha acarretaria.

Em que pese o leque de situações abarcadas nestas etapas ser variado, o aconselhamento geralmente está associado a diagnósticos realizados no período pré-natal, pois sua prática é mais usual que as outras formas de aconselhamento²⁷². Ocorre que, atualmente no Brasil, o aborto é considerado crime, previsto nos artigos 124 a 129 do Código Penal²⁷³, exceto em casos de anencefalia fetal²⁷⁴ e naqueles em que há risco de óbito por parte da gestante ou quando a gravidez é oriunda de crime sexual²⁷⁵.

²⁷² Isso se justifica porque a disponibilização de acompanhamento pré-natal e realização de alguns exames para averiguar o desenvolvimento e a saúde do feto estão previstas no SUS sendo mais acessíveis que as outras formas, associadas à terapias e diagnósticos mais caros.

²⁷³ Segundo Maria Regina Fay de Azambuja: “na atualidade, o aborto é tratado pela legislação brasileira como crime, com previsões nos arts. 124 a 128 do CP [...]. Três são as modalidades de aborto, segundo a legislação penal: aborto provocado pela gestante; aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante; aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante (AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 5, p. 653-665. out. 2010).

²⁷⁴ A possibilidade de interrupção voluntária de gravidez em casos de anencefalia fetal não decorreu de lei, mas sim de decisão do STF, na ADPF 54.

²⁷⁵ Essas duas últimas ressalvas estão prevista do Código Penal: “[e]m duas situações o legislador entende lícita a prática de conduta de abortamento, a saber: a) quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal, conhecido como aborto

Ocorre que, alguns autores²⁷⁶ condicionam o acolhimento de *wrongful birth* à legalidade da interrupção voluntária da gravidez. Diante deste contexto, poder-se-ia, à primeira vista, intuir que *wrongful birth* em situações nas quais há doença passível de detecção por meio de diagnóstico pré-natal, mas o médico não a identifica ou não a informa aos pais, no contexto brasileiro, seria praticamente esvaziada, em razão política restritiva com relação ao aborto no território nacional.

Nada obstante, tal entendimento analisa a problemática relativa à *wrongful birth* pelo prisma equivocado. A falha relativa ao diagnóstico pré-natal ocasiona danos à autonomia procriativa dos genitores por duas razões: a) impossibilita-os de se preparar para a incapacidade que acometerá seu descendente; e b) retira-os a possibilidade optar pelo aborto.

De fato, caso a temática fosse analisada apenas sob a perspectiva da segunda circunstância, o acolhimento de pretensões fundadas em *wrongful birth* por decorrência de falhas na etapa pré-natal seria reduzido. Contudo, quando se amplia a perspectiva de modo a abarcar a primeira razão, a questão não suscita maiores dificuldades. Os deveres médicos de competência profissional e de prestação de informações não foram cumpridos adequadamente, o que acarretou prejuízos aos genitores. Tratam-se de lesões decorrentes de falha médica, as quais podem ser compensadas através da responsabilidade civil.

Nesse ponto, impende lembrar que, antes do julgamento da ADPF 54, pedidos de autorização para interrupção de gravidez de fetos anencéfalos eram corriqueiramente apreciados pelo judiciário²⁷⁷. Desse modo, ao sonegar as informações o médico também estaria impedindo que os genitores levassem o pedido de aborto em razão de malformações fetais graves à apreciação do judiciário.

Além disso, não se pode ignorar o fato de que a falta de informação não apenas provoca o despreparo dos pais com relação às reais condições do feto, seja

sentimental; b) quando não há outra forma de salvar a vida da gestante, denominado de aborto necessário ou terapêutico” (AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 5, p. 653-665. out. 2010). Impende destacar que, entre os dias 3 e 6 de agosto de 2018 foi realizada a audiência pública convocada para instruir a ADPF 442, na qual o PSOL solicita a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez quando realizada até a 12ª semana. Assim, há a possibilidade de outras exceções ao crime de aborto, a depender do resultado do julgamento.

²⁷⁶ Por todos cito: MORILLO, Andrea Macía. El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. **RJUAM**, n. 23, p. 83-98, 2011.

²⁷⁷ Segundo Goldim, entre 1993 e 2004 “foram concedidos mais de 350 alvarás para realização de aborto em crianças mal formadas, especialmente anencéfalos” (GOLDIM, José Roberto. **Aborto no Brasil**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/abortobr.htm>. Acesso em 06 jan. 2019)

em termos financeiros ou emocionais, mas também inviabiliza a aplicação de qualquer terapia que eventualmente pudesse proporcionar uma qualidade de vida melhor à (futura) criança. Isso porque, apesar da impossibilidade de cura da incapacidade, o conhecimento acerca desta possibilita o início imediato de tratamentos necessários à melhoria da condição²⁷⁸.

Independentemente do viés ou do argumento analisado, a falha do profissional de saúde inviabilizou o exercício da autonomia procriativa. Sendo, a pretensão por *wrongful birth*, em situações em que o feto já existe, também adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese a superação do argumento da legalidade do aborto como condicionante ao reconhecimento de pretensões jurídicas fundadas em *wrongful birth*, algumas reflexões acerca da temática e da forma com que o Brasil a enfrenta devem ser expostas²⁷⁹.

A opção legislativa brasileira de tutelar a questão do aborto através do sistema penal se mostrou insatisfatória em razão da “dificuldade de efetivar a proibição [...] e do impacto discriminatório da criminalização sobre as mulheres pobres”²⁸⁰, dois dos principais argumentos em favor da legalização do mesmo.

Com relação ao primeiro, “os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. E a taxa de condenações criminais é absolutamente desprezível”²⁸¹. Do que decorre o efeito pernicioso de desigualdade social: o sistema

²⁷⁸ “Muitos creem que as ações de *wrongful birth* só poderiam ser acolhidas nos ordenamentos jurídicos em que a prática do aborto está legalizada, acreditamos que esta concepção perde de vista que os pais também têm direito de optar por diversos tratamentos. Um diagnóstico correto em um momento preciso poderia permitir que os pais busquem tratamentos natais para mitigar, paliar ou combater a enfermidade do filho”. (MEDINA, Graciela; WINOGRAD, Carolina. “*Wrongful Birth*”, “*Wrongful Life*” y “*Wrongful Pregnancy*”: Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa. In: MEDINA, Graciela. **Daños en el Derecho de Familia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 435.). Tradução nossa.

²⁷⁹ O exame das implicações ético-jurídicas relativas ao aborto é proposto a partir do pensamento de Dworkin, expresso, principalmente, em seu livro “O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 102.

²⁸¹ “Daí se pode concluir que, do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal consequência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de política pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres”. SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida**: aborto, clonagem

repressivo adotado pelo Brasil não evita que mulheres recorram ao aborto, protegendo a vida do feto. Este apenas vitimiza mulheres sem condições financeiras que, incapazes de custear ou acessar acompanhamento médico adequado, submetem-se a abortos clandestinos e inseguros²⁸².

Assim, percebe-se que a maneira com que o Brasil optou por tutelar o problema do aborto não ponderou adequadamente os interesses dos envolvidos (proteção à vida do nascituro²⁸³, a saúde e a autonomia da gestante e direito à igualdade da mulher²⁸⁴) “pois não atribuiu peso nenhum, ou praticamente nenhum, aos [...] direitos fundamentais da gestante”²⁸⁵.

humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 04.

²⁸² “An estimated 25 million (or 45%), of all abortions that occurred every year worldwide between 2010 to 2014 were unsafe. The majority (97%) of unsafe abortions, occurred in developing countries in Asia, Africa, and Latin America” (WHO. **Unsafe abortion**. Disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/abortion-safety-estimates/en/. Acesso em 13 jan. 2019.) // “é notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que é ilegal. Na verdade, a principal diferença entre os países que escolheram criminalizar essa prática e aqueles que a permitem é a taxa de incidência de aborto arriscados e com pouca segurança” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 99) // “são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adotado. São elas as que mais frequentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para por fim às suas gestações.” (SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 49-50).

²⁸³ No caso dos embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção da conservação de suas vidas, e onde já se pode, inclusive, reconhecer como iminentes os direitos da personalidade, assim como, em alguns casos, direitos de natureza patrimonial, embora tais aspectos sigam sendo discutidos em várias esferas. Na seara da proteção penal de bens fundamentais, situa-se, por exemplo, a proibição – ainda que não absoluta- do aborto, embora já se registrem muitas iniciativas, no direito comparado, no sentido da descriminalização. Por outro lado, segue intenso o debate sobre os limites da proteção da vida antes do nascimento, como dá conta, entre nós, a controvérsia a respeito da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia (já apreciada pelo STF). (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 386).

²⁸⁴ A igualdade, em casos de aborto no Brasil, pode ser compreendida sob duas perspectivas: i) igualdade da mulher, “pois como apenas as mulheres carregam o ônus integral da gravidez, o direito de interrompê-la coloca-a em uma posição equivalente à dos homens”, e ii) igualdade social, no sentido de que o aborto, da maneira com que está regulado, causa mais prejuízos a mulheres pobres. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p.101.

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.50.

O enfrentamento da temática do aborto exige um equilíbrio entre esses direitos. Por mais que se proteja a vida intrauterina, a intensidade atribuída a esta não pode ser irrestritamente superior à proteção conferida à vida de uma pessoa que já nasceu. Além disso, deve-se considerar que a proteção ao nascituro aumenta “progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina”²⁸⁶.

A dificuldade se encontra, justamente, em delimitar em que circunstâncias quais direitos devem preponderar, pois “o aborto representa um ponto de grande desacordo moral na sociedade contemporânea”²⁸⁷.

Há quem acredita que o aborto retira a vida de uma pessoa inocente, configurando uma forma de assassinato que deveria ser proibida pelo Estado²⁸⁸. Outros entendem que o debate acerca do início da vida humana é uma controvérsia moral e religiosa na qual o Estado não deve intervir, devendo ser permitida a liberdade de escolha da mulher²⁸⁹. Tradicional embate entre conservadores e liberais.

Para se chegar a uma solução coletiva para a controvérsia política acerca do aborto, ou, ao menos aclarar que as divergências sobre a temática são de natureza espiritual, Dworkin propõe que o debate seja deslocado da questão acerca dos eventuais direitos do embrião/feto para o valor intrínseco da vida humana (santidade da vida). Segundo a percepção do autor, as divergências separam violentamente as opiniões porque a interpretação do valor intrínseco da vida humana é realizada com base em convicções pessoais²⁹⁰.

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 29

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 102.

²⁸⁸ Aqueles que se utilizam desse argumento percebem o feto, geralmente desde a concepção, como pessoa. “Colocado como argumento formal, o argumento básico contra o aborto fica mais ou menos assim: Primeira premissa: É errado matar um ser humano inocente. Segunda premissa: O feto humano é um ser humano inocente. Conclusão: Logo, é errado matar um feto humano. A reação liberal tradicional consiste em negar a segunda premissa deste argumento. Desse modo, a discussão vai ligar-se ao problema de o feto ser ou não um ser humano, e a questão do aborto costuma ser vista como uma controvérsia a respeito de quando se inicia uma vida humana. (SINGER, Peter. **Ética prática**. 3 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 148).

²⁸⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 24 ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 312.

²⁹⁰ O autor entende que ao redesenhar o debate a essa maneira aumenta as “esperanças de que os norte-americanos e os povos de outros países nos quais se preza a liberdade cheguem a uma solução coletiva para a controvérsia política, e que tal solução possa ser aceita com dignidade por

Para o autor, a justiça ou injustiça do aborto depende do motivo pelo qual é realizado, sendo moralmente errado quando desrespeitar o valor intrínseco pela vida humana. O aborto respeitaria este valor em duas circunstâncias: i) quando a criança não tiver perspectiva de realizar aspirações de uma vida normal – como ausência de dor, capacidade de vida intelectual e emocional- ou apenas puder realizar em grau reduzido²⁹¹; e ii) quando for previsível que ter o filho implicaria em consequências negativas sobre a vida da mãe ou dos outros filhos²⁹².

Essa opção se justifica pois a opinião liberal, adotada por Dworkin, “preocupa-se mais com as vidas que as pessoas levam agora, vidas reais, do que com a possibilidade de outras vidas ainda por vir”²⁹³.

