

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

DÉBORA KARINA GONÇALVES VASERINO

**A TUTELA JURÍDICA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL
POR *WRONGFUL CONCEPTION*, *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL
LIFE*: ESTUDO DE CASOS ESTRANGEIROS E ANÁLISE DA
APLICABILIDADE NO BRASIL**

FRANCA

2020

DÉBORA KARINA GONÇALVES VASERINO

**A TUTELA JURÍDICA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL
POR *WRONGFUL CONCEPTION*, *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL
LIFE*: ESTUDO DE CASOS ESTRANGEIROS E ANÁLISE DA
APLICABILIDADE NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito

Linha de pesquisa: Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania

Projeto de pesquisa: Os avanços Biotecnológicos e a Problemática Jurídico-contemporânea frente à Proteção dos Direitos Humanos

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Patrícia Borba Marchetto

FRANCA

2020

V332t

Vaserino, Débora Karina Gonçalves

A TUTELA JURÍDICA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR
WRONGFUL CONCEPTION, WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE: ESTUDO
DE CASOS ESTRANGEIROS E ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO BRASIL /

Débora Karina Gonçalves Vaserino. -- Franca, 2020

191 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientadora: Patrícia Borba Marchetto

1. Direito civil. 2. Responsabilidade civil. 3. Concepção indevida, nascimento
indevido e vida indevida. I. Título.

DÉBORA KARINA GONÇALVES VASERINO

**A TUTELA JURÍDICA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL
POR *WRONGFUL CONCEPTION*, *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL
LIFE*: ESTUDO DE CASOS ESTRANGEIROS E ANÁLISE DA
APLICABILIDADE NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-
requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Linha de
pesquisa: Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania. Projeto de
pesquisa: Os avanços Biotecnológicos e a Problemática Jurídico-
contemporânea frente à Proteção dos Direitos Humanos.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof.^a Dr.^a Patrícia Borba Marchetto

1^a Examinadora: _____

Prof.^a Dr.^a Beatriz Schettini

2^a Examinadora: _____

Prof.^a Dr.^a Flávia Piva Almeida Leite

3^a Examinadora: _____

Prof.^a Dr.^a Tereza Rodrigues Vieira

Franca, 11 de novembro de 2020.

Dedico este trabalho a todas as vítimas da pandemia do COVID-19, aos profissionais da saúde e a todos àqueles que se mostraram humanos respeitando o distanciamento social físico.

AGRADECIMENTOS

Com estes singelos versos,
Meu objetivo é agradecer,
A todos aqueles envolvidos,
Neste processo de aprender.

Começando pela entidade divina,
No caminho chamado vida,
Por toda força, proteção e disciplina,
Nesta nova etapa cumprida.

A minha mãe, Sueli
Luz que não se apaga e que faz o mundo fraterno
Por você cheguei até aqui
E a ti meu amor eterno.

Ao meu pai, Luiz Antonio Vaserino
Que me conduziu durante o mestrado sempre com bom coração,
Às cinco da manhã ou às onze da noite, até a instituição de ensino
Merece o título de mestre junto comigo, além da minha eterna gratidão.

Aos meus avós, a minha irmã
E a família em toda sua extensão,
Presentes ontem hoje e amanhã,
Agradeço de todo o meu coração!

Ao meu amor,
Por todo afeto e carinho durante o estudo,
E por me recompor,
“Independente de tudo”!

Aos professores,
Que com empenho se dedicam a arte de ensinar,
Em especial a minha orientadora,
Pelas contribuições em todo processo de pesquisar.

Aos amigos, novos e antigos,
Por dividirem comigo todos os momentos,
Me protegendo dos perigos,
Vocês estão sempre em meus pensamentos!

Em especial, Davi, Raul, Izabelle, Marina, Mayra, Isadora
E também Patrícia e Maria Christina,
Espero conseguir retribuir, outrora
Os conselhos, a consideração e a presença em minha rotina.

Ao grupo Família Científica
Pelo conhecimento explorado

Com vocês eu chego
À conclusão deste mestrado!

À UNESP,
À banca de defesa e qualificação,
E às queridas amigas
Do “Foi parar na Constituição”!

Aos colegas de labor
Da Prefeitura de Rio Preto e Pirangi
Pelo serviço público de louvor
E pelo apoio até aqui.

A todos e a cada um
Que contribuíram nesta empreitada,
Meus agradecimentos sinceros
E meu cordial muito obrigada!

“- Mas eu gosto dos inconvenientes.

- Nós, não. Preferimos fazer as coisas confortavelmente.

- Mas eu não quero conforto. Quero Deus, quero a poesia, quero o perigo autêntico, quero a liberdade, quero a bondade. Quero o pecado. ” (HUXLEY, 2014, p. 286)

VASERINO, Débora Karina Gonçalves Vaserino. **TÍTULO**. 2020. (quantidade de páginas) f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

RESUMO

As pesquisas científicas e os possíveis usos dos resultados das descobertas, principalmente a partir do século XX, geram o temor de que valores morais fundamentais cultivados pela sociedade sejam violados por certas práticas. Na área específica das pesquisas em saúde do ser humano, a questão da concepção e desenvolvimento de embriões se destaca como uma preocupação geral da sociedade atual, em um momento em que se discute até que ponto o homem deve ter poder sobre o princípio e o fim da vida de seus semelhantes. Neste contexto, pois, surge a bioética, como resposta para a preocupação ética com as prováveis aplicações dos novos conhecimentos científicos e biotecnológicos à saúde humana. O direito, como fenômeno social, cultural e histórico, não pode se manter à margem dos problemas práticos (morais e políticos) que afetam a sociedade. Neste sentido, propôs-se neste trabalho o estudo das ações de responsabilidade civil por concepção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*) e vida indevida (*wrongful life*) nos tribunais superiores estrangeiros, inicialmente. A partir da análise quantitativa e qualitativa das decisões judiciais encontradas através da busca por palavras-chave, valendo-se do fenômeno da recepção e de circulação de modelos jurídicos e da análise de julgados nacionais, pretende-se contribuir para a elaboração de um modelo jurídico-hermenêutico nacional e concluir sobre a possibilidade (ou não) de ações de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida no Brasil. A conclusão a que se chega é a de que existe no ordenamento jurídico nacional a possibilidade jurídica para responsabilização por concepção indevida; por nascimento indevido somente no caso de erro de diagnóstico por anencefalia fetal (ADPF 54); e pela impossibilidade da demanda por vida indevida.

Palavras chave: bioética; responsabilidade civil; concepção indevida; nascimento indevido; vida indevida.

VASERINO, Débora Karina Gonçalves Vaserino. **TÍTULO**. 2020. (quantidade de páginas) f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

ABSTRACT

Scientific research and the possible uses of the results of the discoveries, mainly from the 20th century onwards, generate the fear that fundamental moral values cultivated by society will be violated by certain practices. In the specific area of research on human health, the issue of embryo conception and development stands out as a general concern of today's society, at a time when discussing the extent to which man should have power over the beginning and the end of the lives of their fellow men. In this context, therefore, bioethics emerges as an answer to the ethical concern with the probable applications of new scientific and biotechnological knowledge to human health. Law, as a social, cultural and historical phenomenon, cannot remain outside the practical problems (moral and political) that affect society. In this sense, it was proposed in this work the study of civil liability actions for wrongful conception, wrongful birth and wrongful life in foreign superior courts, initially. From the quantitative and qualitative analysis of the judicial decisions found through the search for keywords, taking advantage of the phenomenon of reception and circulation of legal models and the analysis of national courts, it is intended to contribute to the elaboration of a legal model - national hermeneutic and conclude about the possibility (or not) of civil liability actions for improper conception, improper birth and improper life in Brazil. The conclusion reached is that there is a legal possibility in the national legal system for liability for wrongful conception; for wrongful birth only in the case of an error of diagnosis due to fetal anencephaly (ADPF 54); and the impossibility of the demand for wrongful life.

Key words: bioethics; civil responsibility; wrongful conception, wrongful birth and wrongful life.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AG	Aconselhamento genético
CDC	Código de Defesa do Consumidor
DUBDH	Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IVG	Interrupção voluntária da gestação
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
SUS	Sistema Único de Saúde
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura
UNESP	Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
WB	<i>Wrongful birth</i>
WC	<i>Wrongful conception</i>
WL	<i>Wrongful life</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 Responsabilidade civil: evolução legislativa até responsabilidade civil médica	19
1.1 A luta pelo direito e os fundamentos epistemológicos para o estudo da responsabilidade civil	19
1.2 Breves noções históricas da Responsabilidade Civil.....	25
1.3 Sistema de responsabilidade civil brasileiro.....	28
1.3.1 Responsabilidade civil extracontratual subjetiva.....	30
1.3.2 Responsabilidade civil extracontratual objetiva	37
1.3.3 Responsabilidade civil contratual	39
1.4 Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil médica.....	41
1.4.1 Responsabilidade civil do médico	42
1.4.2 Responsabilidade civil médica empresarial.....	47
1.5 Considerações finais do capítulo 1	49
CAPÍTULO 2 Reflexões e questionamentos bioético-jurídicos sobre a relação médico-paciente	51
2.1 As controvérsias entre a bioética e o biodireito.....	52
2.1.2 O princípalismo de Beauchamp e Childress e o avanço da bioética	54
2.2 A relação médico-paciente e o consentimento livre esclarecido	59
2.3 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade	64
2.3.1 O direito ao planejamento familiar.....	65
2.4 O dano existencial na falha durante o aconselhamento genético	70
2.5 Perda de uma chance da escolha reprodutiva	75
2.6 Considerações finais do capítulo 2	78
CAPÍTULO 3 Análise de casos estrangeiros de responsabilidade civil no aconselhamento genético.....	79

3.1 Ações de responsabilidade civil por <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	79
3.3 Apresentação dos resultados encontrados para ações de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida nos tribunais estrangeiros selecionados.....	85
3.3.1 Estados Unidos	85
3.3.2 Espanha.....	88
3.3.3 Itália	89
3.3.4 Irlanda.....	90
3.3.5 Portugal.....	91
3.3.6 Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia)	92
3.4 Análise quantitativa dos casos estrangeiros: o que os números dizem	93
3.5 Análise qualitativa dos casos estrangeiros: o conteúdo das decisões judiciais	97
3.5.1 Recurso n.º 2167/2014 – Itália, 2018, <i>wrongful birth</i>	99
3.5.2 Recurso n.º 1178/2010 – Portugal, 2016, <i>wrongful birth</i>	102
3.5.3 Recurso n.º 1212/2008 – Portugal, 2015, <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	103
3.5.4 Recurso n.º 1785/2010 – Espanha, 2015, <i>wrongful life</i>	107
3.5.5 Recurso n.º 9434/2006 – Portugal, 2013, <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	109
3.5.6 Recurso n.º 1785/2010 – Espanha, 2013, <i>wrongful birth</i>	113
3.5.7 Recurso n.º 16754/2010 – Itália, 2012, <i>wrongful birth</i>	116
3.5.8 O'Reilly McCabe v. Minister for Justice Equality and Law Reform & anor – Irlanda, 2009, <i>wrongful birth</i>	119
3.5.9 Sutradhar v. Natural Environment Research Council – Reino Unido, 2006, <i>wrongful birth</i>	120
3.5.10 Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust – Reino Unido, 2003, <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i>	121
3.5.11 Recurso n.º 1044/1996 – Espanha, 2001, <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	127
3.5.12 Macfarlane and another v. Tayside Health Board – Reino Unido, 1999, <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	129
3.5.13 Recurso n.º 165/1993 – Espanha, 1997, <i>wrongful life</i>	134
3.5.14 Director of public prosecutions v. Morgan and others – Reino Unido, 1975, <i>wrongful conception</i>	135

3.5.15 Oughtred v. Commissioners of Inland Revenue – Reino Unido, 1959, <i>wrongful life</i>	136
3.5.16 Herd v. Weardale Steel, Coal and Coke Company, Limited and others – Reino Unido, 1914, <i>wrongful conception</i>	136
3.5.17 Julius v. Lord Bishop of Oxford and another – Reino Unido, 1880, <i>wrongful conception</i>	137
3.6 Discussão dos resultados dos casos estrangeiros.....	137
3.7 Pesquisa nos tribunais superiores brasileiros	140
3.8 Considerações finais do capítulo 3	153
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS	165
APÊNDICE	178

INTRODUÇÃO

O último século foi marcado por descobertas e inovações científicas sem precedentes na história, especialmente na área da saúde e tecnologia, elevando a ciência a uma esfera de interesse cada vez mais presente e decisiva na vida cotidiana. Hoje, é possível constatar a extensão e a relevância dos benefícios alcançados, seja em relação a fármacos mais eficazes, diversas terapias, aparelhos e procedimentos médicos disponíveis, como também ao mapeamento do genoma humano e ao aprimoramento da chamada terapia gênica.

As pesquisas e os possíveis usos dos resultados das descobertas geram o temor de que valores cultivados pela sociedade e considerados fundamentais sejam violados por certas práticas. Neste contexto, pois, surge a bioética, trazendo respostas para os dilemas éticos com as possíveis aplicações dos novos conhecimentos científicos e biotecnológicos à saúde humana. Bioética é um neologismo construído a partir das palavras gregas *bios* (vida) + *ethos* (relativo à ética). Trata-se de campo de estudo destinado à discussão e reflexão acerca de temas sobre os quais não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos, as pesquisas com células tronco, bem como a responsabilidade civil e moral de cientistas em suas pesquisas e aplicações na área da saúde.

Como decorrência lógica deste desenfreado desenvolvimento de pesquisa científica e sua relação com a sociedade, surgem problemas jurídicos que merecem intervenção estatal na forma de medidas como a elaboração de políticas públicas e de pesquisas aprofundadas que visem proteger os direitos humanos, a vida e os valores éticos e morais. O direito, como fenômeno social, cultural e histórico, não pode se manter à margem dos problemas práticos (morais e políticos) que afetam a sociedade.

Contudo, grandes são as dificuldades que envolvem a normatização jurídica das questões bioéticas. O ritmo acelerado em que acontecem os avanços científicos, bem como a pretensão de estabilidade e duração no tempo das normas jurídicas são apenas os primeiros impasses. Paira neste cenário a dificuldade de legislar-se sobre temas novos e complexos, além de controversos, sempre dotados de particularidades. Justifica o estudo do tema a necessidade de promover um debate amplo que possa servir de parâmetro para a tomada de decisões nos casos concretos, em relação ao tema específico.

Ao realizar o recorte do tema, escolheu-se trabalhar as ações de responsabilidade civil por concepção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*) e vida

indevida (*wrongful life*). As três espécies citadas possuem estreita relação com o princípio do livre consentimento informado, corolário da autonomia privada dos cidadãos.

Definiu-se como marco teórico desta pesquisa os conceitos trazidos pela professora Rebecca Greenstreet, que define a concepção indevida como uma reclamação apresentada em razão de negligência que resultou em uma concepção que o requerente tinha procurado evitar e normalmente surge de uma esterilização negligente (falha em uma operação de esterilização ou o fornecimento incorreto de informações sobre essa operação) (GREENSTREET, 2018, p. 02).

As ações por nascimento indevido são casos diferentes dos casos de concepção indevida, pois aqui os requerentes não procuraram evitar a concepção em si, mas a negligência fez com que perdessem a oportunidade de interromper a gravidez (por exemplo, por meio de triagem pré-natal negligente) (GREENSTREET, 2018, p. 02). Já as ações por vida indevida referem-se aos casos movido por uma criança que alega que, não fosse a negligência do réu, ela nunca teria nascido e isso teria sido um resultado melhor) (GREENSTREET, 2018, p. 01).

Além desse, a pesquisa se fundamenta em outros dois marcos teóricos principais, sendo a classificação de responsabilidade civil de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 14) e os estudos do professor Antonio Junqueira de Azevedo (2000) em “O direito pós-moderno e a codificação”, a partir da solução de casos concretos na busca por rumos normativos mais homogêneos. Os referenciais teóricos marcaram a divisão dos capítulos desta pesquisa, que são os três: 1) Responsabilidade civil: evolução legislativa até responsabilidade civil médica; 2) Reflexões e questionamentos histórico-jurídicos sobre a relação médico-paciente e 3) Análise de casos estrangeiros de responsabilidade civil no aconselhamento genético. A estrutura definida para este estudo explica, pois, a escolha do título deste trabalho, como “a tutela jurídica nas ações de responsabilidade civil por *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: estudo de casos estrangeiros e análise da aplicabilidade no Brasil”.

O objetivo geral da pesquisa foi responder à indagação: são possíveis atualmente, no Brasil, as ações de responsabilidade civil com fundamento na concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida?

Para tanto, desenvolveu-se uma parte prática no trabalho, consistente na pesquisa jurisprudencial nos tribunais superiores dos Estados Unidos, Espanha, Itália, Irlanda, Portugal e Reino Unido; posteriormente, no Brasil. A busca se deu através das palavras-chave “*wrongful conception*”, “*wrongful birth*” e “*wrongful life*”. Como resultado nos tribunais estrangeiros, foram trabalhados dezessete casos no capítulo 3, dos quais dez estão relacionados intimamente

com o tema deste trabalho. No Brasil, a busca não retornou resultados positivos para a jurisprudência do STF e STJ sobre concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida.

A justificativa para escolha destes países como objeto de estudo está baseada no fato de ser mais avançada, em relação ao Brasil, a discussão sobre o tema. Além disso, a matéria originou-se nesses países, que já tiveram a oportunidade de debater e decidir vários casos, motivo pelo qual escolher outros países possivelmente traria resultados não satisfatórios para o objetivo final: discutir sobre a possibilidade, no Brasil, das ações de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida.

Logo, a escolha discricionária dos tribunais estrangeiros foi orientada pela intenção de contribuir para o desenvolvimento do tema no Brasil, a partir do que já existe na jurisprudência estrangeira. Através da observação e interpretação dos julgados, foi possível tecer comentários sobre a evolução do tema e as prováveis implicações que tais decisões têm no cenário nacional.

As incontáveis questões complexas que envolvem o *wrongful conception*, o *wrongful birth* e o *wrongful life* tornam tal tema instigante. Além disso, trata-se de assunto de certa forma ainda menosprezado e estigmatizado no Brasil, sobretudo por se acreditar que somente adquire relevância em países que apresentam possibilidade de realização de abortamentos voluntários. Portanto, pretendeu-se analisar os debates existentes no direito estrangeiro para, valendo-se do fenômeno da recepção e de circulação de modelos jurídicos, verificar se é possível (ou não) a aplicação dessas teorias no cenário nacional.

As ações de responsabilidade civil por concepção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*) e vida indevida (*wrongful life*) fazem parte do campo de estudo da bioética, como também do direito civil, mais especificamente da responsabilidade civil. Trata-se de tema relativamente novo, decorrente do grande avanço da ciência no século XX.

A área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, centrada nos “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania” possibilita reflexões e produção temática no âmbito de uma sociedade complexa e globalizada, no qual se insere tal tema. Esta é a área propícia para realizar o estudo de modelos normativos adequados ao caráter funcional da política do Estado contemporâneo, a partir da promoção dos direitos sociais e da garantia dos direitos fundamentais.

O projeto de pesquisa proposto se adequa à linha de pesquisa “Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania”, uma vez que é possível trabalhar neste campo as diferentes dimensões da tutela e efetividade da cidadania e direitos humanos no plano internacional e no direito

brasileiro, de acordo com a moderna concepção de humanização do direito. O estudo proposto abrange as ações de responsabilidade civil pela concepção, nascimento e vida indevida visando oferecer à comunidade jurídico-científica brasileira, dentro da nova postura da busca e efetivação da modernização de práticas e pensamentos, uma reflexão do presente em direção ao futuro.

Por fim, a discussão se insere no projeto de pesquisa da orientadora, Professora Dra. Patrícia Borba Marchetto, “Os avanços Biotecnológicos e a Problemática Jurídico-contemporânea frente à Proteção dos Direitos Humanos”, uma vez que o tema é relativo à bioética e às consequências jurídicas dos avanços científicos. No contexto do desenfreado desenvolvimento das pesquisas científicas na área de saúde humana e os problemas jurídicos que inevitavelmente decorrem desta prática, faz-se necessária intervenção estatal, bem como o desenvolvimento de políticas públicas aptas a lidar com o problema. Antes disso, contudo, é necessário o desenvolvimento de pesquisas aprofundadas que visem proteger direitos humanos, a vida e os valores éticos e morais.

A pesquisa bibliográfica foi o principal procedimento metodológico dos dois primeiros capítulos deste trabalho, pois ofereceu os fundamentos teóricos imprescindíveis ao estudo do tema. A revisão bibliográfica abrange a bibliografia pública e acessível no meio acadêmico. Já a análise do posicionamento teórico dos autores foi feita por meio de procedimento técnico de análise textual e interpretativa, consistente na leitura e compreensão das expressões utilizadas pelos autores e na elaboração de fichamentos.

No capítulo 3, foi realizada a pesquisa jurisprudencial, composta pela análise de casos atinentes ao tema da pesquisa (concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida). Neste, também há a apresentação dos resultados obtidos com a pesquisa, quantitativa e qualitativamente. Quando da análise dos casos de concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida nos tribunais estrangeiros, além da técnica de pesquisa jurisprudencial, este trabalho adota o método indutivo, partindo da análise e compreensão de casos específicos para chegar à conclusão.

Para o desenvolvimento em si da parte prática, composta pela análise de conteúdo, utilizou-se a metodologia proposta por Roque Moraes (1999), através da preparação, unitarização, categorização, descrição e interpretação das informações (MORAES, 1999, p. 04). De posse destas informações, propôs-se uma abordagem indutiva-constitutiva (MORAES, 1999, p. 10) para a elaboração de quadro com os principais argumentos ventilados pelas decisões judiciais analisadas. Indutiva, na medida em que as categorias foram sistematizadas

através de processo progressivo e analógico, destacando determinado argumento (tanto relacionado ao direito civil, quanto à bioética). Construtiva, através da compreensão dos fenômenos investigados e resultado de “esforço, criatividade e perspicácia por parte do pesquisador, exigindo uma releitura exaustiva para definir o que é essencial em função dos objetivos propostos” (MORAES, 1999, p. 10).

Resumidamente, o modelo metodológico utilizado no capítulo 3 deste trabalho inspirou-se no professor Antonio Junqueira de Azevedo (2000) para, através da interpretação de casos concretos estrangeiros, buscar diretrizes para aplicabilidade (ou não) das teorias da concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida no Brasil. Para se chegar a este fim, utilizou-se do modelo de análise de conteúdo proposto por Moraes (1999).

Destaca-se também como procedimento metodológico a pesquisa legal, que inclui a análise de lei ordinária, lei complementar, decreto-lei, regulamento, ato normativo, além da própria Constituição Federal de 1988 e constituições estrangeiras. Por fim, são utilizadas, estritamente, as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) em vigor quando da produção desta dissertação.

Já em vias de conclusão, esta pesquisa utiliza, também, o método indutivo-construtivo para, a partir dos dados obtidos na parte prática do trabalho chegar à conclusão e cumprir o objetivo geral proposto, concluindo sobre a possibilidade (ou não) das ações de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida no Brasil.

CAPÍTULO 1 Responsabilidade civil: evolução legislativa até responsabilidade civil médica

A pesquisa sobre a tutela jurídica nas ações de responsabilidade civil por *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: estudo de casos estrangeiros e análise da aplicabilidade no Brasil não por acaso inicia-se pela análise da teoria geral da responsabilidade civil. Um dos objetivos gerais deste trabalho é o de construir conhecimento a partir do estudo de cada parte que o compõem: desta forma, seguindo a ordem proposta pelo título, o ponto de partida é a tutela jurídica nas ações de responsabilidade civil.

No início deste capítulo, faz-se uma reconstrução legislativa do instituto, não através do método histórico, típico dos historiadores, mas sim através da análise de obras de juristas clássicos com a contextualização da matéria dentro da sociedade e do Direito. Reafirma-se, também, Ihering, no sentido de que o equilíbrio da sociedade se dá apenas através das lutas sociais, sendo dever de cada indivíduo buscar seus direitos legais (IHERING, 2012, p. 74).

Em seguida, passa-se ao estudo do sistema de responsabilidade civil brasileiro, bem como chega-se ao referencial teórico para classificação da teoria da responsabilidade civil. Neste trabalho, adota-se a classificação proposta por Cavalieri (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14), que divide a responsabilidade civil entre contratual e extracontratual. Além disso, a responsabilidade civil extracontratual subdivide-se entre subjetiva e objetiva. Já a responsabilidade civil contratual pode ser de meio ou de resultado.

A partir de então, passa-se a análise de cada uma delas, com suas particularidades e questões de maior relevância. Chega-se aos aspectos gerais da responsabilidade civil médica, que pode ser extracontratual, no caso de a obrigação não ter origem contratual, ou, na maioria dos casos, é contratual e com obrigação de meio. Aborda-se os casos excepcionais, como nas cirurgias estéticas, em que a responsabilidade civil é contratual, mas com obrigação de resultado. Finaliza-se este capítulo com a abordagem da responsabilidade civil médica empresarial.

1.1 A luta pelo direito e os fundamentos epistemológicos para o estudo da responsabilidade civil

O Direito não é fenômeno imutável; ao contrário, a dinamicidade pela qual se reveste é o motivo pelo qual se justifica o estudo de seu desenvolvimento ao longo da história. Como

produto complexo das relações humanas em sociedade, para tecer considerações sobre determinado instituto é necessário voltar os olhos, em primeiro lugar, para sua evolução legislativa, a fim de compreender, ao menos em linhas gerais, qual sua origem e os principais aspectos que revestem sua evolução.

O objetivo desse olhar inicial para o desenvolvimento histórico do objeto de estudo, especificamente no caso para a evolução legislativa da responsabilidade civil, é definir quais são os parâmetros atuais de sua aplicação social, bem como elucidar a complexidade do referido instituto na contemporaneidade. Entende-se que a responsabilidade civil médica é uma construção, desenvolvida ao longo de anos, e não uma invenção da sociedade atual.

Além disso, considerando ainda que nenhum fato social é acabado, mas sim que continua a se desenvolver no tempo e espaço, a análise dos principais momentos históricos, a definição de seus pressupostos de aplicação, bem como o exame prático do contexto atual fornecem elementos agregadores para construção do conhecimento e desenvolvimento do mesmo. Como produto da atividade humana, o Direito tem como um de seus principais objetivos a pacificação social através da resolução de conflitos.

A batalha pelo direito concreto é provocada pela violação ou usurpação do direito legal, que não está isento de perigo (IHERING, 2012, p. 69). Para o autor, a questão é de afirmação da pessoa e do seu sentimento de direito. Não é apenas o interesse no dinheiro que move a pessoa cujos direitos foram infringidos a iniciar um processo judicial, mas a dor moral pelo mal que lhe foi causado (IHERING, 2012, p. 74).

O que está em jogo, muitas vezes, é o sentimento de direito legal, que parece uma questão de caráter (IHERING, 2012, p. 76). A lei, neste contexto, deve permitir que cada um faça a escolha de afirmar seu direito ou de abandoná-lo – apesar de entender que abandonar um direito é entrar em conflito com a essência da lei (IHERING, 2012, p. 77). E continua:

Se fosse possível que essa opinião se tornasse uma opinião geral, a própria lei em si se destruiria, já que a lei, para existir, demanda que haja sempre uma resistência humana ao errado – aqueles que pregam essa opinião dizem que a lei deve-se afugentar como um covarde diante do que é errado. A essa opinião eu me oponho com o princípio: resistência à injustiça, a resistência ao errado em frente ao domínio à lei, é o dever de todos que têm direitos legais com eles mesmos – é um mandamento da autopreservação moral, pois essa resistência deve, para que a lei se afirme, ser universal. (...) A batalha pelo seu direito é um dever da pessoa cujos direitos foram violados para com ela mesma (IHERING, 2012, p. 78-79).

Neste sentido, para que a lei se afirme, é preciso os indivíduos busquem os direitos legais, já que são os legitimados para tanto. Na sequência, obtempera o autor que este é dever

de todos, bem como que o equilíbrio da sociedade só é possível através das lutas sociais. As normas não são imutáveis, pelo contrário: elas se adaptam aos anseios da sociedade. As leis foram entabuladas através de batalhas, o que justifica a afirmação inicial do autor, de que devemos sempre buscar nossos direitos.

A obrigação de lutar pertence a cada um e não a terceiros, uma vez que a luta é parte integrante do direito, condição inerente à sua própria ideia. Esta luta é o meio de obter a paz e cabe tão somente ao indivíduo correr atrás da própria justiça. Aqui, mais uma vez, trata-se de obrigação e não de faculdade, tendo em vista que a justiça só será alcançada quando cada membro da sociedade fizer sua parte, fazendo com que a luta pelo direito seja abrangente.

O direito considerado como força viva, para além de uma teoria pura, é o instrumento que o indivíduo tem para defender a justiça e promover a paz. Neste sentido, a responsabilidade civil surge e desenvolve-se como meio de defender e reprimir o ilícito ou, ainda, como forma de compensar um dano. Nada mais é, portanto, do que um meio, um instrumento, criado pelo homem para lutar pelo seu direito, aqui compreendido em sua acepção ampla.

A luta pelo direito é extensa e, por este motivo, envolve inclusive aspectos procedimentais. Para além da luta por um objetivo considerado justo, é preciso, também, lutar por uma forma de proteger tal desígnio. Assim, a luta também é pelo meio e não somente pelo resultado. A justiça encontra-se, de igual modo, na forma pelo qual o indivíduo luta pelo direito. Não há resultado justo quando a forma pela qual se luta é injusta.

Assim, na busca pelo direito, reconhece-se a existência de *mínus* legitimamente considerado, que foi descumprido ou violado por alguém que tinha determinada obrigação. Também é certo que, no campo do direito privado, o descumprimento ou violação de preceito gera para a vítima a pretensão de ser compensada pelo dano sofrido.

Para Caio Mário, enquanto a “obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral” (PEREIRA, 2018, p. 13). Contudo, quando o objetivo é efetivamente reparar o dano, pertence ao ramo do Direito, dando início a construção da responsabilidade civil.

Para Carlos Alberto Bittar, a teoria da responsabilidade civil fundamenta-se no princípio *neminem laedere*, “justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas” (BITTAR, 2015, p.20). Quando há dano injusto na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, imposta naturalmente pela vida em sociedade em razão da própria existência e “para desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado” (BITTAR, 2015, p.20). Quando ilícitas ou antijurídicas, as

investidas no circuito de bens ou valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, de modo que deve o Direito restaurar o equilíbrio rompido (BITTAR, 2015, p.20).

Segundo Sérgio Cavalieri, “a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 02). Sendo assim, para o autor, há um dever jurídico originário (ou primário) cuja violação gera um dever jurídico sucessivo (secundário). Este último é o dever de indenizar o prejuízo, ou, em outras palavras, é o dever jurídico de reparação do dano.

Neste contexto surge a ideia de responsabilidade civil, que nos remete à ideia de obrigação, incumbência, dever. Para José de Aguiar Dias, a palavra responsabilidade

contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano. Dizer que responsável é aquele que responde e, portanto, que responsabilidade é a obrigação cabente ao responsável é, além de redundante, insuficiente, porque, por aí, a definição, permanecendo na própria expressão verbal que se pretende aclarar, não dá solução ao problema que se quer resolver, a começar pelos conceitos. [...] É lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado (DIAS, 2011, p. 19).

Cavalieri define responsabilidade civil como “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 02). Esta definição é importante para que se faça a devida distinção entre obrigação e responsabilidade:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. [...] Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente. (CAVALIERI, 2012, p. 02-03)

Para Flávio Tartuce (TARTUCE, 2015, p. 446), a responsabilidade civil “surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

A primeira consideração, portanto, é que sem a violação de determinada obrigação, preexistente, não há que se falar em responsabilidade, porque de um dever decorre outro (quando o primeiro é descumprido). Em segundo lugar, o ato ilícito é fonte de obrigação, sendo que dele nasce o anseio de lutar pelo que é seu de direito, o que nos remete às considerações de Ihering da Luta pelo Direito.

A obrigação de indenizar é resultado da violação de uma obrigação primitiva e a responsabilidade civil foi o instituto pelo qual o Direito organizou e desenvolveu ao longo de anos para tornar prática, possível e justa a luta por uma pretensão jurídica. Volta-se, pois, a Ihering, que ensina que o direito nasce dos fatos – *facto jus oritur*. Cabe aqui a consideração de que não é qualquer fato social que enseja a luta pelo direito, mas somente o fato que tem repercussão jurídica.

São Tomás de Aquino, quando fala sobre restituição na Suma Teológica, leciona que quando não é possível dar uma compensação equivalente, deve-se recompensar o que for possível. Importantes são as lições do autor sobre responsabilidade civil:

A restituição, como já dissemos, é um ato de justiça comutativa, a qual supõe uma certa igualdade. Por onde, restituir implica em tornar a entregar a coisa que foi injustamente tirada; e, assim, sendo de novo restituída, a igualdade se restabelece. O que foi, porém, tirado justamente daria lugar a uma desigualdade se fosse restituído, porque a justiça consiste numa igualdade. Ora, observar a justiça sendo de necessidade para a salvação, é consequente que seja de tal necessidade restituir o que foi injustamente tirado. [...] Portanto; quando o que foi tirado injustamente não é susceptível de restituição por igualdade, deve-se dar uma compensação tanto quanto possível. Assim, quem privou a outrem de um membro deve recompensá-lo pecuniariamente ou por alguma honra, consideradas as condições de ambas as pessoas, conforme o arbítrio de um homem prudente. (AQUINO, 2001, p. 2131)

Independente do fundamento que a responsabilidade civil, certo é que se deve localizar a matéria, para iniciar seu estudo, na parte geral do direito codificado. Realça-se seu aspecto obrigacional, no sentido de reparação do dano por meio de certa compensação patrimonial. Como elucidado pelo autor, a um dano causado injustamente corresponde uma obrigação de reparar, dada sua qualificação de injusto.

Neste ponto, insta esclarecer em que área se situa a responsabilidade civil na Teoria Geral do Direito. Cavalieri considera fatos jurídicos aqueles que têm relevância jurídica. Dentro desta categoria ampla, temos os fatos naturais (acontecimentos da natureza) e os fatos voluntários (condutas humanas). Os fatos voluntários dividem-se entre atos lícitos (de acordo com o Direito) e atos ilícitos (contrários ao Direito). Os atos lícitos são subdivididos entre atos

jurídicos e negócios jurídicos. Já os atos ilícitos podem ser civis ou penais (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 13)

No mesmo sentido, Flávio Tartuce assim propõe: fatos são qualquer ocorrência e pode ser relativos ao Direito, caso que serão classificados como fato jurídico lato sensu (ou em sentido amplo), ou em fatos não jurídicos (TARTUCE, 2015, p. 190). Os fatos jurídicos em sentido amplo dividem-se em fato natural ou fato jurídico stricto sensu (ou em sentido estrito) ou, quando neles presente o elemento volitivo, em fato humano ou fato jurígeno. Os fatos naturais são divididos entre ordinários e extraordinários. Já os fatos humanos ou jurígenos subdividem-se entre ato lícito e ato ilícito (que pode ser penal, civil ou administrativo). Os atos lícitos são também descritos como ato jurídico lato sensu ou em sentido amplo e, quando há composição de interesses são negócios jurídicos e, quando produzem efeitos legais, são atos jurídicos stricto sensu.

Nota-se, portanto, que para os dois grandes autores mencionados o estudo da responsabilidade civil está inserido no estudo dos atos ilícitos. Para Flávio Tartuce (2015, p. 447), a partir do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil também é baseada no abuso de direito, além do ato ilícito.

Desta forma, com objetivo de orientar o estudo que será desenvolvido nos próximos capítulos sobre responsabilidade civil médica nos casos de *wrongful conception* (“concepção indevida”, *wrongful birth* (“nascimento indevido”) e *wrongful life* (“vida indevida”), propõe-se a divisão feita pelos referidos autores, que classificam responsabilidade civil em extracontratual e contratual.

Destaca-se, ainda, que para Flávio Tartuce há uma tendência de unificação da responsabilidade civil, como consta, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, que não faz a divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual (TARTUCE, 2015, p. 446).

Por fim, em termos de classificação, a responsabilidade civil extracontratual divide-se em subjetiva e objetiva. Em relação à responsabilidade civil contratual, esta pode ser com obrigação de meio ou com obrigação de resultado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14). Adota-se esta teoria como o marco teórico deste trabalho.

A luta pelo direito é a própria essência deste e ao Estado cabe o papel da manutenção da ordem jurídica. Como bem assevera Ihering (IHERING, 2012, p. 150), a ideia da justiça é inseparável da ideia de responsabilidade. Desde as primeiras disposições jurídicas sobre o tema

da responsabilidade civil, depara-se com princípios e provisões que continuam presentes nos ordenamentos ainda hoje.

Porém, é certo que a matéria evoluiu com o passar dos anos e hoje a ideia de responsabilidade que temos assumiu novos moldes, principalmente com o reconhecimento do princípio da dignidade humana. Além da reparação, o direito também se preocupa atualmente com a prevenção ao ilícito, de forma a evitar que ocorra o dano.

Voltar ao passado de forma a analisar a evolução histórica de determinada matéria nos ajuda na compreensão do instituto, para, após, procedermos à análise de sua aplicabilidade nos casos concretos. Além disso, para o estudo dos casos concretos, é preciso que se faça, anteriormente, a análise dos elementos constitutivos da responsabilidade civil.

1.2 Breves noções históricas da Responsabilidade Civil

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos buscam, cada vez mais, ampliar o dever de indenizar, com objetivo de que cada vez menos danos sejam irressarcidos. Contudo, nem sempre coube ao Estado a elaboração de normas técnicas para a solução destes conflitos sociais. Houve um tempo, no qual vigorava a retaliação, em que o poder público não era reconhecido, nem legitimado, a cominar penas ou definir indenizações diante de atos humanos injustos.

Neste primeiro estágio de evolução histórica da responsabilidade civil, bastava que a ação ou omissão gerasse prejuízo à vítima para que esta buscasse a responsabilização do causador do dano. A ação lesiva do ofendido era exercida mediante vingança privada ou coletiva, na qual o ofendido, no primeiro caso, ou o grupo, no segundo, reagia contra o agressor como forma de punir a ofensa. Assim:

O sentimento de justiça acompanha o ser humano desde os tempos primitivos; também o de revolta ante a prática de hostilidades, de condutas que desrespeitam a sua incolumidade física, moral ou patrimonial. Em tempos imemoriais, as reações às várias formas de agressões ou danos eram imprevisíveis. Não havia critérios a serem observados. O revido se achava consagrado nos costumes e se fazia de acordo com a ira e na medida das forças da vítima ou de pessoa a ela ligada. Era a vingança pessoal ou *faida*, cujo princípio foi adotado amplamente pelos visigodos, que o levaram a Portugal. A justiça praticada era inteiramente privada. (NADER, 2016, p. 81)

Com o passar do tempo, a vingança converteu-se em direito das vítimas ou dos familiares destas e passou a ser legitimada pelo poder público. O estudo da responsabilidade

civil regulamentado pelo Estado possui antecedentes romanos, em época relativamente recente da história do Direito. Segundo Venosa:

O famoso princípio da Lei do Talião, da retribuição do mal pelo mal, “olho por olho”, já denota uma forma de reparação do dano. Na verdade, o princípio é de natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. A sociedade primitiva reagia com violência. O homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico. (VENOSA, 2013, p. 30)

A responsabilidade civil em Roma passou a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público, sintetizada pela ideia do “olho por olho, dente por dente”. O dano causado provocava uma reação “imediata, instintiva e brutal”, segundo Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014, p. 18). A Lei de Talião nada mais foi do que a regulamentação, pelo Estado, neste contexto de vingança privada como resposta ao mal causado por um indivíduo. O poder público passou a impor regras e limitações, apesar de não haver distinção entre a responsabilidade civil e penal, sendo que somente a partir da idade média houve preocupação neste sentido.