Independentemente da posição defendida, conservadora ou liberal, o fato de considerar o aborto moralmente errado deve ser separado de ser justa a opção do Estado de proibi-lo. Se a “única justificativa do Estado para proibir o exercício de uma liberdade importante for a proteção de um valor independente com dimensão religiosa, então o Estado não tem o direito de proibir”²⁹⁴.

todas as diferentes facções”. (DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. passim).

²⁹¹ Com relação a este item o autor inclui doenças que resultariam em morte prematura da criança, enfermidades em que a morte ocorreria em idade mais avançada, como a doença de Huntington, e doenças que prejudicam gravemente o desenvolvimento intelectual, como síndrome de Down. Por outro lado, não incluiria predisposição para doenças, como o câncer e cardiopatias, nem características, como altura abaixo da média e sexo. (DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 615-616).

²⁹² O autor aborda consequências diversas, seja na hipótese de uma adolescente não se sente, tampouco está, preparada para criar um filho, face a idade, seja uma mulher cuja rotina de trabalho, bem como os recursos financeiros, não comportariam uma criança. A sugestão é que o aborto não seja enfatizado pelo direito à privacidade, mas pela perspectiva da responsabilidade. Afinal, “as mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução [...] para planejar responsabilmente uma família cujo sustento possam prover, para dar conta de seus compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou para continuar a sustentar suas famílias ou comunidades. Em outros momentos a necessidade de abortar se impõe [pela] [...] dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham”. (WEST, Robin. Foreword: Taking Freedom Seriously. **Harv. L. Rev.**, v. 104, p. 84-85, 1990). Para Dworkin, o aborto desrespeitaria o valor intrínseco se, por exemplo, uma mulher apenas o realizasse, pois gostaria de viajar naquele momento e a gravidez seria um empecilho a tal.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.138.

²⁹⁴ Para Dworkin “o Estado tem o direito e a responsabilidade de educar e incentivar seus membros a tomar decisões relativas a importantes valores independentes, e que as autoridades podem, por conseguinte, expressar com vigor sua opinião de que o aborto que discrimina contra um dos sexos, ou é motivado por outras ponderações injustas, é repugnante, embora não seja ilícito”. (DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 616-617).

Logo, a atual solução à problemática do aborto no Brasil mostra-se completamente insatisfatória, não apenas em razão da patente ineficácia fática, como também pela equivocada imposição de convicções morais por intermédio do Direito Penal.

É com base nessas premissas que se defende a descriminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre da gravidez²⁹⁵, assim como do do aborto eugênico e em razão de estupro antes de o feto adquirir viabilidade extrauterina. Tais possibilidades devem estar aliadas ao implemento de medidas extrapenais de conscientização que evitem a banalização da prática, que não deve ser encarada como método anticoncepcional²⁹⁶. Deve haver investimentos em educação sexual.

Faz-se necessário destacar que “a descriminalização não impede as forças sociais que se opõem ao aborto de defenderem as suas concepções e de procurarem convencer as pessoas a não realizá-lo”²⁹⁷. A base para uma sociedade justa encontra-se em uma política de engajamento moral. Nesta os integrantes de uma sociedade, com base em respeito mútuo, ao invés de ignorar as convicções morais e religiosas de seus concidadãos, deveriam debatê-las. Apenas dessa forma seria possível ouvir e aprender com estas. Isso não significa chegar a um acordo acerca de questões morais complexas, mas desenvolver o respeito à diversidade de convicções dentro de uma comunidade²⁹⁸.

Percebe-se que o tema do aborto ingressa em um debate que transborda a seara legal. Trata-se de uma pauta que, muito além de questões jurídicas, envolve questões sociais, filosóficas, políticas, médicas e, até mesmo, religiosas. E, nada obstante a posição aqui consignada, reconhecemos que se trata de um assunto sensível, sendo natural a polarização dos posicionamentos. Todavia, como visto, a possibilidade a *wrongful birth* não está vinculada à legalidade do aborto, mas à lesão à autodeterminação procriativa.

²⁹⁵ A parte do cérebro associada às sensações de dor e, mais genericamente, à consciência, é o córtex cerebral e sua formação está associada ao segundo semestre de gestação. (SINGER, Peter. **Ética prática**. 3 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174)

²⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.p.51.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p.102.

²⁹⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 24 ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 329-330.

Outro elemento importante deve ser considerado para a adequação de pretensões jurídicas por *wrongful birth* e *wrongful life* ao Brasil: a questão do acesso à saúde, em especial aos meios de aconselhamento genético, e a maneira com que os serviços são prestados no Sistema Único de Saúde - SUS.

No Brasil, o direito fundamental à saúde é um direito de todos os cidadãos, cabendo, sobretudo, ao Estado, por meio de políticas sociais e econômicas, assegurar a proteção e meios de promoção deste bem²⁹⁹. Uma característica importante deste direito é o aspecto universal dos serviços que visam sua garantia, possibilitado pela criação do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Lei Orgânica n. 8.080/90.

Entretanto, a notória escassez de recursos constitui uma dificuldade a ser superada³⁰⁰. A rede pública de saúde não pode disponibilizar à totalidade da população todas as medicações e tratamentos que a tecnologia oferece, sendo, neste ponto, relevante a questão da reserva do possível³⁰¹.

Afinal, a decisão de quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis “além das considerações de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc”³⁰².

²⁹⁹ O Direito à saúde é previsto na Constituição Federal de 1988: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

³⁰⁰ Afinal “taking rights seriously means taking scarcity seriously” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999.p.94) // A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos”(WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos 1 e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568. jul-dez, 2008). “todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”. (NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista da AGU**, ano 01, n. 01, mar.-jun. 2002 . Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/525>. Acesso em: 11 jan. 2019).

³⁰¹ Para Ingo Sarlet, a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão que abrange disponibilidade fática (limitação dos recursos materiais), disponibilidade jurídica (autorização orçamentária para as despesas exigidas judicialmente do Estado) e razoabilidade e proporcionalidade da prestação (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 304).

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 04 jan. 2019, p. 28.

Assim, percebe-se que a disponibilização de aconselhamento genético, técnicas de reprodução assistida, diagnóstico genético de pré-implantação, exames mais sofisticados como o teste pré-natal não invasivo, pelo sistema público de saúde representa verdadeiro desafio.

Aconselhamento genético, segundo a Organização Mundial da Saúde, é “o processo pelo qual o conhecimento sobre os aspectos genéticos de doenças é compartilhado por profissionais treinados com aqueles que estão em risco de ter uma desordem hereditária ou transmiti-la a seus filhos ainda não nascidos”³⁰³. A partir deste são fornecidas informações sobre como esses aspectos podem afetar ao paciente ou a sua família, como o histórico clínico e familiar pode impactar nos riscos de ocorrência ou recorrência da doença, quais exames genéticos são adequados àquele paciente e é provido apoio para que os pacientes façam escolhas conscientes acerca de suas condições de saúde³⁰⁴.

Assim, o aconselhamento genético diz respeito tanto ao caráter curativo do direito à saúde, no sentido possibilitar a melhora da qualidade de vida de pessoas acometidas com doenças para as quais não existe cura, quanto preventivo, no sentido de, a partir do conhecimento, evitar a recorrência de doenças genéticas.

No entanto, o implemento deste é visto como “particularmente desafiador para os países em desenvolvimento”³⁰⁵. Isso porque o diagnóstico adequado depende de diversos fatores como: tecnologia e equipes de profissionais de saúde especializados na área, o que representa um custo elevado³⁰⁶.

³⁰³ Texto original: Genetic counselling is the process through which knowledge about the genetic aspects of illnesses is shared by trained professionals with those who are at an increased risk or either having a heritable disorder or of passing it on to their unborn offspring. WHO. **Genetic counselling services**. Disponível em: <https://www.who.int/genomics/professionals/counselling/en/>. Acesso em: 12 jan. 2019.

³⁰⁴ A sociedade nacional de conselheiros genéticos - National Society of Genetic Counselors-, adotando conceito próximo ao da Organização Mundial de Saúde, o aconselhamento genético “is the process of helping people understand and adapt to the medical, psychological and familial implications of genetic contributions to disease. For instance: How inherited diseases and conditions might affect them or their families; How family and medical histories may impact the chance of disease occurrence or recurrence Which genetic tests may or may not be right for them, and what those tests may or may not tell; How to make the most informed choices about healthcare conditions”. (NSGC. **About Genetic Counselling**. Disponível em: <https://www.nsgc.org/index.php?mo=cm&op=ld&fid=477#counseling>. Acesso em: 12 jan. 2019).

³⁰⁵ The growing field of genomics raises questions of just and equitable access to health services for all. This issue is particularly challenging for developing countries where medicines are often more expensive than affordable by the ordinary citizen. (WHO. **Access and affordability of genetic services**. Disponível em: <https://www.who.int/genomics/public/access/en/>. Acesso em: 12 jan. 2019).

³⁰⁶ Prior to the development of modern genetic technologies, genetic services were limited to genetic counselling, where health professionals would attempt to characterize the genetic contribution of

No Brasil, o aconselhamento genético encontra-se em estágio inicial. Grande parcela das famílias “acometidas de doenças puramente genéticas ou influenciadas pelos genes desconhecem amplamente a condição médica que possuem e não foram investigados de maneira adequada para evidenciar os fatores genéticos envolvidos”³⁰⁷. Segundo a Sociedade Brasileira de Genética Médica (SBGM) leva-se em torno de 7 anos para que uma pessoa com doença rara receba um diagnóstico adequado no território nacional³⁰⁸.

Isso ocorre tanto em razão da dificuldade de acesso ao sistema de saúde quanto em decorrência do número insuficiente de profissionais especializados. A escassez de capacidade técnica é uma das principais dificuldades a ser enfrentada para o implemento do acesso ao aconselhamento genético no Brasil. Segundo o Ministério da Saúde, em 2017, existia um total de 372 médicos geneticistas atuantes no território brasileiro. Destes, 259 atendem pelo SUS. Mais de 50% da totalidade de médicos (214 deles) atuam na região Sudeste do país. No Estado da Paraíba, os médicos cadastrados não atuam no SUS. Já os estados do Amapá, Roraima, Rondônia, Tocantins e Piauí não possuem médicos geneticistas cadastrados no CNES, nem no setor privado³⁰⁹.

Apesar dessas dificuldade, algumas iniciativas relativas ao aconselhamento genético foram tomadas recentemente. Em 2014, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 199/2014 que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprovou as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e instituiu incentivos financeiros de custeio. Por meio desta, busca-se oferecer uma rede de cuidados a

diseases based on family histories. With the discovery of DNA, genetic services have dramatically increased in quality and scope. Increasingly sophisticated technologies now permit new methodology and high quality preparations ensuring greater accuracy in diagnosis. (WHO. **Genetic Laboratories and clinics.** Disponível em: <https://www.who.int/genomics/professionals/laboratories/en/>. Acesso em: 12 jan. 2019).

³⁰⁷ BRUNONI, Décio. Aconselhamento Genético. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 7, n. 1, p. 101-107, Jan. 2002, p. 102.

³⁰⁸ Além disso, ao longo da busca pelo diagnóstico adequado a pessoa com doença rara normalmente é “avaliada por pelo menos 8 médicos diferentes (quatro da atenção primária e quatro da atenção especializada), recebendo em torno de 3 diagnósticos inadequados até o definitivo” (SBGM. **Geneticistas contestam projeto que propõe teste pré-nupcial em casais proposto pelo Governo Federal.** Disponível em: <http://www.sbgm.org.br/noticias/geneticistas-contestam-projeto-que-propoe-teste-pre-nupcial-em-casais-proposto-pelo-governo-federal>. Acesso em 12 jan. 2019).

³⁰⁹ CONASS. **Nota técnica da conitec sobre a proposta de Cuidados Pré-Nupciais no SUS.** Disponível em: <http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/05/2.-b-Apresentação-CIT-23-01-17-pptx-resumida.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

peças com doenças raras³¹⁰ que inclui a oferta de assistência básica, como diagnóstico, meios de prevenção e tratamentos, assim como o aconselhamento genético, quando indicado³¹¹.

Em março de 2018, o Ministério da Saúde divulgou o Projeto Cuidado Pré-nupcial, proposta ainda em estudo e sem previsão para implementação. Este visa identificar os riscos potenciais de doenças raras de origem genética antes da concepção e orientar preventivamente o casal sobre esses riscos. Segundo a proposta, quando for constatado, na atenção básica, o desejo de planejar a concepção em casais consanguíneos e/ou com histórico familiar comprovado de doença genética estes, que são identificados como em situação aumentada de risco de apresentar tais doenças, serão encaminhados para consulta com médico geneticista que poderá solicitar exames -atendimento de média complexidade³¹².