Este período denomina-se “composição”, no qual o prejudicado percebia vantagens e conveniências em substituição à vingança. A composição era uma espécie de “compensação” pelo crime e consistia no pagamento de bens ou valores em troca do perdão do dano causado. Neste momento histórico tem-se, pela primeira vez, a substituição da pena pelas próprias mãos pela pena de reparação econômica. A composição está presente no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas:

Da fórmula simétrica, evoluiu-se para a fase da composição, mais humana e racional. Inicialmente houve a composição voluntária, quando os lesados estipulavam o resgate (poena), que se fazia mediante o pagamento in natura ou por certa importância em dinheiro, dando as partes por encerrado o litígio. Com o pactum, cujo vocábulo se associava à paz e não à convenção, cessavam as hostilidades. [...] À fórmula unilateral da composição voluntária, seguiu-se a da composição tarifada, objetiva e independente da vontade das partes. Não cabia a vítima definir a prestação a ser dada pelo ofensor, pois, para cada tipo de infração, a lei fixava a forma de reparação, a tarifa (NADER, 2016, p. 82-83)

O legislador, ao exercer sua autoridade soberana, vedou à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. Além disso, surgiu o princípio segundo o qual a pessoa do ofendido não responderia mais por suas dívidas, mas sim seu patrimônio. Posteriormente, a composição passou a ser obrigatória, além de tarifada (GONÇALVES, 2014, p. 18). Continua o autor dizendo que “o Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva

passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.” (GONÇALVES, 2014, p. 18).

Foi com o surgimento da *Lex Aquilia*, extraído do sistema romano de responsabilidade, que passou a existir o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente (VENOSA, 2013, p. 31). A culpa aquiliana inaugura a responsabilidade extracontratual fundada na culpa:

A Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danoso ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos. A ideia de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação. Em princípio, a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo. (VENOSA, 2013, p. 31)

Desta forma, o Estado passou a possuir definitivamente o *ius puniendi*, acolhendo a função de punir os ofensores da ordem jurídica. Como consequência desta prática houve o surgimento da ação de indenização derivada da responsabilidade civil. A Lei de Aquilia aplica a culpa do causador do dano na obrigação de indenizar, sendo a medida para indenização do ofendido. Encontra-se o aperfeiçoamento da responsabilidade civil em toda Europa Medieval, especialmente no direito francês que,

Aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência. (GONÇALVES, 2014, p. 19).

A noção de culpa, com o passar do tempo, sofreu profunda transformação, sendo a partir do século XVII, ampliado o conceito da *Lex Aquilia*. A teoria da reparação de danos passou a ser compreendida a partir da noção de que o fundamento da responsabilidade civil se encontra na ruptura do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Importante destacar que foi a partir desse momento que se retirou o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a ideia de dano.

Em resumo, a evolução histórica da responsabilidade civil desenvolveu-se em torno da ideia de reparação, pelo ofensor, de um dano causado a alguém. Hoje, o estudo da responsabilidade civil situa-se no campo do direito obrigacional, ramo do direito civil.

Além disso, há na atualidade uma tendência a se desvincular a ideia de responsabilidade da ideia de culpa (FIUZA, 2004, p. 09). Segundo o autor,

O núcleo da responsabilidade transmigra do autor do dano (culpa) para vítima (dano). O fundamento dessa mudança é a dignidade humana, consagrada no art. 1º, III da Constituição da República [do Brasil]. Como visto, ninguém poderia, em tese, sofrer danos injustamente e não ter direito à reparação, a não ser que o dano não possa ser imputável à conduta de alguém. (FIUZA, 2004, p. 09)

No desenvolvimento histórico das instituições jurídicas constata-se que a mudança é permanente, tendo em vista a necessidade de aperfeiçoamento das leis aos fatos de cada época, considerando ainda o surgimento de novas condições, o desenvolvimento social, progresso e até mesmo na mutação dos valores éticos. Vários são os fatores que induzem modificações na ordem jurídica, desde a ciência, com o desenvolvimento da tecnologia, bem como fatores históricos e sociais e, até mesmo, as contribuições filosóficas que dizem respeito ao ser humano. A ideia de que os danos devem ser reparados está presente desde o início da vida em sociedade; todavia, por grandes mudanças passaram os critérios de avaliação dos danos, bem como as formas de ressarcimento.

O fundamento da responsabilidade civil continua o mesmo desde sempre: *alterum non laedere* (“não lesar outrem”) (NADER, 2016, p. 93). As transformações pelas quais tal instituto vem passando pautam-se na luta pelo direito, corroborando com o valor fundamental da justiça. A legislação atual satisfaz, de modo geral, o anseio legítimo da busca pela justiça. Contudo, não cabe afirmar que o tema está esgotado e, muito menos, que alcançou sua definitividade. Ao contrário, assume-se a necessidade de ampliar os horizontes da responsabilidade civil, para que sejam reconhecidas pelo ordenamento jurídico situações ainda não previstas, a fim de promover maior legitimidade ao direito e pacificação social.

1.3 Sistema de responsabilidade civil brasileiro

No Brasil, a responsabilidade civil também passou por vários estágios de desenvolvimento, levando em consideração as várias modificações na legislação pátria. Hoje,

as normas atinentes ao direito das obrigações inauguram a parte especial do Código Civil, expressas entre os artigos 233 e 420 deste diploma legal.

A legislação civil brasileira possuiu, desde o início, caráter liberal, individualista e patrimonialista, voltando os olhos precipuamente para a proteção do patrimônio da pessoa. Desde a colonização pelos portugueses, o Brasil adotou as Ordenações do Reino de Portugal para reger as relações privadas. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “as ordenações do Reino, que vigorara no Brasil colonial, confundiam reparação, pena e multa” (GONÇALVES, 2014, p. 19). Além disso, inicialmente a reparação civil era condicionada à condenação criminal:

O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros. (GONÇALVES, 2014, p. 19)

O Direito Civil brasileiro, anterior ao Código de 1916, não era constituído por um sistema, fato que dificulta a análise dos seus institutos. As Ordenações Filipinas em vigor eram insuficientes para disciplinar os fatos e acontecimentos, motivo pelo qual os juristas da época recorriam a fontes subsidiárias, como os costumes.

A responsabilidade aquiliana, entre nós, era regida por disposição semelhante à do art. 1.832 do *Code Napoléon*, localizada no art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841 e arts. 21 e 22 do Código Criminal de 1830. Os danos causados à pessoa ou bens de outrem, mediante dolo ou culpa, leve que fosse, obrigavam o ofensor a conceder à vítima a plena reparação. Se os danos fossem provocados por mais de uma pessoa e não se pudesse identificar cada parcela de culpa, cada qual respondia por todos e todos por um, consoante disposição da *Lex Aquilia*, aplicável à espécie. (NADER, 2016, p. 88)

Este cenário perdurou até 1916, quando foi promulgado o primeiro Código Civil no país, projeto elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua. O diploma normativo filiou-se a teoria subjetiva da responsabilidade civil, na medida em que exigia prova da culpa do agente causador do dano e a presunção em determinados casos (como nos artigos 1.527, 1.528 e 1.529).

Carlos Roberto Gonçalves atribui ao surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas (GONÇALVES, 2014, p. 20). O autor refere-se à teoria do risco, elaborada no final do século XX, especialmente por juristas franceses, que prevê a responsabilização do agente causador do dano independentemente da culpa.

A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, do qual nasce a obrigação de indenizar, cujo objetivo é colocar a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato danoso. A responsabilidade civil objetiva inova ao não exigir a comprovação da culpa do agente que causou o dano para que este seja reparado.

Sendo assim, o Código Civil de 2002, através do artigo 927 e seu § único, reconheceu no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva. Independentemente de culpa, há a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Apesar da inovação, o Código Civil manteve a previsão, nos artigos 186 e 187, da responsabilidade civil subjetiva, que gera o dever de indenizar por aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem. Da mesma forma, também se configura ato ilícito com o dever de indenizar o dano o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, o Código Civil brasileiro tem como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, tendo como fundamento a culpa, mas, ao mesmo tempo, acolheu a teoria do risco para determinados casos, impondo a responsabilidade objetiva do agente causador do dano.

1.3.1 Responsabilidade civil extracontratual subjetiva

O artigo 186 do Código Civil preceitua que a culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. A ação ou omissão do agente deve ser voluntária, negligente ou imprudente. Além de ter procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo), para que haja obrigação de indenizar é preciso que o agente causador do dano tenha agido expressamente como preceituado no referido artigo do Código Civil.

No entanto, não há unanimidade doutrinária em relação aos elementos estruturais da responsabilidade civil ou os pressupostos do dever de indenizar. A doutrina ainda considera a culpa genérica como dever de indenizar, como regra geral. Tartuce também se filia a esta tese, pois considera como elementos da responsabilidade civil: a) conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexo de causalidade e d) dano ou prejuízo (TARTUCE, 2015, p. 465).

Para Carlos Roberto Gonçalves, agir com culpa significa o agente atuar em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito (GONÇALVES, 2014, p. 213). Além

disso, é imprescindível que, considerando as circunstâncias da situação, que o agente não pudesse ou devesse ter agido de outra forma:

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *latu sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*. (GONÇALVES, 2014, p. 214)

Sobre o juízo de reprovação da culpa, entende o autor que esta implica na violação de determinado dever de diligência, ou seja, na violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção de medidas capazes de evitá-los (GONÇALVES, 2014, p. 214). Essa culpa, ora denominada culpa aquiliana, demanda como critério para aferição a diligência exigível do agente. O professor continua suas lições dizendo que se deve comparar o comportamento do agente com o do *homo medius*, o qual ele classifica como homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.

Sobre o assunto, Sérgio Cavalieri Filho entende que o dever de cuidado deve ser objetivo. Isto quer dizer que no grau de diligência ou cautela exigível deve ser levado em conta os conhecimentos e a capacidade ou aptidão exigível das pessoas. Diferentemente de Carlos Roberto Gonçalves, para este professor o padrão de conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 34). Exemplificando, deve-se considerar as características particulares do caso, como o médico cujo caso não está em sua especialidade: neste caso, deve abster-se da prática dos atos que não estejam em suas aptidões. Continua:

O ponto de partida da culpa, portanto, a sua *ratio essendi*, é a violação de uma norma de conduta por falta de cuidado; geral, quando contida na lei; particular, quando consignada no contrato, mas sempre por falta de cautela. E a observância dessa norma é fator de harmonia social. (CAVALIERI, 2012, p. 35)

A teoria subjetiva do ordenamento civil pátrio prevê, como regra geral, que para obter a reparação do dano, deve-se provar dolo ou culpa *stricto sensu* do seu causador. A culpa prevista pelo Código Civil engloba o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência (GONÇALVES, 2014, p. 213). Logo, será o agente autor do dano responsabilizado por sua atitude ou sua omissão, ainda que o evento danoso não tenha sido diretamente desejado por ele,

bastando a prova de que ele deveria ter tido conduta diversa na situação ensejadora do dano, quando comparado com o homem médio.

A culpa no Código Civil abrange o dolo, que consiste na violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico (GONÇALVES, 2014, p. 214). No dolo, a conduta já nasce ilícita, tendo em vista que a vontade do agente se dirige à concretização do resultado antijurídico, diferentemente da culpa em sentido estrito, que possui resultado ilícito. A diferença, pois, está no momento do juízo de desvalor: no caso do dolo, está na origem; na culpa em sentido estrito, está no resultado (GONÇALVES, 2014, p. 214).

Em relação à culpa *stricto sensu*, pode-se dizer que ela existe como consequência da inobservância de um dever jurídico preexistente. A inobservância do dever geral de cautela ou de cuidado, que gera um evento danoso, produz, como consequência, o dever de indenizar. Sendo assim, o ponto nuclear da culpa (negligência, imprudência ou imperícia) está na violação de uma norma de conduta por falta de cuidado. Assevera, por fim, o autor que não se pode exigir do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum (GONÇALVES, 2014, p. 214).

Em relação ao resultado culposo, caso seja involuntário (no caso da culpa em sentido estrito), o resultado deve ser ao menos previsível pelo agente. Trata-se de limite mínimo da culpa, sua previsibilidade. O agente não pode ser responsabilizado caso o fato seja imprevisível, porque nessa hipótese o sujeito não deu causa ao resultado. Para Carlos Roberto Gonçalves, a culpa em sentido estrito divide-se da seguinte forma:

A culpa *stricto sensu* ou *aquiliana* abrange a imprudência, a negligência e a imperícia. Imprudência é a precipitação ou ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. E imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato. (GONÇALVES, 2014, p. 215)

Assim, afirma que imprudência é conduta positiva, consistente em determinada ação da qual o agente deveria abster-se. Inclui-se, na imprudência, as condutas precipitadas que geram dano. A negligência, por sua vez, consiste em conduta omissiva, no sentido de não serem tomadas as precauções necessárias de acordo com a natureza da obrigação e circunstâncias do caso. Já a imperícia é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função (GONÇALVES, 2014, p. 215).

A culpa *lato sensu* ainda pode ser considerada como grave, leve ou levíssima. A doutrina equipara a culpa grave ao dolo nos seus efeitos e consiste quando não há previsão do que seria

previsível. Decorre de violação mais séria do dever de diligência que se exige do homem mediano, é a que resulta de uma negligência extremada. Em relação à culpa leve, esta ocorre quando a falta poderia ser evitada com atenção ordinária. Por fim, a culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária (2014, p. 215).

A divisão de graus da culpa é feita doutrinariamente, sendo que o Código Civil não faz diferenciação alguma. Logo, ainda que a culpa seja levíssima, de acordo com a doutrina, ainda assim o agente deverá ser responsabilizado e existirá para ele a obrigação de indenizar. O valor da indenização leva em consideração a extensão do dano e não pelo grau da culpa.

Outra classificação que se faz em relação à culpa em sentido amplo é a divisão entre contratual e extracontratual, de acordo com a natureza do dever violado. Quando este for geral ou genérico, de acordo com o artigo 186 do Código Civil, a culpa será extracontratual. Outrossim, quando o dever violado fundar-se em relação jurídica obrigacional preexistente, a culpa será contratual, nos termos do artigo 389 do mesmo diploma legal.

Destaca-se que a classificação mencionada, em relação à culpa, foi proposta pelo professor Carlos Roberto Gonçalves quando abordou em sua obra os elementos essenciais da responsabilidade civil, após tratar da ação ou omissão do agente na responsabilidade extracontratual e contratual, e antes de falar sobre o dano. Não se confunde com a classificação da responsabilidade civil de Cavaliere (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 21), que dividiu o estudo entre responsabilidade civil extracontratual e contratual.

Para Sérgio Cavaliere Filho, a culpa em sentido amplo abrange toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou não intencional, como no caso da culpa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 31). Também observa o autor, assim como Carlos Roberto Gonçalves, que tanto do dolo, como na culpa há conduta voluntária do agente, sendo que no primeiro caso o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante e no segundo a conduta nasce lícita, mas torna-se ilícita a partir do momento que desvia dos padrões socialmente adequados.

Sérgio Cavaliere Filho, ainda, prevê o conceito de culpa em sentido estrito que orienta o estudo dos próximos capítulos. Sinteticamente, culpa é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 33). A dificuldade que acompanha a teoria da culpa na responsabilidade civil é precisamente a caracterização desse dever ou diligência que, por vezes, não coincide com a violação da lei.

Além da culpa, é preciso estudar também a conduta, pois pressuposto da responsabilidade extracontratual subjetiva. A culpa, como visto, adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. O dever de reparação decorre da conduta humana culposa, que causa dano a outrem. Por conduta entende-se a ação (conduta positiva) ou a omissão (conduta negativa).

Para Tartuce, a regra é a ação ou conduta positiva; já para configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada (TARTUCE, 2015, p. 465). Neste sentido, para os casos de omissão é imprescindível a demonstração de que caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Além da conduta ser culpável, foi visto anteriormente no estudo da culpa, que a conduta deve ser reprovável. Isso significa dizer que o agente deve ter entendimento e autodeterminação ou, em outras palavras, deve ser imputável. Diante disso, chega-se à conclusão de que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido amplo, mas também da própria responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 27).

Viver em sociedade impõe ao homem certos limites, sendo um deles a conduzir-se de modo a não causar dano a outrem. Como visto, é a inobservância deste dever de conduta que a torna culposa. O fato de o agente dever e poder ter agido de outra forma, de acordo com as circunstâncias do caso é o juízo de reprovabilidade da conduta do agente. Em síntese, para caracterização da conduta culposa, basta analisar qual o comportamento devido àquela situação particular, considerando as regras de diligência. Basta confrontar a conduta assumida com o padrão geral de conduta adequado para o caso, analisando se estão presentes conduta voluntária com resultado involuntário, previsão ou previsibilidade e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Além do estudo da culpa e da conduta, é preciso também proceder à análise do nexo causal, pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Trata-se da verificação no caso se o agente deu causa ao resultado danoso por meio de sua conduta. Para Tartuce, é a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém (TARTUCE, 2015, p. 474).

No direito pátrio, na seara civil, adota-se a teoria da causalidade adequada. Desta maneira, somente aquela condição que foi mais adequada a produzir concretamente o resultado será prevalente. O artigo 403 do Código Civil nos permite chegar a esta conclusão quando, em

sua parte final, dispõe que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato” (BRASIL, 2002).

As causas de exclusão do nexo de causalidade, também conhecidas como causas de exclusão de responsabilidade são importantes na medida em que ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa. Não há dever violado quando não foi possível ter o comportamento devido no caso concreto. São hipóteses de exclusão do nexo causal o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo da vítima ou de terceiros.

Para finalizar o estudo da responsabilidade extracontratual subjetiva, devemos tecer considerações sobre o dano. O artigo 927 do Código Civil prevê expressamente que o dever de reparar pressupõe o dano. Assim sendo, sem o dano não há que se cogitar em indenização devida.

Diferentemente do direito penal, na esfera civil não há crime de mera conduta. O dano é pressuposto intrínseco da responsabilização civil. Para Sérgio Cavalieri, a indenização sem dano importa no enriquecimento ilícito:

Enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que se ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77)

O referido autor continua suas lições classificando os tipos de danos. Dano pode ser patrimonial ou material, entendido como aquele que atinge o patrimônio da vítima. Dano emergente ou positivo é aquele que produz imediata diminuição no patrimônio do ofendido em razão do ato ilícito; é aquilo que efetivamente perdeu (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

Quando o ato ilícito produz efeitos mediatos ou futuros, reduzindo ganhos ou impedindo lucros, entende a doutrina serem devidos os chamados lucros cessantes. O lucro cessante é, pois, a indenização devida pela perda de ganho esperável, na frustração de expectativa de lucro ou na diminuição potencial do patrimônio da vítima (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79). Neste ponto, convém mencionar a teoria da perda de uma chance, caracterizada quando “uma pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, como expõem os autores citados, essa chance deve ser séria e real” (TARTUCE, 2015, p. 509).

Esta teoria vem sendo aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira, mas ainda não de forma uniforme. Este instituto será de grande importância para conclusão deste trabalho, após a análise dos casos de responsabilidade civil nas hipóteses de *wrongful conception* (concepção indevida), *wrongful birth* (nascimento indevido) e *wrongful life* (vida indevida) nos tribunais estrangeiros e da aplicabilidade no direito brasileiro.

Para aplicação da perda de uma chance, é preciso que a chance perdida não seja meramente hipotética. A análise do caso concreto deve pautar-se na verificação do resultado favorável ser razoável e de que não se configura em mera possibilidade. É preciso descartar as hipóteses meramente eventuais, as suposições ou apenas desejos. Leva-se em conta as oportunidades perdidas e não probabilidades diversas.

O exame da matéria diante do caso exige bastante cautela, tendo em vista variadas possibilidades que existem no mundo real. A hipótese de aplicabilidade desta teoria reside no fato de ser indenizável aquilo que é quase certo e não o improvável. Cavalieri ensina que:

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82).

Destaca-se, nesta oportunidade, que a indenização é devida pela perda da oportunidade de obter determinada vantagem, possível de ser auferida no caso, e não pela perda da própria vantagem. Importante a distinção entre o resultado não alcançado e a possibilidade de atingir determinado resultado.

Várias são as questões decorrentes da aplicação desta teoria na prática, como o valor da indenização pela perda da chance e a qual tipo de dano ela se aplica. Além disso, por ser instituto recente na jurisprudência brasileira, muitas questões ainda são suscitadas e não respondidas, nem mesmo pela doutrina pátria.

Cavalieri quando trata do tema fala brevemente sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance à atividade médica, o que muito interessa para o desenvolvimento de nosso trabalho:

A teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não da continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência. Em última instância, o problema gira em torno do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. [...] A omissão médica, embora culposa, não é a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 86)

Na mesma linha assevera Carlos Roberto Gonçalves, ao aduzir que mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível (GONÇALVES, 2014, p. 184). Retornar-se-á ao estudo da perda de uma chance, especificamente na área da medicina e relacionada à escolha reprodutiva, no capítulo 2, item 2.5.

Até o momento, foram vistos os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil extracontratual subjetiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro: culpa em sentido amplo, dano, conduta e nexo causal. Passa-se agora ao estudo da responsabilidade civil extracontratual objetiva.

1.3.2 Responsabilidade civil extracontratual objetiva

A responsabilidade objetiva, também conhecida como responsabilidade pelo risco, tem como pressupostos a conduta, o dano e o nexo causal. A diferença, logo, está que não é necessário o elemento culpa para obrigação de indenizar. A culpa, em sentido amplo, pode ou não existir, mas é irrelevante sua comprovação para o dever de indenizar, desde que estejam presentes dos demais pressupostos.

Sérgio Cavalieri atribui à revolução industrial do século passado, ao progresso científico e à explosão demográfica que nele ocorreram como sendo os principais fatores que ensejaram a evolução da responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 151). O progresso do maquinismo e do desenvolvimento industrial, aliados aos avanços científicos alteraram a economia brasileira, bem como a vida em sociedade. Além disso, destaca-se o aumento da população e o surgimento dos grandes centros urbanos. Foi na área dos acidentes de trabalho que a noção de culpa como fundamento da responsabilidade revelou-se insuficiente. Com a produção mecanizada, aumentou-se o número de acidentes de trabalho e o operário, muitas

vezes, ficava impossibilitado de provar a culpa do patrão. A injustiça que revestia esta situação levou à revisão do fundamento da responsabilidade civil.

Ao longo do século XX foi iniciado o trabalho de revisão da teoria da responsabilidade para atender a transformação social. Segundo a doutrina, os tribunais inicialmente passaram a admitir maior facilidade na prova da culpa. Em seguida, admitiram a culpa presumida, na qual há a inversão do ônus da prova. Em momento posterior, ainda sem abandonar a teoria da culpa, utilizavam da presunção para favorecer a posição da vítima. Nesta etapa, até prova em contrário, o causador do dano era presumivelmente culpado, cabendo-lhe provar que não teve culpa.

A teoria do risco surge, então, a partir desta escala evolutiva, quando os tribunais passaram a admitir a responsabilidade sem culpa em determinados casos. Desde que haja dano e nexo causal, provados pela vítima, há o dever de reparar. A culpa passou ser elemento independente para a referida responsabilização, não sendo cabível sua discussão. Sendo assim, a única forma do causador do dano eximir-se do dever de indenizar seria provar alguma das causas de exclusão do nexo de causalidade.

Foi da França que veio o conceito de risco, bem como a criação desta teoria. Pode-se dizer que risco é o perigo ou a probabilidade de dano, sendo bem-conceituado pelo já mencionado autor: “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152). No mesmo sentido, Paulo Nader assim assevera:

No plano moral, quando alguém provoca danos a outrem, a sua conduta é reprovável apenas se atua culposamente. Na esfera jurídica, nem sempre o plano da consciência é relevante para efeitos práticos de um inadimplemento. Malgrado a sua boa-fé, o agente pode responder por danos causados a alguém; para tanto, é necessária a dispensa da culpa em lei específica ou quando a atividade desenvolvida pelo ofensor implicar, normalmente, a criação de risco. [...] A responsabilidade subjetiva não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Há atividades no mundo dos negócios que implicam riscos para a incolumidade física e patrimonial das pessoas. Com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para salvaguarda das vítimas (NADER, 2016, p. 56/57).

Para esse autor, a teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações. O intuito não é excluir a culpa como critério básico da responsabilidade civil, mas sim favorecer a justiça quando a teoria subjetiva se mostra inoperante. A teoria subjetiva e a teoria objetiva se completam, favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais. (NADER, 2016, p. 58).

No caso da responsabilidade objetiva, o dever jurídico violado é o dever de segurança, imposto pela lei para quem pela situação cria risco para outrem. Quando a atividade gera dano significa dizer que o dever de segurança foi violado, o que importa na conclusão de que a atividade é perigosa e oferece determinado risco.

Diferentemente do Código Civil de 1916, que se assentava fortemente na responsabilidade subjetiva, o Código Civil de 2002 ampliou o alcance da teoria da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico, ao lado do Código do Consumidor. Não quer isso dizer que a responsabilidade subjetiva foi extinta, mas apenas que o Código privilegiou a aplicação da teoria do risco. Contudo, assevera-se que a responsabilidade objetiva só pode ser adotada nos casos previstos expressamente em lei, o que permite afirmar que, apesar de serem várias hipóteses de sua aplicação, ela continua sendo exceção, enquanto a responsabilidade subjetiva é a regra.

1.3.3 Responsabilidade civil contratual

No tópico atinente aos fundamentos epistemológicos para o estudo da responsabilidade civil, foi exposta a classificação entre extracontratual e contratual. Discorreu-se sobre a responsabilidade extracontratual subjetiva e objetiva e passamos agora ao estudo da responsabilidade civil contratual, que pode ser com obrigação de meio ou de resultado.

Asseveram alguns autores, dentre eles Sérgio Cavalieri, que a responsabilidade contratual surgiu como etapa na evolução da responsabilidade subjetiva para objetiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 304). Em determinados contextos, em situações que normalmente aplicar-se-ia a culpa aquiliana verificaram que a obrigação era oriunda de um contrato. A partir desses casos surgiu o conceito de culpa contratual, em substituição a responsabilidade subjetiva.

Os fatores que levaram ao surgimento da responsabilidade contratual são basicamente os mesmos que levaram a evolução da responsabilidade objetiva: a Revolução Industrial, o desenvolvimento da tecnologia, a migração das pessoas para os centros urbanos. O intuito era proteger a vítima, que em muitos casos ficava impossibilitada de provar a culpa para ser indenizada do dano sofrido. A diferença aqui, porém, é que já existia entre as partes vínculo jurídico anterior ao evento danoso, sendo que nessa situação o dever jurídico violado está perfeitamente configurado na relação jurídica.

O vínculo preexistente entre as partes vai de encontro à premissa básica da responsabilidade civil, qual seja de que não há responsabilidade sem violação de dever jurídico anterior, uma vez que o descumprimento de uma obrigação é pressuposto da indenização. A partir disso, estabelece-se que a distinção fundamental entre a responsabilidade contratual e extracontratual está na sede deste dever (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 305). Será hipótese de responsabilidade civil contratual quando o dever jurídico violado estiver previsto em contrato. Ressalte-se que não é a responsabilidade que está no contrato, mas sim a obrigação originária, que foi inadimplida ou violada, gerando como consequência obrigação posterior, consistente no dever de indenizar. Em síntese, Cavalieri leciona que:

[...] responsabilidade contratual é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato. É infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico, a cuja observância ficam adstritos. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 305).

A diferença entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual é mínima, tendo em vista que a ambas se exigem os mesmos pressupostos – conduta, nexo causal e dano. Além disso, os dois casos decorrem da violação de dever jurídico preexistente. Contudo, na solução dos casos concretos, a existência de contrato preexistente torna o exame da matéria diferente. Nos casos em que há um contrato preexistente, basta a análise deste para verificar a obrigação jurídica anterior cuja qual vinculava as partes e os deveres a elas estabelecidos.

A natureza do dever jurídico violado importa em diferenças na solução prática dos casos concretos. Isto porque, quando a fonte de obrigação é da criação de um pacto feito voluntariamente pelas partes, estamos diante de um dever positivo. Ao revés, quando a obrigação deriva de dever estabelecido em lei ou na ordem jurídica, a imposição é negativa, qual seja a de não causar dano a ninguém.

Outra diferença está no ônus da prova em relação à culpa:

Na responsabilidade contratual, a culpa, de regra, é presumida; inverte-se, então, o ônus da prova, cabendo ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida; o devedor terá que provar que não agiu com culpa, ou, então, que ocorreu alguma causa excludente do próprio nexo causal. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 308)

Na responsabilidade extracontratual subjetiva, a regra é a culpa provada, cujo ônus cabe à vítima, em regra. Além disso, temos as hipóteses de responsabilidade extracontratual objetiva, que independe da existência – e consequentemente da prova – da culpa.

Além dos pressupostos básicos já mencionados para configuração da responsabilidade contratual, esta exige ainda a existência de contrato válido. Logo, a primeira análise a ser feita no caso é se existe contrato válido entre as partes. Caso este seja eivado de nulidade, por exemplo, não produzirá seus efeitos.

A eventual nulidade do contrato celebrado entre as partes é fundamental para apuração da responsabilidade, uma vez que ato nulo não importa em obrigação. E, sem obrigação preexistente, sem dever jurídico anterior, não cabe falar em dever jurídico violado passível de indenização.

A existência de contrato válido é, desta maneira, requisito *sine qua non* para caracterização da responsabilidade contratual. Ademais, é necessária a inexecução do contrato, ainda que parcialmente, para caracterização do ilícito. O inadimplemento ou a mora caracterizam o ilícito no caso dos contratos, pois as obrigações assumidas neste devem ser fielmente cumpridas, de acordo com o pactuado. Tanto a obrigação contratual, quanto sua inexecução são fontes de obrigações (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 310). A indenização funciona, nestes casos, como substitutivo da obrigação contratada e não cumprida.

Sobre os outros pressupostos (conduta, nexo causal e dano) da responsabilidade civil contratual, a eles se aplicam as mesmas disposições vistas ao discorrer sobre responsabilidade civil extracontratual. Conclui-se, por fim, que a indenização nos casos de responsabilidade civil contratual será um sucedâneo da obrigação contratual não adimplida.

1.4 Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil médica

Em razão do particularismo de várias profissões, cujo exercício pode oferecer certos riscos aos seres humanos, temos uma disciplina de responsabilidade especial. O erro profissional, em determinadas circunstâncias, pode ser fatal. Diante disso, para exercer determinadas atividades, é necessário preencher certos requisitos, desde a diplomação em curso universitário com habilitação em área específica e inscrição em órgão especial.

O preenchimento destes requisitos, contudo, não desonera o profissional de responder por danos que eventualmente possa causar no exercício da atividade laborativa, por violação a dever que estava profissionalmente submetido. A responsabilidade civil dos profissionais

liberais, em regra, é extracontratual subjetiva, de acordo com o Código do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990, artigo 14, § 4º), o artigo 951 do Código Civil. Especialmente, no que tange à responsabilidade civil médica, de acordo com previsão no Código de Ética Médica - Resolução CFM n.º 1.931/09 (Capítulo III, artigo 1.º e § único), esta também é extracontratual subjetiva, ou seja, pessoal e não admitindo presunção.

O estudo da responsabilidade civil profissional é realizado separadamente por atividade laborativa, considerando que cada qual possui sua particularidade e, em consequência, disposições próprias a respeito do tema. A responsabilidade civil médica tem sido objeto de debate doutrinário há muito tempo, desde sua natureza jurídica, até as consequências práticas das ações de responsabilidade civil.

Insta esclarecer que a responsabilidade civil médica se divide, para fins didáticos, entre responsabilidade pessoal do médico, decorrente da prestação de serviço pessoal como profissional liberal, e da responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços de forma empresarial (hospitais, clínicas, laboratórios). Além disso, quando há referência à *doença* no desenvolver deste estudo, utilizamos a definição proposta por Paulo Nader, como sendo “qualquer tipo de comprometimento orgânico ou psíquico, não decorrente de envelhecimento, que retire do ser humano a sua plena capacidade” (NADER, 2016, p. 492), bem como o conceito de *dano à saúde*, consistente “na produção de qualquer doença, agravamento desta ou lesão corporal.” (NADER, 2016, p. 492).

1.4.1 Responsabilidade civil do médico

Sobre a responsabilidade pessoal do médico, Sérgio Cavalieri entende que a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente consiste em um contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403). Entende o autor desta forma por considerar que a atividade do médico não é limitada a prestar serviços estritamente técnicos, e inclui assistência como guarda e protetor do enfermo e de seus familiares. Independente da natureza do contrato, a responsabilidade civil médica é contratual, importando saber se a obrigação gerada pela avença é de meio ou de resultado. Em regra, a obrigação do médico é de meio, pois

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os

poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403).

Destas considerações resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva, ou seja, depende da prova da culpa. Desta forma, cabe ao paciente ou aos seus herdeiros demonstrar que o resultado danoso teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico – caracterizadores da culpa.

Diverge a doutrina sobre a aplicação da inversão do ônus da prova. Sérgio Cavalieri e Paulo Nader entendem que a inversão do ônus probatório prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor pode ser adotada nas relações médico-paciente, quando verificar-se que a alegação é verossímil ou hipossuficiente o consumidor. Na mesma linha, segue Carlos Roberto Gonçalves:

A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o médico, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII). Deve ser lembrado, ainda, que a hipossuficiência nele mencionada não é apenas econômica, mas precipuamente técnica. O profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade (GONÇALVES, 2014, p. 173).

Há quem entenda diversamente, como Miguel Kfoury Neto (KFOURI NETO, 2019, p. 89), ao argumento de que de acordo com os artigos 186 e 951 do Código Civil impõem o reconhecimento da responsabilidade subjetiva, bem como que o ônus da prova cabe à vítima.

Em relação à prova da culpa, encontram-se algumas dificuldades, como a matéria ser essencialmente de ordem técnica, sendo certo que os juristas não têm conhecimento científico para apreciação das questões puramente médicas. Destaca Cavalieri, ainda, que os tribunais são severos na exigência das provas, aceitando para responsabilização apenas quando há prova cabal de erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 404). Ainda que o juízo não esteja vinculado à perícia para decisão do caso, dificilmente encontrará outras provas suficientes para responsabilizar o médico.

Além disso, no exame judicial, cabe apenas o exame da conduta do profissional, a fim de verificar se houve, no caso, dano consequente de erro profissional. Não é competência do Judiciário a análise de questões científicas, nem de indicar qual o melhor tratamento para a cura do doente. Sendo assim,

Diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 404-405).

Importante distinção atinente à questão é entre culpa e erro profissional:

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 405).

Para verificação da culpa médica, é indispensável a apuração em específico, considerando todas as circunstâncias do caso, como o avanço tecnológico e o conhecimento científico que o médico tinha à disposição. Será considerado culpado quando era possível chegar a um diagnóstico correto como resultado e este não foi alcançado, gerando dano, tendo em vista sua imperícia, imprudência ou negligência injustificável, diga-se de passagem.

Carlos Roberto Gonçalves entende que os médicos se comprometem a tratar o paciente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, mas não se obrigam a curar o doente (GONÇALVES, 2014, p. 172). Contudo, para se impor a responsabilização à conduta médica, não se exige que a culpa seja grave. Diz o autor que esta severidade é ainda maior no tocante aos médicos especialistas (GONÇALVES, 2014, p. 173). Justifica-se esta exigência tendo em vista que se impõe ao médico que se diz especialista em determinada área o grau especial de habilidade e cuidado que um médico de igual posição teria, sendo afastado o grau normal de habilidade dos praticantes em geral.

A obrigação pessoal assumida pelo médico pode, ainda, ser de dois tipos: de meio ou de resultado. No caso da primeira modalidade, a obrigação estará adimplida quando forem empregados todos os métodos e recursos necessários ao caso. No caso de a obrigação ser de

resultado, o profissional está vinculado ao objetivo para o qual foi contratado, motivo pelo qual somente se considera cumprida a obrigação quando for cumprido exatamente o pactuado.

Como bem ressaltado, quando a responsabilidade civil médica for contratual, em regra, será de meio. Em certas especialidades, todavia, a obrigação é de resultado. É o caso, por exemplo, dos médicos cirurgiões plásticos e dos serviços radiológicos e dos exames de imagem: nestes casos é exigida a correta indicação do estado de saúde do paciente. Sobre o erro de diagnóstico,

Que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje e, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso. (GONÇALVES, 2014, p. 176)

Nestes casos, em que a obrigação é de resultado, não há nenhum privilégio estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Logo, a culpa é presumida, cabendo ao profissional à prova de que os danos alegados não são decorrentes de sua conduta. Especialidades novas, como a reprodução assistida, ainda carecem de firmeza de orientação no sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Outra questão ainda não bem solucionada nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, diz respeito a interdependência das atividades ligadas à saúde. O trabalho de um profissional frequentemente depende da atividade desenvolvida por outro. Nestes casos, as responsabilidades profissionais devem ser analisadas separadamente, não cabendo falar em uma responsabilidade única mitigada pelos profissionais envolvidos, para que não haja insegurança para o paciente nesta relação.

1.4.1.1 O dever de informar do médico

A atividade médica, por sua própria natureza, possui risco inerente; isso quer dizer que é essencialmente perigosa no sentido de produzir riscos inevitáveis, ainda que não haja defeito na prestação do serviço. Além disso, certos tratamentos oferecem efeitos colaterais, mesmo quando prestados com a técnica e a segurança que o exigem.

Ao analisar os riscos inerentes da atividade, os médicos e os hospitais não respondem por estes, tendo em vista que isto inviabilizaria a prática medicinal. Sobre o tema, Paulo Nader ensina que:

A escolha legislativa pela responsabilidade subjetiva foi sensata, pois, se adotada a responsabilidade objetiva, haveria um desestímulo ao tratamento clínico ou cirúrgico de pacientes portadores de doenças graves. Não se trata de privilégio, mas de condição indispensável ao exercício da profissão, que muitas vezes requer coragem do médico diante de um quadro grave a exigir uma decisão imediata quanto ao procedimento a ser adotado. Este, dependendo da urgência, não permite sequer a consulta ao paciente ou aos familiares quanto à conduta exigida. O fundamental é que o médico siga a orientação mais adequada para o caso concreto. A apreciação da qualidade do seu trabalho, em caso de questionamento, deverá considerar as circunstâncias que envolveram o atendimento: sua urgência, as condições gerais do paciente, os recursos disponíveis, a presteza do profissional e os métodos empregados. (NADER, 2016, p. 496).

Diante disso, surge para o médico uma nova obrigação: o dever de informar. O fato de não serem responsáveis pelos riscos inerentes à atividade é fonte de obrigação, na medida em que passam a possuir o dever de informar ao paciente todos estes riscos. A obrigação preexistente torna-se o dever de informar e a omissão dos riscos reais do tratamento é o ato ilícito indenizável na prática médica. O direito à informação é um dos direitos básicos do consumidor, elencado no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Sobre o dever de informar, pode-se dizer que

[...] está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço. Esse princípio é detalhado no art. 31 [do Código de Defesa do Consumidor], que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, “bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores”. O aludido deve abranger o de se informar o médico acerca do progresso da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese. Integra ainda o grupo dos deveres de informação orientar o paciente ou seus familiares a respeito dos riscos existentes, no tocante ao tratamento e aos medicamentos a serem indicados. (GONÇALVES, 2014, p. 174)

O dever de informar tem a finalidade de dar conhecimento ao paciente sobre os elementos objetivos de realidade, para que possa, ou não, dar consentimento no seguimento do tratamento. Está-se diante do princípio do livre consentimento informado, essencial no relacionamento do médico com seu paciente. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à atividade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 412). Paulo Nader assim leciona:

É dever do médico, antes de contratar com o paciente a realização de tratamento clínico ou cirúrgico, informá-lo quanto aos vários tipos de risco a que ficará exposto. O não cumprimento desta obrigação sujeita o profissional à responsabilidade civil em caso de certos efeitos decorrentes do tratamento. Igualmente, se o procedimento se realiza sem o consentimento do paciente. O consentimento pode ser amplo, abrangente de qualquer tipo de tratamento clínico ou cirúrgico, ou específico para determinado procedimento. Neste caso, se o médico optou por tratamento diverso do autorizado, somente ficará isento de responder civilmente se a sua iniciativa foi tomada em caráter de urgência, plenamente justificada pela experiência científica. (NADER, 2016, p. 502).

O consentimento esclarecido é manifestação da essência do princípio bioético da autonomia. O fato de todo indivíduo ter direito de ser informado sobre suas condições de saúde, bem como de consentir ou recusar as propostas terapêuticas que possam afetar sua integridade, de forma geral, nada mais é do que o exercício de sua autodeterminação, autogoverno, da possibilidade de tomar decisões relacionadas a sua vida.