Ocorre que, como anteriormente mencionado, sequer existem dados acerca do número de pessoas afetadas por doenças raras no Brasil. O estudo considerou que 7% da população seria acometida por este tipo de doenças. Para tal se apropriou da média da estimativa europeia (entre 6-8%). Além disso, não há, na atenção básica, orientações sobre doenças raras. Devendo esta preceder a realização de exames, não o contrário³¹³.

Assim, o passo inicial em termos de aconselhamento genético no território brasileiro deve consistir em “formar, qualificar, treinar e reciclar um número suficiente de profissionais que formarão núcleos em todos os estados e/ou regiões do país a

³¹⁰ “In the EU, a disease is considered to be rare when the number of people affected is less than 5 per 10 000. There are between 5 000 and 8 000 rare diseases, most of them with a genetic basis. 1 A very rough estimate would be that one out of 15 persons worldwide could be affected by a rare (“orphan”) disease – 400 million people worldwide, of whom 30 million are in Europe and 25 million in the United States.2 Rare diseases are serious chronic diseases, and may be life-threatening.” (WHO. **Rare Diseases.** Disponível em: https://www.who.int/medicines/areas/priority_medicines/Ch6_19Rare.pdf. Acesso em 15 jan. 2019)

³¹¹ BRASIL. Portaria nº 199/2014 que institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. Brasília: **DOU Diário Oficial da União**. Publicado no D.O.U. de 23 de maio de 2014.

³¹² CONASS. **Nota técnica da Conitec sobre a proposta de Cuidados Pré-Nupciais no SUS.** Disponível em: <http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/05/2.-b-Apresentação-CIT-23-01-17-pptx-resumida.pdf>. Acesso em 12 jan. 2019.

³¹³ Fazer da assistência em genética uma parte do SUS implica em oferecer essa assistência na atenção básica, ou seja, em programas desenvolvidos localmente. (NOVOA, Maria Concepción; FRÖES, Burnham Teresinha. Desafios para a universalização da genética clínica: o caso brasileiro. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 29, n. 1, p. 61-68, 2011, p. 65)

partir dos quais a demanda por AG na rede SUS irá sendo paulatinamente absorvida”³¹⁴.

Faz-se igualmente necessário canalizar esforços para a coleta de dados e mapeamento de quais destas doenças são mais frequentes e em que regiões do país. Tais informações facilitarão o diagnóstico exato das doenças e, como consequência, irão permitir o tratamento e aconselhamento adequado a pessoas acometidas por doenças genéticas³¹⁵.

Percebe-se, portanto, que o acesso a este recurso, atualmente, restringe-se à parcela limitada da população. De modo que possibilitar atendimentos genéticos à maioria dos cidadãos é um objetivo a ser atingido no longo prazo e que dependerá do implemento de diversas medidas, que vão desde a formação de profissionais especializados ao oferecimento de assistência na atenção básica.

Assim, situações de *wrongful birth* e *wrongful life* por falhas médicas ocorridas nas etapas de pré-concepção e pré-implantação do aconselhamento genético serão, ao menos inicialmente, pouco representativas. Isso porque se trata de uma assistência que está acessível apenas a uma camada economicamente privilegiada da população.

Além disso, diversas incapacidades não se manifestam por razões genéticas ou hereditárias (como anomalias causadas por agentes teratogênicos - uso de medicamentos incompatíveis ou tóxicos, por exemplo - e doenças congênitas de origem infecciosa – como as anomalias causadas por rubéola e zika) ou não são passíveis de detecção no atual estágio da medicina.

Por estas razões se afirma que permitir indenizações por *wrongful birth* e *wrongful life* não irá impor aos médicos um dever de garantir que uma criança nasça sem incapacidades, algo impossível. Estas situações apenas restarão caracterizadas nas circunstâncias em que a realização de um diagnóstico era

³¹⁴ BRUNONI, Décio. Aconselhamento Genético. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 7, n. 1, p. 101-107, jan. 2002, p. 107.

³¹⁵ É absolutamente necessário instituir postos de atendimento primário neste setor para levantar dados acerca dos tipos de enfermidades genéticas incidentes em cada região do país. Através destes dados será possível "colaborar na prevenção, reconhecer doenças genéticas, levantar heredogramas, orientar o planejamento familiar, informar sobre a origem genética das doenças encontradas, informar a comunidade sobre teratógenos e a maneira de evitá-los e sobre nutrientes necessários e que influenciam malformações ou prejudicam o desenvolvimento e, não menos importante, manter registros atualizados das doenças genéticas encontradas. É esse atendimento primário que alimenta o atendimento secundário e terciário". (NOVOA, Maria Concepción; FRÖES, Burnham Teresinha. Desafios para a universalização da genética clínica: o caso brasileiro. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 29, n. 1, p. 61-68, 2011).

medicamente possível ou indicada, este foi solicitado pelos genitores, contudo, por ocasião de uma falha médica, as informações pertinentes não foram corretamente prestadas.

Relativamente a demandas por *wrongful life* ajuizadas contra os genitores, é necessário o enfrentamento de algumas particularidades sociais brasileiras.

Uma das situações comumente elencadas como aptas a ensejar pretensões por *wrongful life* dirigidas aos pais diz respeito a usuárias de droga que, em razão de seu comportamento de risco, ocasionam o nascimento de criança com incapacidades, por vezes severas³¹⁶.

Nada obstante a reprovabilidade da conduta, algumas considerações relativas à realidade social desta parcela da população brasileira devem ser levadas em conta. O debate relativo à possibilidade de esterilização não-voluntária de mulheres viciadas em drogas e doentes mentais não é incomum no Brasil. Isso ocorre porque, não raro, mulheres em situação de vulnerabilidade decorrente do abuso de drogas ingressam em um ciclo pernicioso de prostituição para sustentar o vício, circunstância normalmente aliada a quadro de abandono social³¹⁷.

Em cenários tais, essas mulheres, por circunstâncias atreladas ao vício, não se encontram em condições de discernimento e autodeterminação que lhes permitam assimilar suas alternativas ou posicionar-se racionalmente “avaliando [...] a possibilidade de [...] se autodeterminar, seja afastando-se do vício [...] seja ‘administrando-o’ de modo a não atingir a esfera de terceiros, ainda que potenciais (o feto que será gerado)”³¹⁸.

E, dentro deste contexto, inviável falar-se em condenação desta genitora por *wrongful life*. Ainda que a lesão à criança decorra de ato voluntário e evitável desta mãe (abster-se do uso do tóxico), esta tem seu discernimento afetado pelo uso das

³¹⁶ Por todos cito: ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 86-89.

³¹⁷ Segundo pesquisa realizada com mulheres usuárias de crack: “todas as entrevistadas afirmam que essa prática é comum entre usuárias de crack. Vão mais longe, acreditam ser inevitável, até porque são estimuladas a essa atividade por outras colegas e também por quem vende a droga a elas, que na grande maioria das vezes impõe o sexo como condição para que elas consigam a droga. [...]. O estudo revela, ainda, que “O crack é o desencadeador dessa prática. Quase a unanimidade referiu-se a essa droga como a única que as levou à troca do corpo por droga”. CEBRID, Solange. **Comportamento de risco de mulheres usuárias de crack em relação às dst/aids**. São Paulo : CEBRID - Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, 2004, p. 54-55.

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 332-333.

drogas. E, ante a incapacidade de exercício da autonomia em razão do vício, não pode, esta mãe, ser responsabilizada. O plano de fundo em cenários tais é uma falha na assistência à essa mulher, porquanto incabível sua condenação.

No que tange aos genitores que não recorrem a institutos capazes de evitar a ocorrência de doenças entendemos ser inviável o ajuizamento de *wrongful life* em seu desfavor.

Ainda que a seleção de embriões aumente as chances de nascimento em boas condições de saúde este é um expediente que não está ao acesso de todos os brasileiros. Além de não ser disponibilizado pelo SUS, seu valor, no atendimento privado, é elevado.

De qualquer maneira, mesmo se o sistema público de saúde a ofertasse ou o casal tivesse condições financeiras para custear essa alternativa, a responsabilização em razão da não utilização da seleção de embriões significaria a obrigatoriedade de procriação através de técnicas de reprodução assistida e de investigação de condições de saúde próprias. Por implicar em violação à autonomia, tal entendimento não seria possível.

Relativamente à mãe que decide não pôr termo à gravidez, quando lhe for facultado o aborto, sua atitude não pode caracterizar ato ilícito a teor do art. 186 do CC. A interrupção da gravidez sempre deverá ser uma alternativa à disposição da mulher, sendo inviável sua imposição.

Com relação ao caso em que os genitores utilizam meios artificiais para deliberadamente aumentar as chances de transmitir determinadas incapacidades ou limitações³¹⁹ suas, como no caso do casal Duchesneau e McCullough³²⁰, entendemos que a melhor forma de tutelar tal questão seria através da responsabilidade civil³²¹. E, ainda assim, seria necessária certa ponderação.

³¹⁹ Nesse ponto, calha repisar que mesmo que exista discussão acerca de determinadas características restritivas como identidade cultural, trata-se de aumentar, intencionalmente, as chances do nascimento de uma criança com limitações, sejam estas classificadas como doença ou não. Condutas tais violam o direito da criança a um futuro aberto.

³²⁰ Situação abordada no capítulo 3, em que um casal de surdas buscou um doador, também surdo e com cinco gerações de surdez na família para ampliar a probabilidade de seu filho nascer surdo, o que, de fato ocorreu.

³²¹ Em que pese o Código Penal Brasileiro preveja a ofensa à saúde que resulta em enfermidade incurável, perda ou inutilização de um sentido como lesão corporal grave (art. 129, §2º, II e III do CP), não há, no caso do casal, dolo de causar a lesão, elas verdadeiramente acreditam que trata-se de identidade cultural e que não haveria prejuízos a criança. E, de fato, no exemplo de referido casal, elas propiciaram todas as condições necessárias para que o filho, Gauvin, fosse plenamente inserido e funcional, porém na comunidade delas. Ainda que se possa falar em lesão a Gauvin, a tutela de situações análogas a estas por meio do Direito Penal (reclusão de dois a oito

Quando não se tratar de incapacidade severa em que se pudesse cogitar que a criança teria preferido a não existência às suas condições algumas circunstâncias devem ser observadas.

Suponhamos que tal criança, em que pese a limitação gerada ou potencializada pelos genitores, esteja plenamente inserida no contexto social destes, sendo, dentro de suas especificidades, criada com o atendimento de suas necessidades.

O ajuizamento de *wrongful life* pelo Estado contra estes pais iria de encontro aos interesses da própria criança, cujas necessidades específicas, como educação em libras, por exemplo, provavelmente já estariam sendo atendidas. Portanto, não cabe ao Estado intervir no seio familiar nesses casos, pois o efeito pernicioso seria potencialmente mais lesivo que o benefício (repreensão/prevenção)³²².

Contudo, caso os genitores, em circunstâncias análogas, viessem a abandonar a prole, no sentido de não prover as necessidades e delegar o dever de cuidado a terceiros ou ao Estado, nesse caso pode se recorrer à responsabilidade civil, vez que a externalidade no seio familiar não se encontraria mais presente.

Adaptando-a ao cenário brasileiro, se esses genitores não tivessem condições financeiras de arcar com as despesas e eventual condenação compensatória, caberia ao Estado prover as necessidades da criança, amparando-a. Todavia, em casos tais, sugere-se que o Estado possa exigir compensação destes através de prestações assistenciais não monetárias, como, por exemplo, trabalho em instituições de acolhimento. Assim, retornariam esse valor por meio de prestações pagas com trabalhos assistenciais.

Não obstante a importância da tutela aos danos na área do nascimento, e a tendência à busca por mecanismos que ampliem as chances do nascimento de crianças saudáveis, o debate acerca da temática na jurisprudência brasileira é

anos no caso do Brasil), seria mais prejudicial a Gauvin do que benéfica, pois não apenas ele perderia, ainda que por período determinado, o convívio com suas mães, o que geraria impacto prejudicial no bojo familiar, mas também seria, provavelmente, alocado a abrigo público, sem as mesmas condições de prover seu pleno desenvolvimento. Por esta razão a resposta a tais ações encontra-se na responsabilidade civil e não no Direito Criminal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 2º Se resulta: [...] II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; [...] Pena - reclusão, de dois a oito anos. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940).