1.4.2 Responsabilidade civil médica empresarial

A responsabilidade civil médica dos hospitais, laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue, centro de exames radiológicos é estudada separadamente da responsabilidade civil pessoal dos médicos, pois aos primeiros se aplica o regime jurídico atinente à responsabilidade objetiva. Paulo Nader discorre que

Haverá responsabilidade do hospital quando o paciente, no período de internamento, sofrer danos decorrentes da qualidade do seu serviço, como defeito de aparelhos, equipamentos, alimentação. Cabível a ação contra o hospital, ainda que apenas ceda as suas instalações ao cirurgião e a paciente, quando este alegar que o defeito do serviço decorreu da estrutura do hospital ou de ambos (NADER, 2016, p. 507).

Conforme destacado, a responsabilidade do hospital de forma genérica é objetiva, bastando a prova de que o dano decorreu de falha no atendimento. Desta forma, para caracterização desta responsabilidade é essencial a demonstração de defeito no serviço, não sendo suficiente o insucesso dos resultados esperados do tratamento. O estabelecimento de saúde, por seu turno, tem direito de regresso contra o agente causador do dano, desde que provada sua culpa – negligência, imprudência ou imperícia –, caracterizadora da responsabilidade subjetiva aplicável à categoria.

Tanto os médicos, quanto os hospitais, desenvolvem atividade naturalmente considerada de risco, por lidarem com pessoas doentes e que usualmente procuram assistência quando já estão com a saúde debilitada por certo motivo. Além disso, há casos em que o tratamento é feito

em ritmo acelerado, conforme demandam as próprias circunstâncias, bem como envolvendo tecnologias complexas e diversos profissionais.

Feitas estas considerações, impõe-se diferenciar periculosidade inerente e periculosidade adquirida no tratamento da matéria, pois no primeiro caso não há que se falar em responsabilidade do centro médico, da mesma forma que não poderia imputar culpa ao profissional da medicina. Há, conforme mencionado, certos riscos inerentes à própria atividade médica, que não se confundem com defeito da prestação de serviço. Em suma, normalidade e previsibilidade são características do risco inerente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 428).

Nos tratamentos em que o risco é previsível, desde que haja informação e autorização para sua realização (consentimento informado), não se pode imputar eventual resultado danoso nem ao hospital, nem ao médico, tendo em vista que perigo decorre da própria atividade, que visa evitar a consumação de incapacidade permanente ou morte. Em outras palavras, quando o risco é calculado ou previsto e informado, sendo autorizada a realização do procedimento, não há que se falar em responsabilidade civil das pessoas envolvidas, civis ou jurídicas.

O risco inerente ou intrínseco da atividade não gera para o hospital imunidade por eventual defeito na prestação do serviço. É possível que haja a chamada periculosidade adquirida, na qual há responsabilidade hospitalar. Quando o resultado é imprevisível ou anormal, estamos diante deste tipo de periculosidade, da qual decorre a responsabilização.

Fala-se em risco adquirido quando produtos e serviços tornam-se perigosos em decorrência de defeito. São bens ou serviços que, sem defeito, não seriam perigosos, nem apresentariam riscos superiores àqueles legitimamente esperados pelo consumidor. Por exemplo, quando determinada cirurgia é bem-sucedida e o resultado esperado é a completa recuperação do estado de saúde do paciente, mas, por conta de infecção hospitalar, o mesmo vem a óbito. Nesse caso, o resultado danoso decorreu de falha na prestação do serviço, não cabendo a cogitação do resultado morte ser risco inerente à atividade. Configurados, pois, todos os pressupostos da responsabilidade civil no caso descrito, que será, em relação à sociedade empresária, independente de culpa – ou seja, objetiva. Para Cavaliere,

É o que o CDC chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço. Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo. [...] Ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito,

bem como se esse defeito era previsível ou evitável. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 420).

Para afastar sua responsabilidade por fato do serviço, o hospital deverá provar que não houve falha ou defeito na realização da atividade. Assim, afasta a responsabilização quando não houver nexo de causalidade entre conduta e resultado. A guisa de exemplo, caso tenha havido insucesso em certa cirurgia, mas não seja possível apontar defeito no serviço prestado, não haverá responsabilidade do centro médico.

1.5 Considerações finais do capítulo 1

Ao longo deste capítulo, foi visto que o Direito depende, em sua essência, de luta: ele é consequência das ações humanas com fim de garantir a possibilidade da manutenção e organização da vida em sociedade. Portanto, o Direito é instrumento de pacificação e harmonia, que estabelece as regras para solução de conflitos.

A dinamicidade da qual se reveste o Direito é o motivo pelo qual se justifica a análise de sua evolução legislativa, a fim de que possamos compreender a aplicação dos institutos na atualidade, bem como traçar perspectivas para futuras dissidências sociais.

A evolução legislativa do instituto da responsabilidade civil deu-se de forma prolongada no tempo, iniciando-se com a vingança coletiva e privada, passando para composição voluntária e, após, obrigatória. O dano passou por várias transformações, sendo na Idade Moderna desenvolvido novo paradigma, cujo qual nos traz a noção de culpa como não sendo sinônimo de dano, em razão da teoria do risco. Esta transmutação é fundamental para o entendimento da responsabilidade civil hoje, que ainda possui forte relação com o conceito de culpa.

Viu-se, também, que a responsabilidade civil está adstrita ao ramo do direito obrigacional, tendo em vista que demanda a preexistência de uma obrigação para sua caracterização. O descumprimento deste compromisso inicial, seja ele contratual ou não, gera o dever de compensar o dano mediante indenização.

Resumidamente, a responsabilidade civil é a reparação por um mal causado, diante do descumprimento de uma obrigação originária. Para sua configuração, em todos os casos, exige-se conduta (comissiva ou omissiva), dano e nexo causal entre um e outro. A indenização tem por objetivo restabelecer o equilíbrio entre as partes, bem como entre a sociedade, sendo a recomposição do *status quo ante* o objetivo final do instituto, bem como sua razão de ser.

Em alguns casos, a culpa é mitigada, não sendo necessária sua prova para que o sujeito lesado seja indenizado pelo causador do dano. Nessa hipótese, configura-se a responsabilidade objetiva, que possui os mesmos pressupostos da responsabilidade subjetiva, à exceção de sua especificidade mencionada, qual seja a não necessidade da prova da culpa.

A responsabilidade civil contratual, que, diferentemente da responsabilidade civil extracontratual, que se divide em subjetiva e objetiva, essa fraciona-se em obrigação de meio ou de resultado. Conclui-se, neste tópico, que a diferença essencial básica entre as duas classificações maiores da responsabilidade civil está na fonte da obrigação preexistente violada, que pode se originar de contrato prévio ou não.

Ao contrário, todavia, é a obrigação dos hospitais e correlatos, que possuem responsabilidade objetiva e respondem independente de culpa quando comprovada a falha na prestação dos serviços, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Os elementos trabalhados até este ponto são fundamentais para o estudo que será desenvolvido nos capítulos seguintes, motivo pelo qual o objetivo inicial foi desenvolver conceitos essenciais básicos, porém de suma importância. No decorrer do trabalho, retornar-se-á, em alguns momentos, aos conceitos e definições aqui apresentados para deslinde da matéria. Passa-se agora às reflexões bioético-jurídicas sobre a relação médico-paciente.

CAPÍTULO 2 Reflexões e questionamentos bioético-jurídicos sobre a relação médico-paciente

A palavra bioética é formada pelo prefixo *bio*, que significa vida e representa o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e ética vem de *ethos*, sendo o conhecimento dos valores humanos (PESSINI, 2013, p. 11). A bioética convida a pensar sobre o futuro, em relação aos desafios impostos pelo desenvolvimento da ciência e tecnologia, com os consequentes impactos sobre os seres humanos. A professora Tereza Rodrigues Vieira ensina que “bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas” (VIEIRA, 2000, p. 197).

Segundo Mabtum e Marchetto, “o avanço tecnológico transformou as relações humanas e antigos conceitos éticos, em razão das novas realidades existentes, o que permitiu ao ser humano interferir diretamente na natureza e no próprio indivíduo” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 18). Neste sentido,

Ética, Bioética e dignidade humana são termos que se completam. A ética é um campo do conhecimento humano que apresenta as dimensões territorial e espacial e se modifica de acordo com a sociedade objeto da análise. A Bioética é uma ciência inter e multidisciplinar, que aplica os fundamentos éticos às biociências. A dignidade humana remete à aplicação de conceitos éticos e morais visando satisfazer as necessidades elementares do indivíduo. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 17)

O estudo da bioética é desenvolvido para tutelar a vida e o modo de viver, de forma que é essencial identificar o objeto de análise desta área do conhecimento (MARCHETTO, 2009). Para Mabtum e Marchetto, portanto, “pode-se afirmar que a Bioética nada mais é do que a associação das reflexões morais e filosóficas a respeito da vida como um todo e, em particular, a respeito das práticas médicas (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 22) ”.

O desenvolvimento de práticas biológicas e tecnológicas levou à preocupação com a possibilidade de esgotamento dos bens naturais, afetando o pensamento humano de cientistas, antropólogos, sociólogos, psicólogos, religiosos e juristas, por exemplo (MARCHETTO, 2009). E continua a professora:

No mundo globalizado em que vivemos atualmente, toda essa transformação representou uma fase importantíssima, momento de transição para um período interdisciplinar para as ciências do conhecimento, sobretudo as jurídicas, onde passou a imperar uma reforma das estruturas do pensamento, buscando a reconstruir uma

sociedade com uma completa cognição social, para que o homem possa ser considerado, simultaneamente, um ser biológico, cultural, psicológico e principalmente, social (MARCHETTO, 2009).

Sá e Naves entendem que dois eventos foram fundamentais para o nascimento da bioética: a utilização bélica da energia atômica e a experimentação médica nos campos de concentração durante o período nazista, ambos ocorridos entre os anos de 1930 e 1940 (SÁ; NAVES, 2018, p. 5). Hoje, o termo bioética está incorporado no vocabulário, principalmente no campo das práticas científicas, e é a disciplina que se dedica a estudar as implicações na sociedade das práticas de pesquisa nas áreas de saúde e biologia (SÁ; NAVES, 2018, p. 8).

Para Diego Gracia, o auge exponencial da Bioética nas últimas décadas decorreu do completo fracasso do velho ideal de neutralidade axiológica da ciência. Para o autor, não vale a pena recordar o escandaloso espetáculo da medicina durante o nazismo, nem da utilização da psiquiatria para reeducação política daqueles chamados dissidentes. Contudo, o que vale a pena lembrar da história da bioética é que a única forma de evitar abusos não é negando dados, mas sim aceitando-os como tal e aprendendo a lidar com isso, de forma que a ciência e a educação devem ser plurais no complexo mundo dos valores (GRACIA, 2010, p. 04).

Neste ponto da pesquisa, haverá o afunilamento do objeto para discussão de temas específicos da bioética, como o planejamento familiar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o aconselhamento genético, a perda de uma chance da escolha reprodutiva e o dano existencial, tudo isso relacionado com o capítulo anterior – da responsabilidade civil. O conjunto de ideias trazidas nesta segunda parte do desenvolvimento deste trabalho, assim como aquelas trazidas na primeira, formam o pano de fundo para a parte prática do trabalho no capítulo 3 e para a conclusão.

2.1 As controvérsias entre a bioética e o biodireito

A ética e o direito estão relacionados, sendo que este é a ciência responsável por estabelecer limites aos avanços biotecnológicos com objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, inclusive preservando-os para as futuras gerações (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 22). Contudo, para alguns autores, bioética e biodireito não são a mesma coisa. Segundo Sá e Naves, tratam-se de ordens normativas diferentes – uma da moral e outra do direito:

O Direito, como ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática. Já a Moral atua no universo jurídico como ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para formulação e aplicação do Direito, sem, no entanto, com ele se confundir. A Bioética, dessa forma, tem relevância para o Direito, pois faz parte da zetética jurídica. (SÁ; NAVES, 2018, p. 9)

Sendo assim, o biodireito tem origem a partir da preocupação ética dos operadores das ciências biológicas e da saúde, enquanto a bioética constitui-se objeto de estudo e questionamento da filosofia (SÁ; NAVES, 2018, p. 9). Mabtum e Marchetto ensinam que a bioética, por ser precedente, permitiu o desenvolvimento do biodireito e de sua *práxis*, ao estabelecer parâmetros concernentes à realidade (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 24). Desta forma, a bioética e o biodireito são institutos distintos, mas que se complementam, sendo que o segundo auxilia nas discussões sobre a primeira, cabendo à comunidade, como um todo, cumprir as determinações legais impostas por este microssistema jurídico em respeito ao estado democrático de direito (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 26).

Alguns autores propõem, como última distinção entre ambos, que a bioética é forma de conhecimento aberto, que permite investigação ampla, considerando os valores éticos e os fins da sociedade, enquanto o biodireito tem método dogmático e se propõe solucionar determinado caso a partir da análise em concreto, por meio de normas (SÁ; NAVES, 2018, p. 15).

Contudo, não é pacífico o reconhecimento do biodireito como microssistema jurídico. Para Taylisi Leite (2013), por exemplo, os autores que propõem a existência do biodireito estão adstritos à crença de que a declaração escrita é a garantia absoluta do direito, porque o poder estatal não avança sobre o que está positivado (LEITE, 2013, p. 93). A autora considera esta cultura como *fetichismo moderno pela positividade* (LEITE, 2013, p. 93), na medida em que nenhuma declaração é capaz de resguardar direitos, de modo que o apego ao que está positivado impede a efetivação do próprio direito – no caso da bioética, dos direitos humanos.

No Brasil, trata-se de mais um desdobramento da tradição jurídica, muito apegada ao estudo dos códigos e da aplicação silogística da jurisprudência às demandas judiciais, o que leva a crer que “qualquer dimensão epistemológica não só é absolutamente dispensável, como muito ameaçadora” (LEITE, 2013, p. 97). E continua:

O biodireito jamais faria com que as biociências passassem a ser éticas – isso seria tão tosco quando pensar que a mera existência do direito penal faria com que os crimes não acontecessem. Nosso ponto é demonstrar que a normatização biojurídica é absolutamente vã, e nunca terá a capacidade de realizar uma bioética. Os defensores dessa perspectiva acreditam que a melhor solução é sancionar as condutas que se consideram inadequadas para garantir atuações éticas no campo biomédico (LEITE, 2013, p. 98).

O pensamento exposto leva à conclusão de que o biodireito seria a “tecnização estreita das demandas bioéticas, através da normatização de dilemas éticos acerca da vida e da morte decorrentes do avanço da medicina e da biotecnologia” (LEITE, 2013, p. 99). Ao lado da referida autora, este trabalho também considera que as demandas bioéticas não se limitam à criação de leis e aplicação da jurisprudência, porquanto a realidade nem sempre poderá ser conformada pela norma, principalmente quando se considera a velocidade em que caminha a biotecnologia.

A preocupação maior nesta pesquisa reside na busca pela efetividade dos direitos, através da observação de decisões estrangeiras, especificamente os fundamentos jurídicos que levaram a uma ou outra decisão no caso concreto, para se concluir pela (im)possibilidade de aplicação das novas teorias da concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida no Brasil.

Contudo, para a reflexão se as referidas teorias encontram campo fértil dentro do contexto normativo brasileiro, não se abre mão de alguns caminhos propostos pelo biodireito, especialmente pela existência de questões técnicas mais ligadas propriamente ao direito do que à bioética – como no campo da responsabilidade civil, tema sensível na presente pesquisa. Desta forma, se reconhece que as lutas e reivindicações bioéticas estão mais relacionadas às demandas por direitos humanos, mas se pede vênica para também considerar importantes argumentos – e classificados como pertinentes ao denominado “biodireito” ou “microssistema do biodireito” – para o desenvolvimento deste estudo.

2.1.2 O principialismo de Beauchamp e Childress e o avanço da bioética

Nos Estados Unidos, no início da década de 1970, o Congresso criou uma comissão denominada *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* cujo objetivo era pesquisar princípios éticos básicos que deveriam orientar a experimentação, em seres humanos, nas ciências do comportamento e na biomedicina (MAIA, 2017). Esta comissão foi responsável por moldar a política bioética e fundar o que a doutrina denomina bioética principialista com a publicação do Relatório Belmont.

Segundo Mabtum e Marchetto, o avanço da bioética demonstrou que essa visão principialista carece de modificações, ante a existência de outros valores a tutelar e por ser considerada simplista pelo diminuto grupo de princípios que a formam (MABTUM;

MARCHETTO, 2015, p. 29). Não obstante as críticas doutrinárias, o principialismo teve – e ainda tem – grande importância no estudo da bioética e para o desenvolvimento do biodireito, servindo como paradigma para o estudo da área.

Beauchamp e Childress, em 1979, na famosa obra *Principles of Biomedical Ethics* (2013), propuseram a teoria de que a bioética seria fundamentada em quatro princípios, sendo a autonomia, a não maleficência, a beneficência e a justiça.

The set of pivotal moral principles defended in this book functions as an analytical framework of general norms derived from the common morality that form a suitable starting point for biomedical ethics. These principles are general guidelines for the formulation of more specific rules. In Chapters 4 through 7 we defended four clusters of moral principles: (1) *respect for autonomy* (a norm of respecting and supporting autonomous decisions), (2) *nonmaleficence* (a norm of avoid the causation of harm), (3) *beneficence* (a group of norms pertaining to relieving, lessening, or preventing harm and providing benefits and balancing benefits against risks and costs), and (4) *justice* (a group of norms for fairly distributing benefits, risks, and costs). (BECHAMP; CHILDRESS, 2013 p. 13)¹

Apesar de não considerarmos o modelo principialista exclusivo – pois as dimensões morais da experiência humana não podem ser capturadas numa única abordagem (PESSINI, 2008, p. 45) – há que se considerar que o modelo implementado por Tom Beauchamp e James Childress é um dos modelos teóricos mais aceitos pela comunidade acadêmica, senão o mais, inclusive no Brasil. Sendo assim, justifica-se a referência a este paradigma, a fim de que possa contribuir, de alguma forma, para a discussão dos resultados e da conclusão. Apesar disso, o principialismo e a bioética não se confundem:

This initial theoretic and thematic cornerstone marked Brazilian bioethics to such an extent that for many years young researchers considered the theory of the four principles and bioethics to be the exact same thing. This misunderstanding was not limited to Brazilian bioethics; however, as countless other countries in the periphery of bioethics underwent similar processes. This becomes clear upon analyzing the first bioethical publications. The initial influence of the theory of the four principles

¹ “O conjunto de princípios morais fundamentais defendidos neste livro funciona como uma estrutura analítica de normas gerais derivadas da moralidade comum que constituem um ponto de partida adequado para a ética biomédica. Esses princípios são diretrizes gerais para a formulação de regras mais específicas. Nos Capítulos de 4 a 7, defendemos quatro grupos de princípios morais: (1) respeito pela autonomia (uma norma de respeitar e apoiar decisões autônomas), (2) não maleficência (uma norma de evitar a causa do dano), (3) beneficência (um grupo de normas relativas a aliviar, diminuir ou prevenir danos e fornecer benefícios e equilibrar benefícios contra riscos e custos) e (4) justiça (um grupo de normas para distribuição justa de benefícios, riscos e custos).” (Tradução nossa)

conferred on Brazilian bioethics a thematic characteristic that still persists (DINIZ, 2004, p. 275).²

De acordo com o modelo principialista, os princípios morais fundamentais que servem como diretrizes para a bioética são a autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. O professor Volnei Garrafa assim resumiu os princípios:

Assim, recomendava-se aos profissionais de saúde ou pesquisadores que durante as suas práticas respeitassem a liberdade particular de cada indivíduo decidir sobre os aspectos de sua condição (autonomia); que não fosse realizado qualquer tipo de intervenção que prejudicasse os indivíduos, abstendo-se das práticas nocivas (não maleficência); que procurassem sempre agir no sentido de fazer o bem (beneficência); que desenvolvessem suas práticas sem discriminação, agindo de modo justo (justiça) (GARRAFA, 2016, p. 444).

Complementando os conceitos dos princípios já expostos, para Mabtum e Marchetto, a autonomia deve ser considerada um verdadeiro estatuto bioético, pois na sua ausência todos os demais princípios estariam mitigados, considerando que a liberdade é o elemento mínimo para qualquer conduta lícita (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 28). Para Assumpção e Vieira, “a dignidade humana é o princípio irradiador, que chancela a existência e proteção ao princípio bioético da autonomia – ou da autodeterminação, pois não se vislumbra dignidade onde não existe um livre exercício de arbítrio” (ASSUMPÇÃO; VIEIRA, 2018, p. 1050).

Já o princípio da beneficência consiste na busca pelo benefício, pelo maior bem possível, sem causar mal (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 28). Para os autores, não praticar um malefício não é suficiente, deve haver algum ganho na qualidade de vida; apesar disso, entendem que “prevenir ou evitar um mal futuro é sinal de respeito ao princípio da beneficência” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 28).

O modelo principialista padrão é baseado em princípios *prima facie*, ou seja, “em obrigações que devem via de regra ser cumpridas desde que não entrem em conflito com outras de cogência *pelo menos* igual em situações reais” (SCHRAMM; PALÁCIOS; REGO, 2008, p. 366). Isto quer dizer, segundo Santaló e Casado, que o debate bioético, assim como a análise e recomendação, deve ser guiado pelo princípio de precaução e da estratégia do caso por caso e

² “Este marco teórico e temático inicial marcou a bioética brasileira a tal ponto que por muitos anos jovens pesquisadores consideraram que a teoria dos quatro princípios e a bioética sejam exatamente a mesma coisa. Esse mal-entendido não se limitou à bioética brasileira; no entanto, incontáveis outros países da periferia da bioética passaram por processos semelhantes. Isto se torna claro ao analisar as primeiras publicações bioéticas. A inicial influência da teoria dos quatro princípios conferidos à bioética brasileira a característica temática que ainda persiste” (DINIZ, 2004, p. 275) (tradução nossa).

passo por passo, ou seja, dependeria sempre observação da situação em concreto, realizada em cada etapa do processo que seja objeto de estudo. (SANTALÓ; CASADO, 2016, p. 30).

Em relação à aplicação dos princípios da bioética no biodireito, a doutrina caminha no mesmo sentido:

Os temas que envolvem o microssistema do Biodireito são por demais polêmicos, não sendo desejável que o Direito regule todas as condutas de forma absoluta, pois isso exclui a construção de uma autonomia privada que, paradoxalmente, o Direito pretende construir. De mais a mais, as discussões como as que envolvem o Biodireito devem ser levadas ao âmbito da sociedade civil, no intuito de auferirmos soluções legítimas. Assim, o caso concreto deve ser resolvido à luz da principiologia, buscando-se a decisão correta para o caso (SÁ; NAVES, 2018, p. 20-21.)

Desta forma, o biodireito deve ser resolvido à luz da principiologia desenvolvida pela bioética, buscando-se a decisão correta para o caso em concreto. Junto com Sá e Naves, não se defende um catálogo fechado de regras, pois a atitude do Direito é construtiva (SÁ; NAVES, 2018, p. 21.).

Finalmente, Borba e Hossne ensinam que a metodologia do biodireito é a metodologia própria da bioética, pautada na interdisciplinaridade (BORBA; HOSSNE, 2010, p. 288). Isto quer dizer que a abordagem jurídica que pretenda preservar o pluralismo bioético deve “abrir as portas do mundo do Direito”. Os autores utilizam como exemplo em relação ao Brasil a possibilidade de realização das audiências públicas no âmbito do STF. A complexidade dos questionamentos bioéticos impõe esta abertura do sistema jurisdicional, de modo a privilegiar o método dialógico da bioética (BORBA; HOSSNE, 2010, p. 290).

No entanto, não deve se perder de vista que os princípios da bioética, para que sejam eficazes, devem pautar a busca por mecanismos de reparação social da vulnerabilidade moral (DINIZ; GUILHEM, 1999, p. 182):

Ou seja, antes que o apelo a princípios éticos sublimes, e muito provavelmente com forte grau de adesão entre bioeticistas de todo o mundo _ tais como o princípio da liberdade ou da dignidade humana _, a tarefa da bioética deveria ser a análise, a discussão e o desenvolvimento de mecanismos éticos de intervenção frente a todos os tipos de desigualdade social. Assim sendo, a tarefa fundamental da bioética não seria mais a apresentação do mapa ético de como a humanidade deveria ser _ se regida pela beneficência, não-maleficência, justiça ou autonomia _, mas sim a procura por mecanismos de reparação social da vulnerabilidade moral que tornem esses princípios eficazes. De princípios éticos universais passaríamos, portanto, para a defesa de princípios compensatórios da vulnerabilidade social (DINIZ; GUILHEM, 1999, p. 182).

Diniz e Guilhem ainda afirmam que as diferenças de gênero, raça e classe não foram consideradas pelo princípalismo clássico de Beauchamp e Childress:

Esse descaso, no entanto, se processa em um contexto em que a (in)diferença moral vem sendo analisada e comentada como nunca antes no campo dos estudos éticos aplicados à biomedicina. Falam-se das mulheres mutiladas ritualmente, dos religiosos Jeová que recusam a transfusão sangüínea, de Jack Kervorkian e seus quadros pintados a sangue, de Baby Doe, entre tantos outros ícones da diferença moral eleitos pela casuística bioética. Essa iconografia bioética, contudo, parece somente reconhecer os distantes morais, ou mesmo os imorais, capazes de fazer uso da linguagem do poder [...] (DINIZ, GUILHEM 1999, p. 183).

Apesar de tratar destes problemas, a bioética deixa de considerar outras questões igualmente importantes, como o fato de uma paciente ter problemas em razão de ser mulher, negra ou lésbica (DINIZ; GUILHEM, 1999, p. 183). As práticas cotidianas, normalizadas pelas sociedades, costumam ser esquecidas pelas teorias bioéticas, fundamentadas no princípalismo. E, justamente por não debater os temas da imoralidade, do racismo ou do sexismo é que “a ameaça que permanece é que as teorias bioéticas convertam-se em mecanismos de defesa da ordem estabelecida, impedindo que vozes discordantes da hegemonia social tenham acesso à crítica moral” (DINIZ; GUILHEM, 1999, p. 183).

O princípalismo clássico teve, e ainda tem, seu mérito – por isso, como dito, não se abrirá mão da utilização de um ou alguns dos princípios para a conclusão. Para Diniz e Vélez, “o seu maior mérito foi exatamente sua capacidade de tecnizar os dilemas morais, apresentando-lhes possibilidades de solução acessíveis a um grande público não-iniciado nos estudos bioéticos” (DÉBORA; GONZÁLEZ VELÉZ, 1999, p. 255). Para Assumpção e Vieira,

No entanto, uma análise jurídica, relativa a temas bioéticos, que se pretenda legítima deve dispensar respostas prontas, e deve ser construída, sob a égide do paradigma princípalista, ou seja, atendendo aos princípios da bioética, para que se busque a legitimação do Direito como efetivo pacificador das questões humanas (ASSUMPÇÃO; VIEIRA, 2018, p. 1047).

É justamente por essa razão que esta pesquisa está preocupada, mais do que com o princípalismo em si, com os ideais próprios da bioética, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a pluralidade de vozes morais. É o que se passa a fazer nos próximos subcapítulos, que pretende convidar o leitor a pensar criticamente sobre alguns temas, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao planejamento familiar e à escolha reprodutiva, aliados à diversidade de interesses morais e éticos da humanidade.

2.2 A relação médico-paciente e o consentimento livre esclarecido

A relação médico-paciente passou por grandes transformações em um período relativamente curto da história. Quando se pensa nesse vínculo na época dos nossos avós, por exemplo, fica claro o quanto tudo mudou. Apesar da comparação com nossos ascendentes em linha reta de segundo grau estar em um passado recente, a atividade médica

[...] perdeu a aura de sacralidade que possuía na antiguidade. O médico deixou de ser visto como um sacerdote, que detinha em suas mãos, em razão de seu ofício, um poder metafísico de determinar quem seria ou não curado de uma enfermidade. Atualmente, o profissional da saúde é visto como qualquer outro trabalhador, sujeito a erros, acertos e críticas, e o paciente não é mais visto como uma figura inferiorizada, sujeita aos desejos e decisões exclusivas do médico. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 12).

Para Débora Diniz (1996), a ciência médica, hoje, faz questão de esclarecer seus limites aos pacientes.

É comum ouvirem-se frases como: foi feito tudo que era possível, ou é importante que o paciente saiba toda a verdade, nas quais os limites da ciência são lembrados com uma força dilacerante. Há, na medicina, alguns ramos do saber onde estes limites são mais visíveis e mais constantes que em outros. São áreas do fazer médico em que os pacientes esperam que a medicina novamente volte a estar ligada à magia, pois este seria, hoje, o único caminho para a tão esperada cura (DINIZ, 1996, p. 346).

O surgimento de grandes hospitais e centros de saúde, além dos próprios planos de saúde e desenvolvimento da tecnologia, segundo Sá e Naves, foram os grandes responsáveis pela mudança na relação entre o profissional da medicina e o paciente (SÁ; NAVES, 2018, p. 102). Inclusive, os autores apontam a modificação ocorrida na denominação dos sujeitos da relação jurídica, que agora são mais conhecidos como usuários, os antes pacientes, e o prestador de serviços, anteriormente médico (SÁ; NAVES, 2018, p. 102).

Destaca-se, também, a crescente especialização dos médicos em detrimento daqueles antes denominados médicos de família. Se antes estes eram aqueles que cuidavam de todos os problemas de saúde que porventura ocorressem, hoje temos um profissional para cada órgão ou parte do corpo ou mesmo que só se dedicam a determinada doença em específico. Contudo,

[...] o que ainda determina o sucesso ou não do tratamento é o relacionamento interpessoal que se estabelece entre os dois principais envolvidos: médico e paciente. Essa relação deve ser embasada na confiança e no respeito mútuos. Não haverá

sucesso em qualquer procedimento ou conduta se ela for rompida. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 13)

Sendo assim, não obstante as grandes mudanças ocorridas na relação médico-paciente, ainda continua sendo determinante a confiança e o respeito entre os envolvidos. Diga-se de passagem, a confiança e o respeito devem estar presentes em todas as relações sociais, mas aqui destacam-se pelo fato de a atividade médica ser subjetiva, personalíssima, de modo que, por mais que, em regra, a responsabilidade civil seja contratual com obrigação de meio, haverá a busca por profissionais com os quais mais nos identificamos pessoalmente, àqueles que nos inspiram maior credibilidade e segurança.

Como consequência desta relação pautada na confiança e no respeito, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), adotada durante a 33ª Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em outubro de 2005, em Paris, impôs, dentre outras questões, que a autonomia dos pacientes deve ser respeitada. Segundo Caetano e Garrafa, “os temas bioéticos que contextualizam o ser humano como agente moral, social, cultural e político estão incluídos na nova agendas de debates do século XXI” (CAETANO; GARRAFA, 2014, p. 35). Apesar de não se tratar de documento vinculante, a DUBDH permite afirmar que

A pessoa será livre para decidir sempre que sua responsabilidade individual puder ser considerada e sua conduta individual respeitar a autonomia dos demais. [...] A autonomia do indivíduo só pode ser respeitada quando qualquer procedimento médico preventivo, diagnóstico ou terapêutico é antecedido por uma manifestação de vontade, por um consentimento livre e esclarecido dele. Para que o consentimento seja válido, é fundamental que a informação seja adequada, pois só assim o sujeito será capaz de consentir. [...] O indivíduo pode manifestar seu consentimento ou retirá-lo a qualquer momento, independentemente de justificativas, sem sofrer qualquer prejuízo ou preconceito em razão de sua atitude. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 33) (grifos nossos)

Antes disso, a Organização das Nações Unidas elaborou, em 1948, o documento denominado Declaração Universal dos Direitos Humanos, com objetivo de preservar os direitos humanos, independentemente do gênero, etnia ou origem geográfica. O referido documento já reafirmava a autonomia privada do paciente como direito inerente à condição humana. Mabtum e Marchetto nos ensinam que foi na década seguinte, nos Estados Unidos, que pela primeira vez foi empregada a expressão *informed consent* (consentimento informado), utilizado inicialmente nas pesquisas biomédicas e depois no contexto da atuação médica (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 47).

A expressão consentimento informado corresponde ao poder de autodeterminação do paciente e é corolário do princípio da autonomia privada³ (SÁ; NAVES, 2018, p. 105). Isto significa que, numa situação concreta, o sujeito pode determinar o exercício de seu direito. Para além disso, “é necessário que ele manifeste, de modo livre e voluntário, sua concordância, aceitando submeter-se a uma prática médica” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 46).

Confirmando este entendimento, no Brasil, para o exercício da autonomia privada produzir efeitos jurídicos, é necessário o cumprimento de alguns requisitos de validade, determinados no artigo 104 do Código Civil, sendo: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos diretos (SÁ; NAVES, 2018, p. 108). Isto quer dizer que

No momento da decisão, o paciente deve estar esclarecido do diagnóstico, do tratamento mais adequado a se implementar e de seus efeitos, positivos e negativos. A decisão deve ser revestida do maior número possível de informações, que devem ser passadas de forma clara e abrangente, avaliando as opções de tratamento, riscos e benefícios (SÁ; NAVES, 2018, p. 108).

Isso implica na afirmação de que a informação deve ser construída dialogicamente com o paciente – e não unilateralmente. Este deve ter discernimento para a tomada de decisão, ou seja, compreender a situação em que se encontra (SÁ; NAVES, 2018, p. 108). A verdade sobre a condição é consequência do direito à informação, que está constitucionalmente amparado no artigo 5º, XIV, da Constituição. E, além de tudo isso, a autonomia privada impõe que não haja condicionadores externos direitos à manifestação externa de vontade. Isso quer dizer que a vontade deve ser livre, “não podendo comportar quaisquer vícios, sejam sociais ou de consentimento, os únicos condicionantes admitidos são os da própria consciência do paciente” (SÁ; NAVES, 2018, p. 109).

Mabtum e Marchetto lecionam que a relação médico-paciente apresenta mais de uma forma, podendo ser denominada paternalista, genitoral ou sacerdotal quando a participação do paciente nas decisões é mínima. Neste caso, prevalecem as escolhas do profissional em detrimento daquelas do enfermo. Contudo, afirmam os autores que esta hipótese se restringe apenas às situações de emergência (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 74).

³ Os autores preferem o uso da expressão “autonomia privada” pois marca o poder da vontade no Direito de um modo objetivo, concreto e real, diferentemente da expressão “autonomia da vontade”, que tem conotação subjetiva e psicológica. Além disso, entendem que surgiram em momentos distintos da história: a autonomia da vontade nasceu do Liberalismo e a autonomia privada na crise da modernidade ou, juridicamente, no Estado Democrático de Direito. Como não é objeto do Direito de perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser, é preferível utilizar, neste contexto, a expressão autonomia privada (SÁ; NAVES, 2018, p. 105).

Já no modelo de relação conhecido como informativo, científico, engenheirista ou do usuário, “o médico tem o dever de informar ao paciente todos os riscos e benefícios do tratamento (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 74). Nesta relação, fundada em um contrato, o profissional da medicina é um prestador de serviços e a principal característica é a impessoalidade.

Na relação interpretativa, a função do profissional da saúde é de auxiliar o paciente em suas escolhas. Neste caso, além de informar os riscos e os benefícios de cada procedimento, também faz parte da relação esclarecer e aconselhar. A função de aconselhamento exige preparo dos profissionais para realizar a tarefa. E, além disso, destaca-se o fato de o paciente ser influenciado sobremaneira pelas perspectivas do médico, o que pode limitar a interpretação e a escolha do próprio paciente (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 75). Por fim, no modelo deliberativo de relação,

O médico tem o dever de informar o paciente sobre os aspectos clínicos do procedimento [...] mostrando-lhe quais os valores subjetivos, como crença, convicções e características pessoais devem ser valorados, associados aos riscos e benefícios, para decidir se aceita ou não o tratamento (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 75).

Neste modelo há o respeito à autonomia do paciente, apesar de que, nem sempre o médico conhece os valores mais relevantes para cada um. “Além do mais, o paciente busca o médico para tratar a sua enfermidade, e não para um debate moral” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 75). Seja qual for o modelo que assume a relação médico-paciente, considerando que qualquer procedimento pode alterar o modo de viver do segundo, os resultados e condutas devem ser discutidos pelas partes envolvidas. O consentimento no contexto médico-hospitalar autoriza o médico a atuar na esfera físico-psíquica do paciente e, além disso,

É fundamental para demonstrar que a autonomia do sujeito foi respeitada, que ele foi informado sobre os riscos do procedimento (não maleficência) e os seus possíveis benefícios (beneficência) e que, se necessário, terá acesso a dados colhidos em pesquisas, a fármacos, a tratamentos, entre outros aspectos (equidade) (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 77-78).

Miguel Kfoury Neto complementa afirmando que o consentimento livre e esclarecido do paciente é um processo de comunicação entre o médico e o paciente, que resulta numa decisão inteligente do paciente sobre a intervenção médica em seu corpo. Incluem-se no processo de comunicação as informações sobre diagnóstico, prognóstico, alternativas de

tratamento, riscos e benefícios (KFOURI NETO, 2019, p. 269-270). Deste modo, ao médico é defeso realizar qualquer tipo de tratamento sem antes informar o paciente, em linguagem clara e adequada ao seu nível cultural, a natureza da enfermidade e o prognóstico esperado (KFOURI NETO, 2019, p. 270).

O paciente exerce seu direito de liberdade quando pode determinar qual tratamento seguir entre os que lhe forem apresentados. No Brasil, o Código de Ética Médica de 2018 (Resolução 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina), no artigo 31⁴, impõe o dever de o médico de respeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo nos casos de risco de morte iminente. Além disso, o artigo 34⁵ determina que é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar danos – hipótese na qual deve fazê-la a representante legal do paciente.

Entende-se que, principalmente nos casos em que a obrigação assumida pelo médico é de resultado, como no caso das cirurgias estéticas, deve-se observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. Isso porque, nestes casos, prevalece o critério da oportunidade e não da necessidade, logo, exige-se que a informação seja ainda mais específica a fim de estimular a ponderação e comparação (KFOURI NETO, 2019, p. 273).

Importante também para a discussão o fato de que o dever de informação é distinto do dever de conselho, pois neste, o médico, “como senhor da ciência, deve prodigalizar ao seu cliente” (KFOURI NETO, 2019, p. 274). Ou seja, o dever de informação é o direito que o paciente tem de saber sua real condição, enquanto o dever de conselho é aquele que permitirá o exercício da liberdade de escolha, após a orientação realizada por pessoa qualificada para tanto.

A falta de comprovação do consentimento acarreta na presunção de que o ato médico se realizou sem o assentimento do paciente, de forma que, como visto no capítulo 1, o profissional da saúde poderá responder civilmente quando presentes os demais elementos ensejadores da responsabilidade civil, pois “os médicos devem aos pacientes uma informação objetiva, veraz, completa e acessível” (KFOURI NETO, 2019, p. 277).

⁴ Art. 31 Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte (CFM, 2018).

⁵ Art. 34 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal (CFM, 2018).

2.3 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

A família, como realidade social (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 2), é anterior ao próprio direito. A família não foi criada pelo direito, mas reconhecida por este por ser instituto que merece proteção jurídica. Não se pretende neste trabalho estabelecer um único conceito de família, mesmo porque o termo se refere a acepções plurais, de forma que pode ter diferentes definições de acordo com o tempo ou ambiente social em que se desenvolve. A variabilidade da significação de família (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 2) é consequência do pressuposto de que existem múltiplas formas familiares na sociedade.

O direito romano, fundado na religiosidade, estabelecia que o casamento era solenidade religiosa na qual a mulher ingressava na religião doméstica do marido, abandonando a sua definitivamente. A finalidade da família romana era a reprodução (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 4). O papel feminino neste contexto era, basicamente, garantir a função reprodutiva e, conseqüentemente, a continuidade familiar.

O Código Civil brasileiro de 1916, influenciado pelas tradições romanas e com viés essencialmente patrimonialista, definiu como família o casamento, de forma que só era considerada família aquela oriunda do matrimônio. A reprodução se manteve como objetivo propulsor da família, porém “não mais visava à concretização do culto, mas a obtenção de propriedade” (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 7).