³²² MORILLO, Andrea Macía. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Derecho) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003, p. 36-37.

inócuo. Na pesquisa jurisprudencial realizada, foram encontrados apenas dois julgados que, apesar de não mencionado o termo “*wrongful birth*”, abordam a temática³²³.

Na Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001³²⁴, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2016, foi analisado pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de fertilização *in vitro*, na qual a filha do casal nasceu com Síndrome de Down.

Nesta o casal Dornelas moveu ação em face da clínica Centro de Medicina Reprodutiva, alegando que a alteração cromossômica responsável pela Síndrome seria facilmente identificável e evitável. O Tribunal negou provimento ao recurso em razão da inexistência de obrigatoriedade do diagnóstico genético de pré-implantação e da cláusula, assinada pelos autores, por meio da qual estes declararam de forma expressa ter ciência de que a fertilização não lhes garantiria uma criança sem deformidade³²⁵.

³²³ A busca foi realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Tribunal de Justiça da Bahia, Tribunal de Justiça do Paraná e Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no campo jurisprudência. Foram utilizadas as seguintes palavras chave “*wrongful birth*”, “*wrongful life*”, “diagnóstico genético pré-implantação”, “diagnóstico genético pré-implantacional”, “diagnóstico pré-implantação”, “diagnóstico pré-implantacional”, “reprodução assistida E anomalia”, “reprodução assistida E malformação”, “anomalia E diagnóstico E feto”, “anomalia E diagnóstico E embrião”, “malformação E diagnóstico E feto” e, por fim, “malformação E diagnóstico E embrião”. De todos os julgados encontrados, apenas dois se enquadram na temática proposta, quais sejam: Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001 do TJMG e Apelação Cível nº 1023074-44.2014.8.26.0562 do TJSP. Ambos foram julgadas improcedentes.

³²⁴ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - FERTILIZAÇÃO "IN VITRO" - CRIANÇA PORTADORA DE SÍNDROME DE DOWN - EXAME PRÉ- IMPLANTACIONAL - INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO - DEVER DE INFORMAÇÃO PRESENTE - ATO ILÍCITO INEXISTENTE. O Conselho Federal de Medicina traz as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, sendo que possibilita a utilização de técnicas para intervenção em pré-embriões "in vitro" para detectar doenças hereditárias e impedir a sua transmissão, mas não existe a obrigatoriedade. O contrato realizado entre as partes prevê a realização de fertilização "in vitro" e transferência de embrião, mas não consta a contratação do exame Diagnóstico Genético Pré-Implantação. O dever de informação foi cumprido, tendo inclusive os autores assinado um termo de consentimento em que eles assumiram o risco de uma gravidez e, ainda, de ter uma criança com alguma doença/anomalia. Inexistindo qualquer ato ilícito cometido pela apelada, não há como responsabilizá-la. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001**. Relator: Des. Veiga de Oliveira. Julgado: 06 set. 2016. Publicado: 16 set. 2016).

³²⁵ Cláusula do contrato com a clínica: "Nós, ainda, entendemos e aceitamos que a equipe médica e científica não pode assegurar que a gravidez resultará em uma criança "normal" Ainda que, estes métodos não aumentem a chance de malformações" (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001**. Relator: Des. Veiga de Oliveira. Julgado: 06 set. 2016. Publicado: 16 set. 2016).

Em 2018, na Apelação Cível nº 1023074-44.2014.8.26.0562³²⁶, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou a pretensão indenizatória ajuizada em desfavor do plano de saúde e o laboratório por falha deste segundo em diagnosticar a cardiopatia congênita e a síndrome de Down, que apenas foram detectados no filho da autora após seu nascimento. Segundo o acórdão, a mãe alegou que os réus eram responsáveis pela frustração de sua expectativa do nascimento de um filho saudável e por terem inviabilizado que ela buscasse o indispensável preparo psicológico para lidar com a situação de um filho portador de deficiência.

A pretensão foi julgada improcedente em razão da ausência de prova acerca de falhas relativas ao exame de imagem. Entendeu-se que “não cabia ao laboratório recomenda[r] à autora a realização de exames complementares, mas sim ao médico obstetra que a assistia”³²⁷, que não fora demandado. Além disso, apesar de compreender que caso tivesse sido alertada a mãe poderia ter-se preparado emocionalmente para os problemas de seu filho, o Tribunal considerando ausente o nexo causal, pois as anomalias não poderiam ter sido evitadas pelo exame.

Ambas as apelações foram corretamente julgadas improcedentes. A primeira em razão da expressa não contratação do diagnóstico genético de pré-implantação. A segunda, todavia, seria improcedente apenas em razão da ausência de provas de erro de diagnóstico e porquê a solicitação de exames complementares caberia ao médico e não ao laboratório.

Caso tivesse restado comprovada a falha de diagnóstico, haveria nexo de causalidade entre esta e a impossibilidade de preparação emocional da mãe para enfrentar as dificuldades do filho, que independem do fato de as anomalias não serem tratáveis. Nessa hipótese, a pretensão deveria ter sido julgada procedente.

Assim, passamos a expor nosso entendimento acerca de como *wrongful birth* e *wrongful life* devem adequar-se ao cenário brasileiro.

³²⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por erro médico Filho da autora portador de síndrome de Down e cardiopatia congênita, cujo diagnóstico se deu somente no momento do nascimento do infante – Alegação de erro de diagnóstico não comprovado – Provas dos autos indicam ausência de erro do diagnóstico – Ausência, ainda de nexo causal entre a conduta médica e o dano – Condição genética não passível de tratamento intrauterino – Ausência de prova acerca de prejuízos à saúde do menor decorrente de conduta do laboratório médico – Dano moral não configurado – Ação improcedente – Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 6ª Vara Cível. **Apelação 1023074-44.2014.8.26.0562**. Relator (a): Francisco Loureiro. Julgado em 19 dez. 2018).

³²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 6ª Vara Cível. **Apelação 1023074-44.2014.8.26.0562**. Relator (a): Francisco Loureiro. Julgado em 19 dez. 2018.

O dano relativo à esfera de direito dos pais, *wrongful birth*, é plenamente compatível com o sistema jurídico brasileiro. Neste, a ineficiência do diagnóstico ou da prestação de informações acerca das condições de saúde da (futura) prole prejudica o exercício da autonomia procriativa dos genitores. Há que se considerar que a possibilidade fática de identificar a incapacidade, ou o risco de ocorrência desta, como pressuposto para a viabilidade destas pretensões.

A indenização destinada aos pais deve abranger apenas as despesas extraordinárias, decorrentes da condição de incapacidade da criança e a compensação pela lesão à sua autonomia. Conforme abordado no capítulo destinado à apresentação teórica da temática, *wrongful birth* poderá ser contemplada em conjunto com outras formas de reparação/compensação, como, por exemplo, danos existenciais, caso comprovada alteração relevante na qualidade de vida. O que dependerá do contexto fático no qual estes pais estarão inseridos e da gravidade com que a incapacidade do filho impactou suas vidas.

Uma questão de extrema importância deve ser considerada. Um dos principais objetivos da *wrongful birth* é restabelecer o equilíbrio econômico da relação. Através desta o profissional que falhou no diagnóstico é responsabilizado pelas consequências financeiras. Em outras palavras, o médico é responsabilizado pelas despesas extraordinárias da criação da criança.

Assim, é imperioso que tais valores sejam resguardados “tanto quanto possível, do alcance de eventuais credores, titulares de créditos estranhos a despesas realizadas no interesse”³²⁸ da criança. Com essas medidas será possível garantir que a criança incapacitada tenha suas necessidades providas, protegendo-a de eventual abandono ou falecimento dos pais.

A adequação no que tange à *wrongful life* é mais desafiadora. Nesta a criança solicita o custeio das despesas referentes à sua incapacidade que, todavia, não foi causada por um terceiro. Apenas não foi por este informada.

A complexidade da questão evolui: se a condição de incapacidade lhe era inata, como considerá-la um dano? Como visto anteriormente, a maior parte das incapacidades não pode ser tida como prejudicial ao seu titular, vez que a alternativa seria a não existência.

³²⁸ Esta preocupação foi salientada pela Ministra Maria dos Prazeres Pizarro Beza, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, na decisão de 17 de janeiro de 2013, nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, que apresentou esta interessante sugestão.

Pois bem, nesses casos, a acolhimento de *wrongful life* seria possível caso os genitores não ajuizassem demanda por *wrongful birth*. Por certo o princípio da fungibilidade é cabível nesses casos. Outra circunstância mostra-se possível: caso a criança viesse a superar a expectativa de vida estimada, período para o qual os pais haviam sido indenizados, poderia pleitear o valor necessário para suprir a continuidade das despesas.

Essa seria uma forma de permitir que a criança tenha condições financeiras de arcar com as despesas decorrentes de sua incapacidade, o que lhe concede autonomia. Afinal, nada garante que os pais venham a se divorciar e, eventualmente, deixar seus interesses em segundo plano; a abandone ou mesmo venham a falecer antes. Além disso, evitaria que as necessidades básicas da criança dependessem da assistência social ou de programas estatais, o que, no Brasil, certamente representaria um risco.

Apenas ressalva-se a necessidade de cuidado para evitar que tanto pais quanto criança sejam compensados pelas despesas especiais relativas à incapacidade dentro do mesmo período.

No que pertine ao ajuizamento de *wrongful life* em desfavor dos genitores, tem-se que este seria possível apenas nas condições em que as consequências da ação não representassem um dano ainda maior à criança. Afinal, a despesa, atenção e os cuidados especiais necessários para propiciar as melhores condições de exercício de autonomia à criança podem ser encarados como uma forma de penalidade. Nada obstante, na eventualidade destes pais absterem-se do dever de cuidado com relação ao filho delegando-o a outrem a questão poderá ser solucionada a partir da responsabilização civil destes pais.

Por fim, com relação às situações em que a incapacidade é tão severa que a inexistência teria sido preferível defende-se que, na remota possibilidade de os genitores terem utilizado meios artificiais para aumentar as chances de a criança nascer com essas condições, seria cabível indenização por *wrongful life* em desfavor destes.

Esse é o modelo de aplicação proposto para o cenário jurídico brasileiro.

4.2 Expedientes complementares à indenização por *wrongful birth* e *wrongful life*

A elaboração de pressupostos e critérios para a aplicação das indenizações por *wrongful birth* e *wrongful life* é de relevância incontestável. Igualmente pertinente é a adequação destes às especificidades do cenário a serem aplicadas.

Embora estas tenham sido devidamente delimitadas, a tutela da problemática por meio da responsabilidade civil é insuficiente para assegurar efetiva proteção à criança incapacitada, a qual pode ser alcançada através da garantia de condições de exercício dos direitos de personalidade.

A dificuldade situa-se em dois níveis: i) impeditivo fático de custeio das despesas, seja pela impossibilidade de identificar o responsável, seja pela insolvência do mesmo; e ii) condições sociais que, mesmo com o custeio das necessidades especiais garantido, tornam impraticável o exercício das capacidades, como a questão da discriminação com relação a pessoas com incapacidades.

Como solução sugere-se: i) a criação de um fundo indenizatório; e ii) implemento de políticas públicas de inclusão.

4.2.1 Da criação do fundo de indenização civil para vítimas de aconselhamento genético falho

Há dois fatores que poderiam obstaculizar a compensação por *wrongful birth* ou *wrongful life*. O primeiro diz respeito à dificuldade de comprovar a autoria da falha médica, pois o aconselhamento genético, não raro, envolve uma variedade de profissionais de saúde, desde médicos a técnicos que realizam exames, em etapas diversas. Precisar qual erro foi determinante para que o exercício da autonomia procriativa restasse prejudicado pode não ser possível. Além disso, esse prejuízo pode decorrer de um conjunto de falhas sucessivas, cenário em que a lesão teria sido ocasionada por um grupo e não por um indivíduo³²⁹.

O segundo, mais relevante, envolve impeditivos de ordem econômica, seja em razão da escassez de recursos do próprio profissional pelo custeio das

³²⁹ Referido empecilho não configura óbice absoluto à indenização, pois pode ser superado a partir de responsabilização clínico-hospitalar ou em casos de obrigações solidárias quando, por exemplo, tratar-se de relação de consumo.

despesas, seja pela onerosidade que infringiria à atividade dos profissionais de saúde ligados a esta seara.