Com a Constituição Federal de 1988, especialmente pelo disposto no artigo 226, § 8º, a família passou a ser entendida como o recurso através do qual a realização pessoal é perseguida (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 18). Sendo assim, o que justifica a existência da família é a proteção na pessoa de cada um de seus integrantes. Nas palavras de Almeida & Júnior, “família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem” (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 20). Neste contexto, a família matrimonial continua sendo reconhecida pelo ordenamento, mas não mais é entendida como único modelo familiar.

A sistemática instalada pela Constituição de 1988 tem como finalidade a proteção da pessoa humana, de sua dignidade (artigo 1º, III, da CRFB/1988). O principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana, que possui personalidade própria, também carecedora de proteção. Segundo Miranda, “não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma” (MIRANDA, 2013, p. 11175). Desta forma, o Estado não pode impor determinado modelo à pessoa de como

conduzir sua vida e tão somente possibilitar que a pessoa se desenvolva na busca do que individualmente entende como felicidade.

No mesmo sentido, para Miguel Reale (2003), deve-se compreender o Código Civil brasileiro de 2002 em função de princípios jurídicos e metajurídicos, como os da eticidade e da socialidade. Desta forma, o indivíduo não é mais concebido *in abstracto*, mas sim situado concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e socioeconômicas. Ainda, para o autor, os direitos da personalidade são “todos aqueles que constituem os elementos componentes intangíveis da pessoa, de conformidade com as conquistas do processo histórico cultural” (REALE, 2003, p. A2)

Miranda entende que o direito ao desenvolvimento da personalidade abrange uma conduta omissiva, de forma a não intervir na formação da personalidade individual, e outra positiva, consistente no dever de ação estatal, garantindo meios para que o indivíduo desenvolva sua personalidade da forma que lhe aprouver (MIRANDA, 2013, p. 11179). Assim, o indivíduo tem o direito subjetivo de exigir do Estado uma conduta omissiva de forma a garantir o desenvolvimento de sua personalidade.

O direito ao desenvolvimento da personalidade inclui liberdades relacionadas à condição de pessoa digna. Contudo, as questões que se impõem para desenvolvimento argumentativo neste trabalho seriam: está incluída no direito ao desenvolvimento da personalidade a liberdade geral de ação consistente na completa liberdade de reprodução, diretamente relacionada ao direito ao planejamento familiar? Se o direito ao desenvolvimento da personalidade é àquele que confere a liberdade de agir de forma livre, bem como o dever de não interveniência no desenvolver da personalidade, este direito abrange por completo a escolha reprodutiva no direito brasileiro? O Estado pode restringir este direito fundamental?

2.3.1 O direito ao planejamento familiar

No Brasil, o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal estabelece como direito o planejamento familiar⁶. A Lei n.º 9.263/96 regulamenta o referido dispositivo constitucional e, através do artigo 2º, define planejamento familiar “como o conjunto de ações de regulação de

⁶ Constituição Federal. Art. 226. (...)

§ 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, 1988).

fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. ”.

Conforme visto, no passado a reprodução era função e tarefa exclusivamente feminina, enquanto hoje é exercício de um direito fundamental (SCHETTINI, 2019, p. 6). Ainda segundo a autora, “o Estado passa a respeitar e promover a liberdade, como forma para alcançar ou não o projeto parental” (SCHETTINI, 2019, p. 6). Na tradição romana, ter filhos tinha como objetivo a continuidade familiar, a manutenção do culto religioso e a proteção da propriedade, hoje a reprodução é tratada como liberdade do indivíduo, podendo fazer parte da construção de sua personalidade (ou não, se não estiver incluída em seu projeto de vida).

Na mesma linha de pensamento que Schettini (SCHETTINI, 2019, p. 6), este trabalho entende que o direito à liberdade de planejamento familiar é direito fundamental, consoante a leitura sistemática da Constituição de 1988 (artigo 226). No mesmo sentido, Almeida e Júnior (2010) entendem que não só é direito fundamental, como o direito à constituição é de primeira geração, pois impõe ao Estado uma postura não interventiva, de forma a garantir a liberdade de escolha entre formar ou não a família, bem como o modo com que cada indivíduo deseja fazê-la (ALMEIDA; JÚNIOR, 2010, p. 71).

O século XX foi marcado por descobertas e inovações científicas sem precedentes na história, especialmente nas áreas de saúde e tecnologia, elevando a ciência a uma esfera de interesse cada vez mais presente e decisiva na vida quotidiana. Os avanços científicos das formas de reprodução e da engenharia genética transformaram também o direito, como toda e qualquer mudança social. Os avanços biotecnológicos no que diz respeito à procriação influenciam sobremaneira na efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos. Neste sentido,

A ciência, ao tornar possível a desvinculação entre a reprodução e o ato sexual, em seu sentido positivo (ter filhos) ou negativo (contracepção), permitiu que a constituição de uma família decorresse da autodeterminação do sujeito, e não de molduras estabelecidas por um legislador oitocentista, que insistentemente invadia um espaço de privacidade e intimidade pessoal. (SCHETTINI, 2019, p.7)

Hoje, o reconhecimento constitucional da diversidade e pluralidade assume os contornos da nova realidade familiar, como ambiente que propicia a promoção da dignidade e da satisfação dos seus membros (SCHETTINI, 2019, p. 12). Com os avanços médicos, há, também, uma ampliação no exercício do direito ao planejamento familiar. Conforme Almeida (2009), o direito ao planejamento familiar é

O livre exercício da sexualidade e da potencialidade reprodutiva humanas, em vistas, ou não, ao objetivo conceutivo, atual ou futuro. Para tanto, fica assegurado o acesso à informação atinente aos recursos disponíveis para a realização da escolha pessoal. (ALMEIDA, 2009, p. 94)

Ainda, segundo a autora, o planejamento familiar possui uma faceta positiva, que diz respeito a opção pela procriação, e outra faceta negativa, que corresponde à opção pela não procriação (ALMEIDA, 2009, p. 94). E continua:

Se o livre desenvolvimento da personalidade é um dos pilares de sustentação do direito ao planejamento familiar, ele torna a restrição à realização comum do objetivo conceutivo, a um só tempo, *razoável*, quando oriunda do próprio titular, e *condenável* quando imposta externamente. (ALMEIDA, 2009, p. 97)

Desta forma, o planejamento familiar é de titularidade individual e decorre, inclusive, da autodeterminação. Por estas razões é que a decisão sobre o planejamento familiar é pessoal, cabendo ao Estado apenas orientar os riscos e benefícios de cada escolha, com a fomentação de recursos e esclarecimentos (SCHETTINI, 2019, p. 12). Ao Estado compete o reconhecimento da pluralidade das mais variadas formas de vida, cuja escolha é exclusiva de cada pessoa.

Neste mesmo sentido, SÁ e MOUREIRA entendem que reconhecer a pluralidade existencial abre espaço para as mais variadas formas de manifestações de vida e dos valores que cada pessoa entende como “vida boa” (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 33). E continuam:

Uma das causas da dificuldade normativa encontrada pelo Direito está no elemento central que pressupõe a assunção da pessoalidade: os valores. Se a pessoalidade é constituída pelas configurações decorrentes das escolhas feitas pelos indivíduos enquanto seres capazes de se autodeterminarem, evidentemente o conteúdo destas configurações é preponderantemente axiológico, uma vez que se trata da escolha, pelo indivíduo livre, daquilo que ele projeta na realidade como algo que vale a pena ser vivido - “vida boa” (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 33).

Ainda que determinados valores sejam assumidos por uma maioria na sociedade, isto não impede o surgimento de novos valores, que partem também de pessoas humanas no processo dialético de afirmação da pessoalidade (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 34). Sendo assim, o direito ao planejamento familiar deve ser garantido de forma a não limitar o reconhecimento de todos os valores existentes na sociedade, pois todos são dignos de efetivação.

O projeto parental de cada unidade familiar é o exercício do direito reprodutivo estabelecido constitucionalmente. Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira sustentam que

[...] a Constituição, em seu art. 226, § 7º, positivou que o planejamento familiar é livre decisão do casal, aguçando ainda mais, o caráter construtivo da relação parental. São os pais que devem decidir se querem ter filhos ou não e, em caso afirmativo, quantos filhos desejam ter. Este dispositivo é uma positivação do Princípio da Liberdade e da Menor Intervenção do Estado na família, ao lado do art. 1513 CCB/02, que também é um exemplo do regramento deste princípio. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 32).

Com fundamento nos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, é que deve ser exercido o direito à procriação e a liberdade ao planejamento familiar (SCHETTINI, 2015, p. 35). Não obstante, o direito à procriação possui tanto a vertente da concepção, quanto da contracepção. No exercício da autodeterminação – considerando que é titular do direito à reprodução qualquer pessoa – o indivíduo tem a liberdade de ter filhos ou de não ter, conforme sua escolha.

Voltando a discussão para o contexto brasileiro, a Lei n.º 9.263/96 estabelece no artigo 9º o seguinte:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, **garantida a liberdade de opção**.
(sem grifos no original)

Considerando que o direito ao planejamento familiar 1 – é direito fundamental; 2 – é, também, corolário da autodeterminação e, portanto, individual; 3 – fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição); 4 – impõe ao Estado a obrigação de respeitar e promover a liberdade em relação ao projeto parental, sendo vedada qualquer forma coercitiva, questiona-se: a “liberdade de opção” prevista no final do artigo 9º da Lei n.º 9.263/96 se refere à liberdade de opção de escolha apenas dos métodos conceptivos e contraceptivos ou pode ser entendida como a liberdade de escolha ou opção para o exercício do direito ao planejamento familiar? Em outras palavras: a liberdade de opção pode ser escolher entre a concepção e a contracepção em si (e não somente aos métodos)?

Em ambas hipóteses, a liberdade de opção se refere propriamente ao exercício do direito ao planejamento familiar, abrangendo a decisão do sujeito que não deseja procriar, por exemplo. Contudo, questão que se impõe para discussão deste trabalho é se a decisão de não ter filhos pode ser extensiva, abrangendo a situação hipotética de decidir não ter filhos deficientes, por exemplo. O exercício do direito ao planejamento familiar incluiria tal conjectura? Os limites ao

exercício do direito abrangem a situação da pessoa desejar não ter filhos com determinada malformação (ou com qualquer malformação)?

Enquanto o abortamento é proibido no Brasil (artigo 124 do Código Penal), justificá-lo com fundamento do nascimento de uma criança deficiente, ainda que condenada a uma sobrevida, parece, *a priori*, errado. No atual contexto nacional, não soa lícita a alegação de que se trata de exercício de uma liberdade (planejamento familiar) o direito à interrupção da gestação quando do diagnóstico de malformações fetais ou anomalias congênitas, no geral.

A sociedade brasileira, de modo geral, é influenciada por valores cristãos, principalmente no que diz respeito ao surgimento da vida. Exemplo deste fato foi a audiência pública realizada no STF durante a instrução para julgamento da ADPF 442 em agosto de 2018. Resumidamente, a referida arguição de descumprimento de preceito fundamental pretende que o STF exclua do âmbito de incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras doze semanas. A ação argumenta que os artigos que proíbem o abortamento afrontam preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Após dois dias de audiência, foram ouvidos mais de quarenta especialistas do Brasil e do exterior, entre eles pesquisadores de diversas áreas, profissionais da saúde, juristas, advogados e representantes de organizações da sociedade civil de defesa dos direitos humanos e entidades de natureza religiosa, que fizeram suas exposições. Os argumentos apresentados por àqueles que pretendem a manutenção da condição de crime a realização do abortamento foram fundamentalmente religiosos.

Não se quer diminuir a importância dos argumentos apresentados, mesmo porque a audiência pública no âmbito do STF tem por objetivo ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante (artigos 13, XVII e 21, XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Logo, se as autoridades foram autorizadas a se manifestar na audiência pública, é porque possuem papel relevante e de destaque na sociedade.

O fato de vários representantes religiosos terem sido ouvidos na mencionada audiência reforça o argumento segundo o qual a sociedade brasileira sofre grande influência destes valores no que tange à vida, à procriação, que orientam no que moralmente se considera certo e errado. Para Sandel (2013), do ponto de vista racional, expressa em suas lições esse sentimento social arraigado ao contexto social brasileiro, com a ideia segundo a qual

Valorizar os filhos como dádivas é aceitá-los como são, e não vê-los como objetos projetados por nós, ou produtos de nossa vontade, ou instrumentos de nossa ambição. O amor de um pai ou uma mãe não depende dos talentos e atributos que o filho porventura tenha. Escolhemos nossos amigos e parceiros baseando-nos, pelo menos em parte, nas qualidades que julgamos atrativas, mas não escolhemos os nossos filhos. Suas qualidades são imprevisíveis e nem mesmo os pais mais cuidadosos podem ser responsabilizados completamente pelo tipo de filho que têm. (SANDEL, 2013, p. 59)

Atualmente, o mundo social preza o domínio e o controle, de forma que cada vez mais os pais se fecham para o imprevisto. Um mundo *à gattaca*, em que os pais se acostumam a especificar o gênero e os traços genéticos dos filhos, seria um mundo intolerante ao imprevisto, uma enorme comunidade fechada. (SANDEL, 2013, p. 98). Continuando seu raciocínio, o autor entende que não é eticamente correto escolher não ter um filho deficiente, por exemplo. Com os exames genéticos pré-natais, hoje ter um filho com síndrome de Down não é mais considerado como obra do acaso:

Seja qual for sua crença sobre condições genéticas, se é que alguma o faz, justificam o aborto (ou selecionar um embrião, no caso do diagnóstico genético pré-implantação), o advento dos testes genéticos criou uma carga de decisões que não existia antes. Os futuros pais continuam livres para escolher se desejarem ou não os exames pré-natais e agir ou não em relação ao diagnóstico. Porém são livres para escapar ao fardo da escolha criada pelas novas tecnologias, nem podem evitar ser envolvidos no quadro ampliado da responsabilidade moral que acompanha os novos hábitos de controle (SANDEL, 2013, p. 100).

Ao revés do contexto nacional, pressupondo que a realização do abortamento seja permitida legalmente, sem a necessidade de escusas justificantes, incluir-se-ia no exercício do direito ao planejamento familiar a escolha de não ter filhos deficientes? Se não, como o Estado faria este controle? Cabe ao Estado a valoração dos motivos individuais que levaram a essa escolha?

2.4 O dano existencial na falha durante o aconselhamento genético

No capítulo 1, realizou-se o estudo da teoria da responsabilidade civil e de lá se extrai que a reparação decorre da conduta e do dano, quando haja nexo de causalidade entre ambos. Para que haja o dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil fundada na culpa (seja extracontratual subjetiva ou contratual com obrigação de meio) são necessários os seguintes requisitos cumulativos: a) uma ação ou omissão dolosa ou culposa; b) a existência de dano

(moral, patrimonial, estético – que podem ser cumuláveis⁷) e c) a ligação entre a ação/omissão e o dano, conhecido como nexo de causalidade.

Completando o assunto, agora depois de passar pelos temas da bioética, principalmente depois de discorrer sobre o direito ao planejamento familiar e a perda de uma chance (essa no capítulo 1), passa-se ao estudo do denominado dano existencial, espécie do gênero dano moral. A escolha por tratar deste tema nesta parte do trabalho e não no primeiro capítulo, é que neste a opção foi por tratar de assuntos relacionados mais intrinsecamente ao direito civil, ao passo que agora a discussão já se desenvolveu de forma suficiente que permite o desdobramento e a conexão com a bioética.

Maria Helena Diniz ensina o que seria um *tertium genus*, de forma que há dano existencial quando há agressão aos direitos fundamentais ou de personalidade, que são garantidos pela Constituição, gerando modificação nas atividades exercidas pela vítima ou frustração em seus projetos de vida, levando à perda do sentido da vida (DINIZ, 2020, p. 183). Afirma, ainda, que

A Itália, na década de 1960, já falava em *danno alla vita di relazione*, dano à convivência ou ao relacionamento social, que podia atingir direta ou indiretamente, a capacidade laborativa da vítima. O dano à vida de relação é o que impede alguém de gozar dos prazeres advindos de atividades artísticas, recreativas – esportes, pesca, turismo etc. – religiosas ou culturais, que influenciam seu relacionamento profissional ou social, reduzindo chance de obter êxito, o que poderá repercutir na obtenção de rendimentos, portanto, será dano existencial todo aquele que, potencialmente, impeça qualquer atividade que realize o ser humano (DINIZ, 2020, p. 183).

O direito de cada um livremente moldar sua vida, dentro daquilo que considera como adequado, é consequência da situação existencial humana. Cada ser humano tem o direito de moldar sua vida, seu destino e escolher os meios para atingir sua realização pessoal de forma livre (DINIZ, 2020, p. 184). O núcleo do dano existencial indenizável é justamente a lesão a esse projeto de vida, que prejudica o destino pretendido e à realização pessoal integral, levando a renúncias ou ao replanejamento diferente em razão das limitações causadas pela ofensa sofrida (DINIZ, 2020, p. 184).

A diferença fundamental entre o dano moral em sentido amplo e o dano existencial é que o primeiro atinge a integridade física e psíquica da pessoa, enquanto o segundo atinge as atividades quotidianas, de modo que o sujeito deixará de fazer certas coisas ou deverá fazê-las

⁷ STJ. Súmula: 37 “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

de modo diferente. Sendo assim, pode não haver lesão de ordem psíquica ou patrimonial e mesmo assim existir dano existencial, basta que haja impedimento para fruição de determinado direito. Por estas razões, entende Maria Helena Diniz que a indenização por dano moral e existencial é cumulável (DINIZ, 2020, p. 185).

A perda de uma chance caracteriza-se pelo aniquilamento de oportunidade de obtenção de uma vantagem ou pela frustração da oportunidade de evitar um dano (DINIZ, 2020, p. 187). Além disso, ela só será indenizável quando for possível calcular o grau de probabilidade da concretização da vantagem ou de evitar o prejuízo. Neste sentido,

A perda de uma oportunidade é um dano cuja avaliação é difícil, por não ser possível a condução da vítima ao *statu quo ante*, pois não mais terá a chance perdida. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo, o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de a chance perdida se concretizar (DINIZ, 2020, p. 187).

O professor Bebbber ensina que o dano existencial é a lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que o sujeito elaborou para sua realização como ser humano, sendo o projeto de vida o destino escolhido pela pessoa, o que ela decidiu fazer com sua vida (BEBBER, 2009, p. 27). Diz-se existencial justamente “porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital” (BEBBER, 2009, p. 27).

Portanto, pode-se dizer que o dano existencial se materializa quando os planos para a vida de determinado sujeito são frustrados, gerando prejuízos de ordem moral, que afetam seu psicológico. Uma das formas pelas quais as pessoas orientam seus projetos de vida é através do aconselhamento genético, principalmente para indivíduos ou casais que tem como objetivo gerar um filho.

O aconselhamento genético⁸ surgiu em contraposição à eugenia, quando o americano Sheldon C. Reed, em 1979, na obra *A short history of human genetics in the USA* propôs o termo *genetic counseling* para o atendimento de famílias ou pessoas com doenças genéticas, baseado no princípio da neutralidade do profissional em relação às decisões pessoais dos sujeitos (PINA-NETO, 2008, p. 21). Ainda segundo o mesmo autor,

⁸ A expressão *aconselhamento genético* diz respeito ao procedimento de estudos dos genes que tem por objetivo evitar concepção, gestação e nascimento de filhos desejados pelos genitores e livres de doenças ou deficiências. Este trabalho adota a expressão proposta por Aitiziber Emaldi-Cirión (2004).

Este conceito [aconselhamento genético] foi desenvolvido em seminário desenvolvido pela Fundação Nacional de Genética da América do Norte e publicado por Fraser em 1974, o qual foi referendado pela Associação Americana de Genética Humana em 1975 e se tornou o conceito clássico de AG: processo de comunicação que cuida dos problemas humanos associados à ocorrência ou recorrência de uma doença genética em uma família (PINA-NETO, 2008, p. 22).