Independentemente da hipótese, a ideia de permitir que a vítima, genitores ou criança incapacitada, absorva o prejuízo significa consentir que, caso os pais não disponham de recursos, as necessidades específicas da criança incapacitada resem desatendidas. O que não caracteriza solução aceitável.

A resposta a referido impasse encontra-se no que é, atualmente, apontado como tendência da responsabilidade civil: a socialização da responsabilidade e dos riscos³³⁰. Sob essa perspectiva, a responsabilidade “[...] transcende o indivíduo e socializa as perdas. Não se trata, portanto, de condenar alguém individualizado a ressarcir um prejuízo, mas sim de transferir para toda a sociedade, ou para um setor desta, uma parte do prejuízo”³³¹.

A adoção de referido modelo não é inédita no território brasileiro. Dois são os exemplos corriqueiros de aplicação deste mecanismo, no Direito Brasileiro: acidentes de trânsito e acidentes de trabalho.

O primeiro, denominado de seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT), é disciplinado pela Lei nº 6.194 de 1974. Através deste, amparam-se danos pessoais infligidos a vítimas de acidentes de trânsito em todo território brasileiro, independentemente de culpa. Referido fundo indenizatório, que é custeado pela coletividade de proprietários de veículos automotores, cobre um limite pré-estabelecido de despesas³³². Valores que excedam esse limite podem ser objeto de pretensão indenizatória ajuizada pela vítima.

³³⁰ No Brasil referida tendência tem sido apontada por diversos estudiosos da Responsabilidade Civil, dos quais destaco: Schreiber (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 219–246); Facchini (FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.-mar., 2010) e Cavalieri (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014).

³³¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.-mar., 2010, p. 26

³³² A cobertura oferecida pelo DPVAT está prevista no art.3º da lei que dispõe: “os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: I - R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte; II - até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e III - até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.

O outro exemplo é o seguro de acidente de trabalho (SAT), garantia constitucional prevista no art. 7, XXVIII da CRFB³³³. Referido seguro visa garantir o custeio de benefícios do INSS ao empregado em caso de acidente do trabalho ou doença ocupacional. A fonte de arrecadação é a contribuição dos empregadores à Seguridade Social³³⁴.

Propõe-se a adoção de um fundo de indenização civil a ser financiado por profissionais da área da saúde, clínicas e hospitais que prestam aconselhamentos com implicações na seara reprodutiva. Este regime deve ser implementado em conjunto com pretensões por *wrongful birth* e *wrongful life*, sendo aplicável quando não for possível a tutela do dano por meio de ações fundadas em *wrongful birth* e *wrongful life*. Sua aplicação é subsidiária, portanto.

Assim, o lesado deve inicialmente ajuizar a pretensão embasada em situação de *wrongful birth* ou *wrongful life*. Após, deve ser averiguado se a incapacidade era passível de diagnóstico de acordo com a prática médica recomendada ao caso. Em outras palavras, deve ser apurada a falha médica.

Somente então, na hipótese de o responsável pelo dano não ser identificável ou quando não houver a possibilidade de a indenização ser custeada por este, ou por sua seguradora³³⁵, os genitores ou a criança incapacitada poderão ser compensados através do fundo.

Essa restrição se justifica pois “os fundos não constituem regime especial de responsabilidade, mas, sim, um mecanismo alternativo de indenização, ou mesmo de auxílio, à vítima, que possa estar desassistida pelo sistema indenizatório tradicional”³³⁶.

Por meio desse mecanismo estar-se-ia garantindo que a criança incapacitada tenha os tratamentos absolutamente necessários à sua condição providos, ao menos em parte, em qualquer cenário. Na mesma linha, aos pais seria assegurada compensação pelos custos mais elevados e inescapáveis da criação de um filho

³³³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

³³⁴ A contribuição é disciplinada pela Lei n. 8.212/1991, artigos 22 e 23, e a definição de acidente de trabalho está prevista na Lei n. 8.213/1991, artigos 19 e 20.

³³⁵ Na eventualidade de o médico em questão ter contratado um seguro de responsabilidade civil profissional (modalidade facultativa e individual).

³³⁶ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; SOARES, Flaviana Rampazzo. Os fundos de indenização civil para as vítimas de crime cujo autor é desconhecido ou incerto como exemplo de solidariedade social na responsabilidade civil contemporânea: breves notas de direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 17, p. 43-63, jul.-set. 2018.

com condições específicas que poderiam ter sido evitadas ou informadas não fosse o erro médico.

Sugere-se que referido modelo deva abranger apenas as despesas relativas a tratamentos imprescindíveis à condição de incapacidade. Valores relativos a terapias que poderiam promover uma melhor qualidade de vida à criança, mas não são essenciais à sua condição, assim como o dano extrapatrimonial resultante da lesão à autonomia procriativa, não seriam cobertos pelo fundo.

Essas medidas permitirão o pagamento da parcela indenizatória sem onerar excessivamente a coletividade de médicos e instituições atuantes na seara do aconselhamento genético³³⁷.

Relativamente ao argumento de que a socialização dos riscos enfraqueceria a função dissuasória da responsabilidade civil³³⁸, um dos objetivos primordiais de *wrongful birth* e *wrongful life*, temos que este não se sustenta. Inicialmente porque, na presente proposta, o fundo seria aplicado em caráter subsidiário. Além disso, a regulação mercadológica do mesmo teria, por si só, um efeito de desestímulo à negligência, pois quanto menos falhas ocorrerem menor será a despesa do fundo o que impacta no valor da contribuição. Assim, temos que o implemento do fundo serve como estímulo à diligência para a classe, como um todo.

De se destacar que, na eventualidade de identificação posterior do culpado ou de superação da insolvência do mesmo, o fundo poderá ajuizar ação regressiva em face do causador do evento ou de seu segurador privado³³⁹.

Esse modelo restritivo de abrangência do fundo seria, inicialmente, o mais adequado para o contexto brasileiro. As técnicas de aconselhamento genético são, ainda, incipientes e de difícil acesso à população brasileira. O número de

³³⁷ Inegavelmente a implementação de um seguro obrigatório custeado pela classe de profissionais e instituições atuantes na área de aconselhamentos genéticos e que estejam ligados à reprodução humana terá reflexos econômicos, contudo trata-se de uma correção de falhas neste setor através da internalização do custo social desta atividade (PERRY, Ronen. *It's a wonderful life*. **Cornell Law Review**, v. 93, p. 329-399, 2008). Ademais, o impacto econômico à atividade médica, na ocorrência de falhas tais, é preferível à desassistência da criança incapacitada.

³³⁸ Segundo Rosenvald “com [...] o desenvolvimento das técnicas de seguro, reduziu-se sensivelmente o impacto dissuasivo da condenação civil, sem o qual não se poderá mais cogitar de sua função moralizadora. A responsabilidade civil se converteu em um *chenal vers l'assurance* (canal para o seguro), não mais havendo um meio de pressão capaz de influir sobre as condutas humanas” (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.138).

³³⁹ Na mesma linha do proposto por Morsello, que defende a “viabilização de mecanismos facilitadores do ajuizamento de ação regressiva em face do causador do evento, ou de seu segurador privado” (MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 7, n. 2, p. 13-22, jul.-dez., 2006, p. 19).

profissionais habilitados à prestação deste serviço é pequeno e o implemento desta especialidade no SUS, em cenário otimista, ocorrerá apenas no médio-longo prazo.

Diante de tais circunstâncias e considerando-se o caminho tortuoso a ser percorrido até seu implemento, estudo de valores da contribuição e limites das coberturas, propõe-se, num primeiro momento, que o fundo se limite aos moldes do acima apresentado.

Sem prejuízo de que, em estágio posterior, em cenário de estabilidade econômica e de existência fática de recursos humanos e tecnológicos para um programa de aconselhamento genético a nível nacional, os fundos disponham de cobertura mais ampla³⁴⁰.

4.2.2 Do implemento de políticas públicas de inclusão e conscientização como forma de auxílio ao combate à discriminação

Uma das possíveis externalidades apontada como decorrente do reconhecimento jurídico de pretensões por *wrongful birth* e *wrongful life* é a questão da discriminação com relação a pessoas com incapacidades e suas famílias.

Referido entendimento é embasado na ideia de que tais ações apenas poderiam ser procedentes se a mulher ou o casal demonstrasse que teriam optado por não conceber, não implantar ou por abortar, caso soubessem da condição da futura prole. Neste pressupõe-se que o casal ou a mulher que viessem a escolher de maneira diferente assumiriam os riscos das dificuldades que acompanham o nascimento da criança, isentando-se a sociedade do dever de solidariedade para com aquela família³⁴¹. Entretanto, tal apontamento padece de certos equívocos.

³⁴⁰ A partir dessa proposta pretende-se dar o primeiro passo em direção à concretização da tendência apontada por Facchini: “[o]nde, ao contrário, for deficiente o sistema de seguridade social, por apresentar importantes lacunas em seu programa assistencial, parece inevitável que o modelo de responsabilidade civil venha a desenvolver uma função camuflada de um tipo de “seguridade social privada”, cumprindo, em via supletiva, uma função distributiva de riqueza”. (FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.-mar., 2010, p. 28).

³⁴¹ “If wrongful birth and life suits become commonplace, a parent’s refusal to abort a disabled fetus may be considered a personal assumption of the risk of all of the struggles and hardships that follow the child’s birth. Disability correspondingly is transformed from a societal issue into an individual concern. [...] The compensation secured by individuals in litigation thus places at risk the ability to all individuals with disabilities to secure necessary support and assistance from society” (HENSEL, Wendy F. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 40, p. 141-195, 2005, p.179-180)

Primeiro porque este argumento enquadra *wrongful birth* como dano decorrente da “perda de uma chance de não ter o filho”, no qual vincula-se o dano à demonstração do exercício desta opção específica³⁴². Todavia, o fundamento para as ações de *wrongful birth* não se baseia no dano em razão do nascimento com deficiência ou incapacidade, mas nos prejuízos provenientes do erro na informação médica prestada. Tem-se que a lesão à autonomia reprodutiva se configura a partir da impossibilidade de realizar uma escolha consciente, independentemente de qual seria esta.

Sob essa ótica, famílias que teriam optado por ter a criança, mas não puderam preparar-se para tal, em razão de erro médico de diagnóstico, não seriam discriminadas, pois também fariam jus à *wrongful birth*. A premissa central é que o erro médico cerceou a possibilidade de uma escolha ponderada e o preparo dos pais para atender às necessidades especiais de seu filho. O pleito consiste em deslocar o custeio dos gastos relativos às necessidades especiais da criança dos pais para o responsável pela desinformação.

O entendimento padece, ainda, de uma confusão: a crença de que indenizações por *wrongful birth* e *wrongful life*, em especial se ajuizada em desfavor dos genitores, exerceria uma pressão para que estes busquem embriões “perfeitos” ou tenham filhos “perfeitos”³⁴³.

Ocorre que o direito à autonomia procriativa impõe o respeito à livre decisão de recorrer, ou não, à realização de exames e diagnósticos genéticos. Não se admite que o exercício de tal direito seja condicionado “à posterior realização de aborto ou contracepção, caso alguma patologia manifeste-se no feto, nem que haja discriminação ao acesso de prestações assistenciais e sociais”³⁴⁴.

Contudo, ainda que *wrongful birth* e *wrongful life* não tenham caráter discriminatório, este é um problema social que, como consequência, reflete-se nestas ações.

Nos casos em que a incapacidade é tão severa que a não-existência teria sido preferível à vida naquelas condições não é viável o argumento de que a

³⁴² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 268-275.

³⁴³ FÉO, CHRISTINA; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate. p. 53-92. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 73.

³⁴⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999, p. 18-19.

deficiência teria sido construída pela inaptidão da sociedade em estruturar-se de maneira a incluir tais pessoas³⁴⁵. As limitações, em casos tais, são ínsitas àquele indivíduo, não sendo geradas ou potencializadas pela comunidade. Assim, não são fruto de ato discriminatório.

Por outro lado, quando inexistente situação de incapacidade severa, a opção por evitar o nascimento de uma criança com deficiências perpassa por um problema de desconhecimento e de perspectiva social de falta de inclusão. Dentro deste contexto, o modelo social de deficiência é aplicável. De fato, em alguns casos, as habilidades de pessoas com incapacidades podem estar sendo restringidas pela sociedade³⁴⁶. Como, por exemplo, acesso inadequado a prédios, ruas e meios de transporte, inaptidão social para leitura/escrita em braille ou falta de domínio da língua brasileira de sinais – libras.

Fato é que a criação de crianças com limitações com as quais os pais não estão familiarizados pode ser desafiadora, pois “exige conhecimento, competência e ações que uma mãe ou um pai típicos estão desqualificados para oferecer, ao menos no início”³⁴⁷ da criação. Sendo natural que os genitores não queiram ou não se sintam aptos a prover os cuidados necessários nesses casos.

Além disso, os avanços tecnológicos e da medicina têm aumentado a expectativa de vida de pessoas com deficiências. Do que decorre o receio dos pais

³⁴⁵ Sobre o modelo social de deficiência em oposição ao modelo médico: “The social model of disability asserts that contingent social conditions rather than inherent biological limitations constrain individuals' abilities and create a disability category. [...] The common misperception of disability conforms to the "medical" model, which views a disabled person's limitations as inherent, naturally and properly excluding her from participating in mainstream culture. Under this framework, people with disabilities are believed incapable of performing social functions because of medical conditions that impair various major life activities. As a consequence of this notion, disabled persons are either systematically excluded from social opportunity -such as receiving social welfare benefits in lieu of employment- or are accorded limited social participation -such as the case of educating disabled children in separate schools. [...] The social model underscores the manner in which disability is culturally constructed.” (STEIN, Michael Ashley. Disability Human Rights. **California Law Review**. v. 95, n. 1, feb, p.75-122, 2007).

³⁴⁶ “All disabled people experience disability as social restriction, whether those restrictions occur as consequence of inaccessible built environments, questionable notions of intelligence and social competence, the inability of the general population to use sign languages, the lack of reading material in braille or hostile public attitudes to people with non-visible disabilities”. (OLIVER, Michael. **The Politics of disablement: a social approach**. London: Macmillan. 1990.p.xiv)

³⁴⁷ SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo, Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 14

com relação à dependência desta criança. Afinal, quem proverá suas necessidades caso os pais venham a falecer antes desta?³⁴⁸

Percebe-se que há a necessidade de implemento de políticas públicas de inclusão social para amparar as necessidades especiais dessas pessoas e, quando possível³⁴⁹, propiciar meios para que estas sejam independentes³⁵⁰. Quando não for possível, estas devem ser amparadas através da assistência social³⁵¹.

³⁴⁸ Andrew Solomon, Professor de Psicologia Clínica na Columbia University Medical Center, aponta este como um dos receios mais recorrentes entre os pais de crianças com deficiências: “filhos deficientes são responsabilidades dos pais por toda a vida; 85% das pessoas com retardo mental vivem com os pais ou sob sua supervisão, ou num arranjo que permanece comum até que eles se tornem incapazes ou morram. Isso costuma causar uma ansiedade terrível aos pais na medida em que envelhecem; também pode lhes dar um senso de propósito permanente”. (SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 440).

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade como Proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 1, p. 197-226, 2017, p. 214: “evidencia-se um dever de “acomodação” proporcional, que, por sua vez, guarda relação com um dever de tomar medidas concretas para assegurar as condições para que pessoas com deficiência possam exercer determinadas funções (muitas vezes dependentes de algum treinamento especial e algum recurso técnico disponível e que não resulte em impacto desproporcional sobre quem o deve disponibilizar)”.

³⁵⁰ São diversos os dispositivos voltados à inclusão social da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Há aquelas que visam garantir acesso ao trabalho, como art. 7º, XXXI (art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;) e o art. 37, VIII, ambos da CRFB (Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência que prevê diversas medidas para assegurar e promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Deste destaca-se o processo de habilitação e reabilitação previsto no art. 14. “O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência. Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”. (BRASIL. **Lei nº 12.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência). O desafio é a garantia fática destes direitos.

³⁵¹ Quando as limitações forem incompatíveis com a possibilidade de a pessoa com deficiência prover seus próprios meios de subsistência esta poderá recorrer à assistência social, conforme disposto no art. 203, IV e V da CF: “art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

Também é imprescindível a maior disseminação de informações relativas aos cuidados específicos e a garantia de uma rede de apoio efetivo a pessoas com incapacidades e suas famílias. Apenas a partir do conhecimento acerca das implicações relativas às deficiências, de como estas podem impactar a dinâmica da família e da existência de mecanismos que garantam a inserção social e amparo da pessoa incapacitada que o exercício da autonomia será efetivamente livre. Antes disso este estará condicionado ao temor do desconhecido.

De qualquer sorte, é primordial garantir que todas as pessoas com incapacidade tenham acesso à assistência, independentemente do nascimento destas ser fruto de uma escolha consciente por meio dos genitores que, mesmo conhecendo os riscos de sua prole nascer com incapacidades optaram por conceber, não fizeram uso da seleção de embriões ou não abortaram. Somente desta maneira será possível afirmar que o reconhecimento jurídico de pretensões por *wrongful birth* e *wrongful life* não fomenta formas de discriminação contra pessoas com incapacidades e suas famílias.

Traçado o modelo de adequação de *wrongful birth* e *wrongful life* ao Brasil resta uma consideração: as indenizações dificilmente poderão ser ajuizadas pelas camadas menos favorecidas da sociedade.

As técnicas mais efetivas de diagnóstico genético ou de anomalias embrionárias ou fetais envolvem tecnologias que, além de não serem ilimitadas, possuem valor elevado. Além disso, estas não são, ainda, disponibilizadas pelo sistema único de saúde.

Embora o avanço tecnológico seja notável, as possibilidades de prevenção e identificação de riscos de doenças são restritas. Trata-se de uma possibilidade finita. Desse modo, ante a impossibilidade de evitar a ocorrência de incapacidades mesmo que todos os recursos sejam diligentemente empregados, é certo que a solidariedade social continuará a desempenhar papel de destaque na proteção de pessoas com incapacidades.

CONCLUSÃO

Wrongful birth e *wrongful life* são danos relativos ao nascimento de uma criança não saudável. Sua caracterização decorre de erro médico relativo ao diagnóstico ou informações acerca de eventuais riscos de incapacidade que possam vir a acometer a futura prole. Nessas hipóteses a incapacidade não foi gerada ou ampliada pela conduta médica, eis que esta decorre de condição ínsita à criança. Nessa seara, compreender *wrongful birth* e *wrongful life* como danos autônomos permitiria que se estabelecesse critérios objetivos, evitando-se a banalização do instituto.

No decorrer da pesquisa foi confirmada a importância da identificação de pressupostos e requisitos claros à configuração de tais danos na medida em que a orientação aos operadores do Direito, aos médicos e aos próprios cidadãos propicia segurança jurídica e cientificidade à questão. A relevância da adequação do tema às minúcias do território nacional também restou confirmada.

A partir disso questionou-se qual a funcionalidade jurídico-social de *wrongful birth* e *wrongful life*. E, como indagações complementares, perquiriu-se acerca da adequabilidade da responsabilidade civil à questão e a forma com que tais danos deveriam ser adaptados ao cenário brasileiro.

Foram confirmadas as hipóteses iniciais de que ações embasadas em situações de *wrongful birth* e *wrongful life* seriam compatíveis, úteis, contemplariam efetiva proteção à autonomia procriativa e ao direito a um futuro aberto, sendo a tutela de tais interesses a partir da responsabilidade civil a maneira mais adequada a prevenção de danos e a proteção destes direitos.

Assim, foi possível atender a todos os objetivos inicialmente propostos. Verificou-se o que se entende por *wrongful birth* e *wrongful life*, foram identificados os *leading cases* no Direito Comparado; averiguaram-se os aspectos jurídicos e éticos dos institutos e a maneira de superar as principais controvérsias acerca dos mesmos, assim como a forma de adaptar os institutos às especificidades do território brasileiro.

Ao responder a estas indagações, esta pesquisa chegou a considerações conclusivas e propositivas.

No primeiro momento do trabalho foram abordadas noções gerais acerca da responsabilidade civil e de seu desenvolvimento quanto aos fundamentos. Neste,

demonstrou-se a evolução dos danos indenizáveis, inicialmente apenas patrimoniais que, após longo período evolutivo, passaram a abarcar uma vasta gama de lesões a direitos de personalidade, como *wrongful birth* e *wrongful life*.

Logo após, foram analisados os danos relativos ao nascimento, sendo que o recorte foi realizado com relação àqueles relativos ao nascimento de crianças não saudáveis: *wrongful birth* e *wrongful life*.

Iniciou-se a apresentação da temática pelos aspectos comuns a ambos: situações desencadeantes e momento em que a falha médica poderia ocorrer (pré-conceptivo, pré-implantatório, pré-natal ou por decorrência de diagnóstico indireto). Passou-se à análise e a forma com que os interesses das partes, genitores e criança, poderiam ser lesados em cada uma destas etapas. Ato contínuo foram demonstradas as diferenças entre *wrongful birth* e *wrongful life* e institutos afins, como *wrongful conception* e *wrongful pregnancy*, danos por erro médico, *prenatal injuries*, *wrongful adoption*, *disadvantaged life* e danos existenciais.

Assim, concluiu-se que *wrongful birth* e *wrongful life* dizem respeito a situações em que há uma gravidez planejada, no entanto, em razão de falha do médico ou de clínica no diagnóstico ou na prestação de informação, pais são tolhidos da opção de não conceber, de não implantar aquele embrião, de abortar ou de optar por ter aquele filho, de maneira consciente e com a possibilidade de preparo financeiro e emocional para tal. Da perspectiva da criança o erro médico inviabilizou a realização de terapias que pudessem lhe proporcionar melhores condições de vida, que seus pais estivessem mais habilitados à sua condições ou, ainda, a um futuro aberto.

Em um segundo momento, foram abordados os *leading cases* relativos a cada um dos danos no sistema norte-americano e no contexto europeu. Assim, restaram demonstrados a evolução da temática no Direito Comparado, as dificuldades eventualmente enfrentadas por cada ordenamento e os aspectos que cuja aplicação pode ser interessante no Brasil.

Nesse ponto identificou-se que a solução norte-americana, no sentido de tutelar tais danos através da responsabilidade civil, em oposição ao modelo francês em que situações de *wrongful life* seriam exclusivamente resolvidas por meio da assistência social, adequar-se-ia melhor ao sistema brasileiro.

Na terceira parte, foi realizado o enfrentamento das questões mais polêmicas, divididas em duas dimensões: legal e extralegal. Na abordagem inicial foram

analisadas complexas questões de responsabilidade civil, como quais os são os direitos lesados em cada uma das ações, considerando-se que a incapacidade não foi causada pelo erro médico, mas diz respeito à condição inata da criança, a possibilidade de ajuizamento de *wrongful life* contra os pais e a extensão do dano a ser indenizado.

Com relação à seara dos genitores definiu-se que há dano à autonomia procriativa, na medida em que estes pais foram cerceados da opção de não conceber, implantar outro embrião, abortar ou, ainda, cientes de todas as implicações da criação de um filho com incapacidades, decidir tê-lo. A partir desta concepção restou afastado o conceito de dano aos pais como mera “perda de uma chance de abortar”.

No que pertine à criança distinguiu-se incapacidades de situações de vida que não vale a pena ser vivida. Nas primeiras a existência seria, na perspectiva da criança, preferível à não existência. Nas segundas o sofrimento é tão intenso que seria preferível nunca ter existido.

Quanto ao direito desta, verificou-se que não há um direito a não nascer, tampouco um direito à não nascer senão saudável. Há o direito a um futuro aberto, ou seja, o direito de não ter as restrições ou opções de vida condicionadas por escolhas deliberadamente tomadas por terceiros.

Relativamente à *wrongful life* ajuizada em desfavor dos genitores, esta possibilidade apenas seria viável nas circunstâncias em que o efeito das ações não gerasse um impacto negativo que superasse o benefício adquirido com estas. Assim, nas situações em que a criança encontra-se amparada e acolhida pelos genitores o efeito pernicioso na seara familiar seria mais prejudicial do que benéfico, não se justificando, portanto. Nessa hipótese a prevenção geral deve ser mitigada em prol do melhor interesse da criança. Por outro lado, nas ocasiões em que estes genitores viessem a abandonar as crianças ou deixá-las em situação de desamparo, em que suas necessidades não estariam sendo atendidas, a pretensão em desfavor dos genitores seria viável e mesmo desejável.

No que tange a extensão a ser indenizada tem-se que apenas as despesas relativas à incapacidade devem ser providas. Afinal, considerando-se que a gravidez era planejada os valores relativos às necessidades básicas de qualquer criança estavam, ou deveriam estar, dentro da planificação dos genitores. Além disso, em

relação aos pais, também é possível a compensação extrapatrimonial pelos danos causados à autonomia procriativa.

No segundo segmento foram analisadas as polêmicas de ordem extralegal, notadamente os supostos caráter eugênico e discriminatório dos institutos. Quanto à eugenia, afastou-se o sentido pejorativo desta associado ao período do nazismo. Com relação à discriminação foi realizada a distinção entre os modelos médico e social de deficiência. Concluiu-se que: i) não condicionar a indenização por *wrongful birth* e *wrongful life* à opção pela não concepção, não implantação e pelo aborto retira o caráter discriminatório dos expedientes; e ii) a discriminação com relação a pessoas deficientes é um problema social, de modo que tais danos apenas o reflete.

Por fim, a última parte é destinada à adequação do instituto ao cenário jurídico e social brasileiro. Nesta, foram constatados os benefícios da função dissuasória da tutela de *wrongful birth* e *wrongful life* através da responsabilidade civil, em especial o desestímulo a condutas médicas desidiosas. Além disso, a temática foi adaptada às especificidades brasileiras: opções restritivas de aborto, dificuldade de acesso à saúde e, principalmente, aos meios de aconselhamento genético, bem como a realidade social de abandono vivenciado por mulheres viciadas em drogas.

A partir de pesquisa jurisprudencial foram identificados dois julgados relativos à temática no Brasil. Ambos foram julgados improcedentes em razão de circunstâncias fáticas: o primeiro pela expressa não contratação do diagnóstico genético de pré implantação e o segundo porquê não restou comprovado o erro do laboratório demandado.

A partir da pesquisa foi constatada a insuficiência das indenizações por *wrongful birth* e *wrongful life* na integral proteção aos interesses dos envolvidos. Assim em conjunto com a delimitação das ações indenizatórias ajuizadas em decorrência de situação de *wrongful birth* e *wrongful life* e de sua adequação ao Brasil sugeriu-se a criação de um fundo indenizatório no intuito de garantir que as vítimas fossem compensadas apesar da impossibilidade de identificar o responsável pela falha ou da insolvência deste.

Além disso, restou demonstrada a necessidade de criação de políticas públicas de inclusão social e de conscientização acerca de doenças incapacitantes, pois apenas a partir de uma construção social apta a acolher pessoas com incapacidades será possível oferecer as melhores condições, dentro das

possibilidades específicas concernentes a cada incapacidade, ao exercício dos direitos de personalidade.

Por fim cabe ressaltar que o modelo proposto não atingirá as pessoas economicamente menos favorecidas, ao menos não inicialmente. O aconselhamento genético e as técnicas mais precisas e avançadas de diagnóstico, seja pré-conceptivo, pré-embriónico, pré-natal ou direto, possuem custos elevados e estão à disposição apenas de camada privilegiada da sociedade. Este é um desafio que foge ao alcance da seara jurídica.

Nada obstante, este modelo constitui iniciativa inaugural de incentivo à busca por diagnósticos relativos a condições de saúde dos futuros descendentes. Relativamente aos médicos trata-se de um método efetivo destinado à prevenção de condutas negligentes por parte destes.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Munic: **mais da metade dos municípios brasileiros não tinha plano de saneamento básico em 2017**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22611-munic-mais-da-metade-dos-municipios-brasileiros-nao-tinha-plano-de-saneamento-basico-em-2017>. Acesso em 20 jan. 2019.
- ANDRADE, Débora Luzia Santos, et al. Síndrome de Lesch Nyhan e Odontologia: relato de caso. **Revista de Ciências Médicas e Biologia**. Salvador, v. 13, n. 1, p. 102-106, jan.- abr. 2014.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; SOARES, Flaviana Rampazzo. Os fundos de indenização civil para as vítimas de crime cujo autor é desconhecido ou incerto como exemplo de solidariedade social na responsabilidade civil contemporânea: breves notas de direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 17, p. 43-63, jul.- set. 2018
- ARAÚJO, Fernando. **A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- AUSTRÁLIA. New South Wales Supreme Court, **Edwards v. Blomeley**, 2002.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 5, p. 653-665, Out. 2010.
- BAR, Christian Von. **The Common European Law of Torts**. New York: Oxford University Press Inc. vol. one, 1998.
- BARBARESI, George. Review of H. Kuhse & P. Singer: Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants. **BYU Law Review**, v. 1991, n. 1, p. 697-707, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- BAYEFSKY, Michelle J. Comparative preimplantation genetic diagnosis policy in Europe and the USA and its implications for reproductive tourism. **Reproductive Biomedicine & Society Online**, v. 3, dec. 2016, p. 41-47.
- BERNAL, Luz Mery; LÓPEZ, Greizy. Diagnóstico pré-natal: retrospectiva. **NOVA - Publicación Científica en Ciencias Biomédicas**, v. 12, n. 21, enero - junio 2014.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- _____. On Justifications for Coercive Genetic Control. *In*: HUMBER, James M.; ALMEDER, Robert F. (Ed.). **Biomedical ethics and the law**. New York: Plenum Press, 1976.

BOULAROT, Ana Paula. As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e nascimento indevido. *In*: RODRIGUES, Gabriela Cunha; GEMAS, Laurinda; PAZ, Margarida (Org.). **A tutela geral e especial da personalidade humana**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. **Diário Oficial União**, Brasília, DF, 12.01.1996.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Portaria nº 199/2014 que institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. Brasília: **Diário Oficial da União**. Publicado no D.O.U. de 23 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1318095/MG**. Segunda Seção. Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 22/02/2017. DJe 14 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1197929/PR**. Segunda Seção. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 ago. 2011. DJe 12 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp 866.636/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 29 nov. 2007, DJ 06/12/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp 1096325/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 09 dez. 2008. DJe 03 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão de Convocação de Audiência Pública em ADPF n. 442/DF**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 23 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.13.052326-9/001**. Relator: Des. Veiga de Oliveira. Julgado: 06 set. 2016. Publicado: 16 set. 2016

_____. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70074021213**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 27 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70067085787**. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Julgado em 29 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70055467765**. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 13 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70058338039**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 6ª Vara Cível. **Apelação 1023074-44.2014.8.26.0562**. Relator (a): Francisco Loureiro. Julgado em 19 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Quinta Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 494.864-4/6-00**. Relator Mathias Coltro. Julgado em 18 nov. 2009. Publicado em: 03 dez. 2009.

BRAUNER, Maria Cláudia. **Novas Tecnologias Reprodutivas e Projeto Parental: Contribuição para o Debate no Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm#_ftnref1. Acesso em: 21 jan. 2019

BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Org). **Personality Rights in European Tort Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BRUNONI, Décio. Aconselhamento Genético. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 7, n. 1, p. 101-107, jan. 2002.

BURNS, Thomas A. When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits. **Duke Law Journal**, v. 52, p. 807-839, 2003.

CANADÁ. Court of Queen's Bench of Manitoba, **Lacroix v. Dominique**, 2001.

CASABONA, Carlos María Romeo. Las Prácticas eugenésicas: Nuevas Perspectivas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CEBRID, Solange. **Comportamento de risco de mulheres usuárias de crack em relação às dst/aids**. São Paulo : CEBRID - Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, 2004.

CIRIÓN, Aitziber Emaldi. **El Consejo Genético y sus Implicaciones Jurídicas**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001.

COHEN, Glenn I.. Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests. **Minnesota Law Review**. v. 96, n. 2, p. 423-519, 2011.

_____. Beyond Best Interests. **Minnesota Law Review**, v. 96, n. 4, p. 1192-1273, 2012.

COHEN, M. E. Park v. Chessin: The Continuing Judicial Development of the Theory of “Wrongful Life”. **American Journal of Law & Medicine**, v. 4, n. 3, p 211 – 232, 1978.

CONASS. **Nota técnica da conitec sobre a proposta de Cuidados Pré-Nupciais no SUS**. Disponível em: <http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/05/2.-b-Apresentação-CIT-23-01-17-pptx-resumida.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.121 de 2015. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 17 jun. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **A.K. against Latvia**, 24 de junho de 2014.

_____. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018

_____. **Draon v. France** (App. nº 1513/03), 6 October 2005 e **Maurice v. France** (nº 11810/03) ECHR, 6 October 2005.

_____. **M.P. and Others against Romania**, 16 de junho de 2014.

DAM, Cees Van. **European Tort Law**. New York: Oxford University Press, 2006.

DAVIS, Dena S. Genetic dilemmas and the child's right to an open future. **Hastings Center Report**, v. 27, n. 2, p. 7-15, 1997.

DEPARTMENT OF HEALTH. **Abortion statistics, England and Wales: 2015**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistical-data-sets/abortion-statistics-england-and-wales-2015>. Acesso em: 20 maio 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Da responsabilidade civil**. 10. Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997

DOBBS, Dan B. **The Law of Torts**. St. Paul/MN: West Group, 2000.

DOLNICK, E. Deafness as culture. **Atlantic Monthly**. p. 1-8. v. 272, n. 3, set. 1993.

DON'T SCREEN US OUT. **Don't screen us out campaign**. Disponível em: <https://donscreenusout.org>. Acesso em 29 maio 2017.

DRISCOLL, Margarette. *Why We Chose Deafness for Our Children*, Sunday Times (London), Apr. 14, 2002.; BBC. **Couple 'choose' to have deaf baby**. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1916462.stm>. Acesso em 18 nov. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADOS UNIDOS. Appellate Court of Illinois. **Zepeda v. Zepeda**, 190 N.E.2d 849 (Ill. App.2d 240, 1963).

_____. **California Civil Code.** Section 43.6. Disponível em http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=43.6.&lawCode=CIV. Acesso em 03 nov. 2018.

_____. Court of Appeals of California. **Curlender v. Bio-Science Laboratories**, 106 Cal. App.3d 811 [165 Cal. Rptr. 477] (1980).

_____. **Idaho Code.** Disponível em: <https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/title5/t5ch3/sect5-334/>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. **Maine Revised Statutes**, title 24, §2931(3). Disponível em: <http://legislature.maine.gov/statutes/24/title24sec2931.html>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Michigan Compiled Law Ann.** Disponível em: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(d2b50cpam15pkjxfsvoyqb\)\)/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-600-2971](http://www.legislature.mi.gov/(S(d2b50cpam15pkjxfsvoyqb))/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-600-2971). Acesso em 11 fev. 2019.

_____. **Minnesota Statutes.** Disponível em: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/145.424>. Acesso em 11 fev. 2019.

_____. **Missouri Revised Statutes.** Disponível em: [http://revisor.mo.gov/main/OneSection.aspx?section=188.130&bid=9384&hl=\)](http://revisor.mo.gov/main/OneSection.aspx?section=188.130&bid=9384&hl=)). Acesso em 11 fev.2019.

_____. New Hampshire Supreme Court. **Kingsbury v. Smith** (122 N.H. 237) 1982.

_____. **New York State Unified Court System.** Disponível em: <https://www.nycourts.gov/courts/index.shtml>. Acesso em 17 nov. 2018

_____. New York Supreme Court. **Williams v. State** (1966) 25 App.Div.2d 906 [269 N.Y.S.2d 786]).

_____. New York Supreme Court. **Park v. Chessin**. 400 N.Y.S.2d 110, 112 (App, Div, 1977).

_____. **Pennsylvania Consolidated Statutes.** Disponível em: <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=42&div=0&chpt=83&sctn=5&subsctn=0>. Acesso em 11 fev. 2019.

_____. **South Dakota Codified Law.** Disponível em: https://sdlegislature.gov/Statutes/Codified_Laws/DisplayStatute.aspx?Type=Statute&Statute=21-55-2. Acesso em 11 fev. 2019.

_____. Supreme Court of California. **Turpin v Sortini**, (1982) 31 Cal. 3d 220.

_____. Supreme Court of Illinois. **Siemieniec v. Lutheran General Hospital** - 117 Ill. 2d 230, 512 N.E.2d 691.

_____. Supreme Court of Illinois. **Rickey v. Chicago Transit Authority** (1983), 98 Ill. 2d 546, 555.

_____. Supreme Court of New Jersey. **Berman v. Allan**, 80 N.J. at 433-34 (1979) 404 A.2d 8.

_____. Supreme Court of New Jersey. **Ginsberg v. Quest Diagnostics, Inc.**, 130 A.3d 1245 (2016).

_____. Supreme Court of New Jersey. **Procanik v. Cillo**, 478 A.2d 755, 764 (N.J. 1984).

_____. Supreme Court of New Jersey. **Schroeder v. Perkel**, 87 N.J. 53 (1981) 432 A.2d 834.

_____. Supreme Court of Pennsylvania. **Mason v. Western Pennsylvania Hospital**. (1981, 286 Pa. Super. 354, 428 A.2d 1366).

_____. Supreme Court of Pennsylvania. **Mason v. Western Pennsylvania Hospital** (1982, 499 Pa. 453, 453 A.2d 974.)

_____. Supreme Court of the State of New York. **Becker v. Schwartz**, 60 A.D.2d 587, 587 (N.Y. App. Div. 1977). **Becker v. Schwartz**, 46 N.Y.2d 401 (1978).

_____. The United States Court of Appeals for the Tenth Circuit. **General Information**. Disponível em: <https://www.ca10.uscourts.gov/clerk>. Acesso em 04 nov. 2018.

_____. United States Supreme Court, **Buck v. Bell**, U.S. 274 U.S. 200 (1927).

_____. United States Supreme Court. **Roe v. Wade** (1973) 410 U.S. 113 [35 L. Ed. 2d 147, 93 S. Ct. 705].

_____. **Utah Code Ann.** Disponível em: <https://le.utah.gov/~2008/bills/hbillint/hb0078.htm>. Acesso em 12 fev. 2019.

_____. U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit. **Hartke v. McKelway** (D.C.Cir. 1983, 707 F. 2d. 1544).

_____. Washington Supreme Court. **Harbeson v. Parke-Davis, Inc.**, 656 P.2d 483, 496 (Wash. 1983).

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 127, set., p. 157-195, 2012.

_____. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 1, jan.-mar., p. 17-63, 2010.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.), **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FARG, Suzanne. Compensation: Recovering Damages in Wrongful Life Cases. **Personal Injury Law Journal**, set. 2014.

FEINBERG, Joel. The Child's Right to an Open Future. *In*: Aiken, William and LaFollette, Hugh eds. **Whose Child?** Children's Rights, Parental Authority, and State Power. Totowa, NJ: Rowman and Littlefield, 1980.

_____. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. **Social Philosophy and Policy**, v. 4, n. 1, autumn 1986, p. 145-178.

FÉO, CHRISTINA; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o Direito de Nascer ou Não com Deficiência: algumas questões em debate. p. 53-92. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Editora Consulex, 2012.

FERNANDES FILHO, Jose Americo; SHAPIRO, Barbara E.. **Archives of Neurology**, sept., 2004, v.61. n. 9, p. 1466-1468.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014.

FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. **ROA**, ano 68, v.I, p. 1-18, 2008.

FRANÇA. **Code de l'action sociale et des familles**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006796464&cidTexte=LEGITEXT000006074069&dateTexte=vig>. Acesso em: 24/05/2017.

_____. Cour de Cassation, **Arret 99-1370**, plén. 17 nov. 2000.

_____. Cour de Cassation, **Arrets 02-13.775, 02-12.260 e 01-16.684**, 1ère, 24 jan. 2006.

_____. Conseil d'État. 24 févr. 2006, J.C.P., 2006, éd. **A, 1074**.

_____. **Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>. Acesso em 10 fev. 2019.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GALLAGHER, Kathleen. Wrongful Life: Should the Actions be Allowed? **Louisiana Law Review**, v. 46, n. 6, 1987.

GALTON, Francis. **Inquiry into human faculty**. 2. ed. London: Macmillan, 1892.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais. O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GIESEN, Ivo. The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases. **Utrecht Law Review**, v. 8, n. 2, may 2012.

GOLDIM, José Roberto. **Aborto no Brasil**. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/abortobr.htm>. Acesso em 06 jan. 2019.

_____. **Eutanásia**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

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

GOROSTIZA, Jon Mirena Landa. Discriminación y Prácticas Eugenésicas: Una Aproximación al Problema desde la Perspectiva Jurídico-Penal con Especial Referencia al Artículo 161-2º in finis del Código Penal de 1995. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 1999.

GOSSERIES, Axel. **Pensar a Justiça entre as Gerações: do caso Perruche à reforma das pensões**. Tradução de Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma Eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HENSEL, Wendy F. The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 40, p. 141-195, 2005.

HOLANDA. Hoge Raad. 18-03-2005, NJ 2006, 606, 42 **Baby Kelly Arrest** NJ 2006, 606.

HONDIUS, E.H.. The Kelly Case. Compensation for undue damage for wrongful treatment. In: GEVERS, J.K.M; HONDIUS, E.H; HUBBEN, J.H. (Org.). **Health Law**,

Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing. Lieden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. 22 giugno 1985, n. 3769.

_____. Corte di Cassazione, sezione III, 2 October 2012, nº 16754.

_____. Corte di Cassazione, Sezioni unite, 22 de dezembro 2015, nº 25767.

KELLEY, Patrick. Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law. **Washington University Law Quarterly**, vol. 1979, n. 4, p. 919-963, jan. 1979.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova:** presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus da prova e consentimento informado – responsabilidade civil em pediatria; responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KOPELS, Sandra. Wrongful adoption: Litigation and liability. **Families in Society**, v. 76, n. 1, p. 20-29, 1995.

KOTEICH, Milagros. “Wrongful adoption’: ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en colombia?” **Revista de Derecho Privado**, universidad externado de Colombia, n. 28, p. 437-453, jan.-jun., 2015.

KUHSE, Helga; SINGER, Peter. **Should the baby live?** The Problem of Handicapped Infants. Oxford University Press, 1985.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, v. LXXXVI, fascículo 454, p. 547-559, abr. 1941.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e Bioética: os limites da ciência em face da dignidade humana. **Revista dos tribunais**, v. 824, p.82-98, jun. 2004.

_____. **Procriações Artificiais e o Direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LORENTZ, Romain M. The Use of Comparative Law by Courts in Birth-Related Cases. *In:* ANDENAS, Mads; FARGRIEVE, Duncan. **Courts and Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad Civil de los Médicos.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. Tomo I, 1997.

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

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a

técnica jurídica e a reflexão bioética. *In*: Martins-Costa, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDINA, Graciela; WINOGRAD, Carolina. “Wrongful Birth”, “Wrongful Life” y “Wrongful Pregnancy”: Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa. *In*: MEDINA, Graciela. **Daños en el Derecho de Familia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.

MENEZES, Melody; MEAGHER, Simon; COSTA, Fabricio da Silva. Ethical considerations when offering noninvasive prenatal testing. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 35, n. 5, p. 195-198, 2013.

MENONI, Renzo; et al. **Esiste il diritto di non nascere se non sani?** Riflessioni sulla sentenza Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2015 n. 25767 e dintorni. Parma: Pacini Giuridica, 2016.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, António Pinto. Direito a Não Nascer? **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 19, p. 321-331, jan.-jun. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol I, p. 1-22, 1991.

_____. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

MORILLO, Andrea Macía. El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. **RJUAM**, n. 23, p. 83-98, 2011.

_____. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life). 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 7, n. 2, p. 13-22, jul.-dez., 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, p. 31 – 44, mar. 1999.

_____. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, v. 1.2015, p. 903 – 919, jul. 2015.

NOVOA, Maria Concepción; FRÓES, Burnham Teresinha. Desafios para a universalização da genética clínica: o caso brasileiro. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 29, n. 1, p. 61-68, 2011.

NSGC. **About Genetic Counselling**. Disponível em: <https://www.nsgc.org/index.php?mo=cm&op=ld&fid=477#counseling>. Acesso em 12 jan. 2019

OLIVER, Michael. **The Politics of disablement: a social approach**. London: Macmillan, 1990.

PARFIT, Derek. Future Generations: Further Problems. **Philosophy & Public Affairs**, v. 11, n. 2, p. 113-172, spring, 1982.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERRY, Ronen. It's a wonderful life. **Cornell Law Review**, v. 93, p. 329-399, 2008.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: porque abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. *In* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

PETERS, Philip. Rethinking Wrongful Life: Bridging the Boundary between Tort and Family Law. **Tulane Law Review**, v. 67, 1992.

PINTO, Paulo Mota. Indenização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (Wrongful Birth e Wrongful Life). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.3, p. 75-99, abr. 2008.

PORTUGAL. **Rendimento social de inserção**. Disponível em: <http://www.seg-social.pt/rendimento-social-de-insercao>. Acesso em 29 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça, 19 de junho de 2001, n° 1008/01.

_____. Supremo Tribunal de Justiça, 17 de janeiro de 2013, n. 9434/06.6 TBMTS.P1.S1.

_____. Supremo Tribunal de Justiça, 12 de março 2015, n° 1212/08.4TBBCL.G2.S1.

_____. Tribunal Constitucional, 02 de fevereiro de 2016, n° 662/15.

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

_____. Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. (The Experience in Portugal as a Continental Civil Law Country). **The Italian Law Journal**, v. 03, n. 02, p. 421-450, 2017.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Alvin Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REINO UNIDO. **Children Act 1989**. Section 17.11. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/17>. Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Congenital Disability Act of 1976**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>. Acesso em 18 nov. 2018.

_____. Court of Appeal. **McFarlane and another v Tayside Health Board**, [1999] All ER (D) 1325.

_____. Court of Appeal. **McKay v Essex Area Health Authority** [1982] All ER 771 (CA).

ROBERTSON, John A. Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction. **American Journal of Law & Medicine**, v. 30, p. 7-40, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro, Renovar, 2008

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 24 ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 04 jan. 2019.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade como Proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 1, p. 197-226, 2017.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SBGM. **Geneticistas contestam projeto que propõe teste pré-nupcial em casais proposto pelo Governo Federal**. Disponível em:

<http://www.sbgm.org.br/noticias/geneticistas-contestam-projeto-que-propoe-teste-pre-nupcial-em-casais-proposto-pelo-governo-federal>. Acesso em 12 jan. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Reparação não pecuniária dos Danos Morais. **Revista VoxLex**: civil e processo civil, v.1, n1, p. 51-67, mar.-abr., 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. **Revista Foro Jurs Fern**– Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, dic. 1996.

SHAPO, Marshall S.; PELTZ, Richard J. **Tort and Injury Law**. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2006.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore**: pais, filhos e a busca da identidade. Tradução Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SOUTULO, Daniel. El Concepto de Eugenesia y su Evolución. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo (Ed.). **La Eugenesia Hoy**. Bilbao-Granada: Catoncepto de Eugenesia y su Evolución– Editorial Comares, 1999.

SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil: as ações por concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life)**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

STEIN, Michael Ashley. Disability Human Rights. **California Law Review**, v. 95, n. 1, p. 75-122, fev. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TREFETHEN, Amanda. The Emerging Tort of Wrongful Adoption. **J. Contemp. Legal Issues**, v. 11, p. 620-624, 2000.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Les effets de la responsabilité**. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

WEST, Robin. Foreword: Taking Freedom Seriously. **Harvard Law Review**, v. 104, p. 43, 1990.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Vozes, 2013.

WHO. **Access and affordability of genetic services**. Disponível em: <<https://www.who.int/genomics/public/access/en/>> acesso em 12 de jan. de 2019

_____. **Congenital anomalies**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/congenital-anomalies>. Acesso em 20 de jan. de 2019

_____. **Genes and human diseases**. Disponível em <http://www.who.int/genomics/public/geneticdiseases/en/>. Acesso em 20 jan. 2019

_____. **Genetic counselling services**. Disponível em: <https://www.who.int/genomics/professionals/counselling/en/>. Acesso em 12 jan. 2019.

_____. **Genetic Laboratories and clinics**. Disponível em: <https://www.who.int/genomics/professionals/laboratories/en/>. Acesso em 12 jan. 2019.

_____. **Unsafe abortion**. Disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/abortion-safety-estimates/en/. Acesso em 13 jan. 2019.

_____. **The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology**, 2009. Disponível em:

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/en/.
Acesso em: 16 maio 2017.

WÜLFINGEN, Bettina Bock Von. Contested change: how Germany came to allow PGD. **Reproductive Biomedicine & Society Online**. Vol. 3, Dec. 2016, p. 60-67.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. v. II: istituti. Milano: Giuffrè, 1995.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br