O processo do aconselhamento genético envolve a orientação realizada por especialistas para compreender, entre outras questões, fatos médicos, como diagnóstico, prognóstico e os tratamentos disponíveis; avaliar como a hereditariedade contribui para determinada doença; o risco de recorrência para determinados parentes e as opções em relação à vida reprodutiva da família (PINA-NETO, 2008, p. 23). O artigo 2º, XIV, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos (UNESCO, 2004) prevê que:

Aconselhamento genético é o procedimento que consiste em explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e/ou depois do teste ou do exame genético⁹ (UNESCO, 2004) (tradução nossa)

Em outras palavras, o aconselhamento genético tem por objetivo resolver problemas no campo da hereditariedade, através de processo de diagnóstico, para avaliar as condições hereditárias dos pais, a fim de evitar doenças congênitas como as malformações, as deficiências mentais ou sensoriais. Nas palavras de Débora Diniz e Guedes,

O aconselhamento genético pode ser definido como uma prática a meio caminho do serviço social e da clínica médica. Na mesma medida em que está a qualidade da informação técnica transmitida sobre diagnósticos, probabilidades e riscos, está a habilidade do aconselhador em avaliar e compreender o impacto moral da informação genética na vida das pessoas. Por isso, um dos valores centrais do *ethos* do aconselhamento genético é a neutralidade moral, um princípio de difícil concretização, mas que remete ao compromisso da nova genética com a autonomia individual (DINIZ; GUEDES, 2005, p. 750).

O aconselhamento genético, como categoria ampla, tem o fito de averiguar a possível transmissão de enfermidades ou deficiências genéticas, hereditárias ou cromossômicas. O AC pré-conceptivo é aquele realizado antes da concepção, da união dos gametas *in vitro* ou *in vivo* (SOUZA, 2014, p. 34). Já o pré-implantatório é aquele realizado nos embriões *in vitro* antes da

⁹“Genetic counselling: A procedure to explain the possible implications of the findings of genetic testing or screening, its advantages and risks and where applicable to assist the individual in the long-term handling of the consequences. It takes place before and after genetic testing and screening” (UNESCO, 2004).

transferência ao útero materno (SOUZA, 2014, p. 36). O pré-natal é realizado junto ao nascituro no útero materno (SOUZA, 2014, p. 42) e o pós-natal após o nascimento da criança.

No contexto nacional,

O aconselhamento genético vem sendo considerado um ato médico no Brasil, e o número de geneticistas treinados para a prática do aconselhamento é ainda bastante restrito. Fora dos hospitais universitários ou dos centros de saúde pública de referência, não se encontram geneticistas treinados no *ethos* do aconselhamento genético, fazendo com que a informação genética seja repassada por outros profissionais de saúde também sem treino específico para o aconselhamento genético (DINIZ; GUEDES, 2005, p. 748).

O serviço de prestar informação de ordem genética é realizado por especialistas para tanto, de forma que a especialidade é essencial para realização deste trabalho. Por esta razão, entende-se que, para o Direito, o aconselhamento genético é obrigação de resultado, porque o profissional é responsável por este e somente se desobriga da prestação quando a finalidade prometida é alcançada.

Partindo desses pressupostos, nos casos de aconselhamento genético pré-conceptivo, pré-implantatório e pré-natal, o erro no estabelecimento ou confirmação do diagnóstico que, inclusive, é a base para a continuidade do processo de aconselhamento genético (com a tomada de decisão e outras questões), é indenizável? Fazendo aqui a devida conexão com o dano existencial, a frustração ao planejamento familiar é indenizável?

Entende a professora Maria Helena Diniz que “todos têm direito à existência digna, de buscar paz de espírito e lazer, de forma que o dano existencial deve ser reparado” (DINIZ, 2020, p. 189). Mas será que em todas as hipóteses? Ela discorre que

A perda da chance, oriunda da lesão extrapatrimonial, abarca o *dano existencial*, ou dano a um projeto de vida, por ser uma lesão à existência e à dignidade da pessoa, decorrente da violação de um dos direitos fundamentais ou direitos da personalidade, que provoca frustração, ou melhor, modificação nas atividades cotidianas por ela exercidas na consecução de um plano de vida pessoal, pouco importando a repercussão econômica, dando azo a um ressarcimento para que haja proteção à personalidade [...] (DINIZ, 2020, p. 188).

Se a indenização por dano existencial é devida quando há lesão ao direito do ser humano de programar sua vida, sendo inclusive um exemplo o ato de imperícia médica que acarrete a impossibilidade de ter um filho (DINIZ, 2020, p. 186), a partir do momento que a ciência consegue ver o que tem dentro da barriga da mulher, bem como evitar uma gravidez, não seria indenizável, com fundamento no dano existencial, quando, por negligência médica, há uma

gravidez indesejada? E na hipótese de o abortamento ser permitido, ainda que em determinadas situações (inviabilidade fetal, por exemplo): o erro médico de diagnóstico no aconselhamento genético, que permite que uma gestação seja levada adiante e dada à luz uma criança com graves malformações, é indenizável? Qual o alcance moral do que a doutrina conceitua como dano existencial? Ele abrange essas situações ou existe um limite do que seria considerado prejuízo?

2.5 Perda de uma chance da escolha reprodutiva

O aludido dever de informar do médico integra os riscos existentes no tocante ao tratamento ou procedimento e, quando for o caso, aos medicamentos indicados para o caso. Além disso, o conjunto dos deveres de informação é formado pela correta interpretação dos resultados na hipótese de exames diagnósticos e do aconselhamento genético – que será visto de forma pormenorizada no próximo subcapítulo. Trata-se do erro de diagnóstico, que também é capaz de ensejar a responsabilidade civil.

A doutrina tem considerado que importa em responsabilidade civil pela perda de uma chance no caso da interrupção, por determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, resultado benéfico, e que, em razão da interrupção, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída (GONÇALVES, 2017, p. 302). No caso de estarem presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil, haverá o dever de indenizar, pois a perda de chance é considerada um dano – já que frustrada a obtenção de um ganho futuro.

A construção da teoria da perda de uma chance nos remete ao final do século XIX, na França, quando se entendeu ser indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, ou seja, quando o fato gerador da responsabilidade era responsável por fazer perder a outrem a possibilidade de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, se a chance existia e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível (GONÇALVES, 2017, p. 302).

Paulo Nader destaca que a modalidade lesiva pode se caracterizar quando há o impedimento da vítima de tomar providências que estariam ao seu alcance para evitar um dano, consistente na frustração patrimonial ou moral (NADER, 2016, p. 110). Desta forma, há perda de chance quando a vítima foi impossibilitada de evitar que se imperasse o evento danoso. Para o autor,

Integra a noção de dano material tanto os bens que, em decorrência de conduta alheia antijurídica, passaram a desfalcar o patrimônio de alguém quando os que se deixou de ganhar. No primeiro caso, têm-se os *danos emergentes* e, no segundo, os *lucros cessantes*. Aqueles diminuem o acervo de bens; estes impedem o seu aumento. A perda de chance quando concreta, real, enquadra-se na categoria de *lucros cessantes*, ou seja, danos sofridos pelo que se deixou de ganhar ou pelo que não se evitou perder (NADER, 2016, p. 111).

O Código Civil não enumera os casos pelos quais os danos são passíveis de reparação, apenas utiliza fórmula genérica do ato ilícito, previstas nos artigos 186 e 187, bem como as disposições sobre a indenização (artigos 944 a 954). A opção legislativa por tratar o tema desta maneira justifica-se na medida em que as possibilidades fáticas que levam a responsabilização civil são infinitas (NADER, 2016, p. 111), ou seja, podem se operar de tantas formas que não é possível a previsão da totalidade delas. Além disso, a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado brasileiro previstos pela Constituição de 1988, garante que sejam tutelados os direitos da personalidade de forma ampla, aumentando-se, por consequência, as hipóteses dos danos indutores da indenização.

Em 2018, o STJ, através do REsp 1.662.338/SP, reconheceu a perda de uma chance por tratamento médico adequado, no caso em que, em razão da negligência médica, durante tratamento oncológico de câncer de mama, o profissional da saúde não orientou a paciente de maneira adequada, deixando de recomendar a quimioterapia, a realização de mastectomia parcial e orientação para não engravidar. No caso, a paciente veio à óbito, que foi considerado anormal pela família, já que se tratava de uma jovem de vinte e um anos, atleta, saudável e sem histórico de problemas neurológicos.

Para a ministra relatora, Nancy Andriahi, a falta de cuidado maior durante uma situação delicada foi o nexo de causalidade entre o óbito da paciente, considerando que as chances de sobrevivência dela eram maiores do que as chances de seu falecimento (STJ, 2018, p. 06). Ainda, destacou que o dano não se referia ao agravamento da doença ou óbito, mas sim à chance perdida de uma possibilidade de cura ou sobrevida mais digna. Nestes casos, o agente responde pela chance que ele privou à paciente e não pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído (STJ, 2018, p. 07).

A responsabilidade civil, nestas hipóteses, se refere à frustração da oportunidade, que é vista como um dano autônomo – diferente do resultado danoso final (que no caso foi o falecimento da jovem). Para o STJ, para aplicação da teoria da perda de uma chance em que é discutida a ocorrência de erro médico, é preciso que estejam presentes os seguintes requisitos, cumulativos:

(i) uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) uma ação ou omissão do defensor que tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético (STJ, 2018, p. 08).

A questão que surge para reflexão consiste na (im)possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance por tratamento médico adequado nos casos em que há frustração à escolha reprodutiva da paciente. Se considerarmos (a) a chance concreta o alto grau de probabilidade de um método contraceptivo; (b) uma ação ou omissão consistente em erro ou negligência médica que tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance, no caso de uma cirurgia de laqueadura mal realizada, por exemplo; e (c) o fato de que o dano não é um benefício perdido, mas hipotético, de forma que não se considera a gravidez indesejada um dano em si, mas sim a frustração ao desejo de não engravidar, parece ser possível a aplicação da responsabilidade civil médica, nos moldes vistos no Capítulo 1, para esta situação.

Avançando na discussão, considerando a situação hipotética de erro durante aconselhamento genético pré-natal, no qual o profissional da saúde tinha todas as condições para diagnosticar determinada má-formação fetal, mas, por negligência, não o faz. Como consequência, há o nascimento de uma criança com anomalias congênitas e a frustração do direito dos pais de realizar um abortamento – considerando, ainda, que nesta hipótese é permitido. Mais uma vez, se considerarmos (a) o alto grau de probabilidade de se obter um benefício ou evitar um prejuízo, aqui entendido como o diagnóstico do aconselhamento genético com a finalidade específica de evitar o nascimento de uma criança com malformações; (b) uma ação ou omissão consistente em erro ou negligência médica que tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance de realizar o abortamento e (c) o fato de que o dano não é um benefício perdido, mas hipotético, considerando que o nascimento do filho não é um dano em si, mas sim a frustração ao direito dos pais de realizarem o abortamento – que é hipotético, porque aos pais não foi dada a opção de escolher realizar o procedimento ou não, de forma que não se pode afirmar que eles optariam por interromper a gestação com o diagnóstico correto do AG. Pergunta-se: neste caso, haveria responsabilidade civil do médico com fundamento na teoria da perda de uma chance da escolha reprodutiva?

2.6 Considerações finais do capítulo 2

Com essas considerações encerra-se este capítulo, ao mesmo tempo em que não se pretende encerrar a discussão, nem oferecer uma única resposta como sendo a verdadeira ou correta, muito pelo contrário. O objetivo foi o de fomentar o debate para os próximos capítulos e, conseqüentemente, para a conclusão. As questões cujas quais foram trazidas sustentam a investigação contida nos objetivos dessa dissertação e não foram respondidas porque se reconhece, desde já, que há várias respostas verdadeiras, diante da pluralidade das diversas formas de vida existentes – todas válidas. A pretensão foi de preparar o arcabouço teórico argumentativo para o próximo capítulo, que será a parte prática da presente dissertação.

Pretende-se responder os questionamentos surgidos durante as reflexões neste capítulo a partir da análise dos casos estrangeiros, que será realizada no capítulo 3. Utilizando como marco teórico Antonio Junqueira de Azevedo, a partir da centralidade do caso concreto, buscase rumos normativos (AZEVEDO, 2000) para a resolução das questões propostas e ampliação do debate no contexto normativo jurídico nacional.

CAPÍTULO 3 Análise de casos estrangeiros de responsabilidade civil no aconselhamento genético

O desenvolvimento deste capítulo utiliza como pano de fundo os pensamentos do professor Antonio Junqueira de Azevedo, desenvolvidos em seu texto “O Direito Pós-Moderno e a Codificação”, em que se justifica o estudo a partir da centralidade do caso concreto, para se buscar rumos normativos (AZEVEDO, 2000) para a resolução das questões propostas e ampliação do debate no contexto normativo jurídico nacional. No mesmo sentido, para o debate bioético, assim como a análise e recomendação em cada caso, deve ser guiado pelo princípio da precaução e da estratégia do caso por caso e passo por passo, ou seja, dependeria sempre da observação do caso em concreto (SANTALÓ; CASADO; 2016, p. 30).

Logo, a partir da análise de julgados estrangeiros procurou-se responder às indagações trazidas no capítulo 2, bem como à resposta à pergunta chave desta pesquisa: é possível a aplicação das teorias do *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* no Brasil, considerando o atual contexto jurídico-normativo?

3.1 Ações de responsabilidade civil por *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*

Os avanços na medicina, especialmente na genética, contribuem, cada vez mais, para o desenvolvimento dos diagnósticos pré-natais praticados atualmente, de modo que está cada vez mais acessível às pessoas a possibilidade da medicina preditiva ou do aconselhamento genético. Entre os diagnósticos pré-natais mais comuns estão: pré-concepção, pré-implantação, pré-natal e pós-natal, dependendo do momento e das circunstâncias de realização do mesmo (EMALDI-CIRIÓN, 2017, p. 3).

Através dos resultados do aconselhamento genético, os pais passam a ter acesso a eventuais anomalias ou doenças sobre o embrião ou feto (a depender do estágio de desenvolvimento). Após este momento, cabe aos pais a tomada de decisão com base nos resultados obtidos. Segundo Emaldi-Cirión (2017, p. 4), os objetivos mais relevantes dos diagnósticos pré-natais são, dentre outros, a detecção de uma patologia ou predisposição de uma doença; o planejamento do nascimento do filho de acordo com malformações que o feto poderia ter; a aplicação de tratamento médico, resultando numa intervenção durante a gravidez;

a interrupção da gravidez por razões eugênicas ou, por fim, assumir o nascimento de uma criança com anormalidade ou doença.

O diagnóstico serve, essencialmente, para permitir que os casais conheçam os riscos de anomalias ou doenças geneticamente herdadas pela sua prole, esclarecendo sobre a futura saúde de seus filhos, facilitando a tomada de decisão sobre a procriação. Segundo Débora Diniz, “grande parte das doenças e deficiências diagnosticadas pelas técnicas modernas de diagnóstico pré-natal não possui tratamento ou cura, o que faz com que, nos casos mais graves e limitantes, as mulheres desejem a interrupção seletiva da gestação” (DINIZ, 1003, p. 14).

A prática dessas técnicas é feita por profissionais especializados no assunto que, todavia, assim como nas demais áreas médicas, estão suscetíveis a errar, levando a resultados indesejados por negligência. O erro médico por negligência no aconselhamento genético pode levar a resultados falsos positivos, nos quais o feto é identificado inicialmente como portador de uma carga genética negativa que, na realidade, não existe (EMALDI-CIRIÓN, 2017, p. 6). Ao revés, podem, por exemplo, levar a resultados falsos negativos: quando não há o correto diagnóstico sobre anomalias, mas o produto da concepção nasce com alguma doença ou má-formação.

Neste campo, especificam-se as ações que surgem quando a prática médica inadequada é configurada: *wrongful conception* ou *pregnancy* (concepção indevida); *wrongful birth* (nascimento indevido) e *wrongful life* (vida indevida) (RAPER & EVANS, 2005, p. 104).

Wrongful conception ou *wrongful pregnancy* referem-se às ações cuja alegação é a de que, devido a suposta negligência do médico, os pais têm um filho que nasce saudável, mas pelo menos um dos pais (ou os dois) procurou evitar ter a criança. O padrão mais comum envolve um produto de controle de natalidade que teve mau funcionamento ou uma ligadura tubária mal realizada ou uma vasectomia mal executada ou qualquer outro tipo de esterilização que falhou. Nestas situações, há a concepção de uma criança quando, supostamente, era garantido que tal não iria ocorrer (SILVA, 2017, p. 3).

Nos casos de concepção indevida, a busca pela compensação financeira por pelo menos um dos pais decorre de más práticas de saúde, com falhas nos métodos contraceptivos ou de esterilização, no qual não foi obtido o resultado contraceptivo eficaz esperado – tendo em vista a concepção e o parto de uma criança saudável e não planejada.

As ações de concepção indevida decorrem de um aconselhamento genético com um resultado falso negativo, pré-conceptivo ou pré-implantatório, ensejando uma gravidez indesejada (SOUZA, 2014, p. 52). Estas ações decorrem de mau aconselhamento genético ou

mesmo de práticas médicas falhas, que culminam numa gestação não desejada, porém com descendentes perfeitos (sem doenças ou anomalias).

Os casos de *wrongful birth* tratam da alegação de que a criança nasceu com uma deficiência e os pais, por meio de uma ação própria em seu nome, buscam a reparação de danos associados à criação da criança. O padrão mais comum envolve uma falha no diagnóstico correto da anomalia e a alegação é que, exceto pelo erro, os pais não teriam aquele filho. Assim,

Las demandas por WB se configuran cuando los progenitores, especialmente la madre, no puede optar por la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en detrimento del derecho a la autodeterminación que le asiste, debido a la ausencia de información necesaria o, en su defecto, por haberla recibido de forma imprecisa por parte de los profesionales de la salud, lo que hace que el producto de la gestación nazca con graves alteraciones. (BASTIDAS et al., 2019, p. 3)¹⁰

Desta forma, nas ações de responsabilidade civil por nascimento indevido busca-se a reparação do dano causado por negligência médica, consistente na falta de informações necessárias no campo do aconselhamento genético, violando o direito à autodeterminação dos pais sobre o produto da gravidez. O direito lesado é o poder de decisão dos pais, que é consequência da ação omissiva do profissional médico negligente.

A ação indenizatória com fundamento jurídico de *wrongful life* é semelhante ao *wrongful birth*, mas aqui a ação é movida pela criança que nasce ou por um tutor em nome da criança. A alegação é que a criança foi lesada pelo ato errado que deu origem à gravidez e, finalmente, pelo seu nascimento. A criança reivindica que seu nascimento é uma espécie de lesão para ela, pois vive uma vida que não vale a pena ser vivida, cheia de dor e sofrimento, desprovida de qualquer coisa boa. Segundo Emaldi-Cirión,

La causa que motiva la acción de wrongful life es, esencialmente, la reclamación por la negligencia o la mala praxis médica. El niño que padece alguna anomalía alega que el médico tenía un deber con él y que ese deber fue incumplido. El sujeto con la anomalía, o enfermedad no alega que la negligencia del profesional fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que, la misma, dio lugar a su nacimiento. (EMALDI-CIRIÓN, 2017, p. 8)¹¹

¹⁰ “As ações judiciais por WB são configuradas quando os pais, especialmente a mãe, não podem optar pela interrupção voluntária da gravidez (IVG) em detrimento do direito à autodeterminação que auxilia, devido à falta de informações necessárias ou, na falta disso, por recebê-lo de maneira imprecisa pelos profissionais de saúde, o que significa que o produto da gravidez nasce com sérias alterações.” (BASTIDAS et al., 2019, p. 3) (tradução nossa).

¹¹ “A causa que motiva a ação da vida indevida é, essencialmente, o pedido de negligência ou negligência médica. O menino que sofre de alguma anormalidade alega que o médico tinha um dever com ele e que esse dever foi violado. O sujeito com a anomalia ou doença não alega que a negligência do profissional foi a causa de sua lesão ou doença, mas, o mesmo resultou em seu nascimento.” (EMALDI-CIRIÓN, 2017, p. 8) (tradução nossa).

As ações de responsabilidade civil por vida indevida são movidas pela criança que entende que não deveria ter sido concebida e, em razão da negligência médica, os pais foram privados de tomar uma decisão justa, consistente na possibilidade de interromper a gestação. O dano é configurado através do nascimento de uma criança que experimenta intenso sofrimento. As ações de vida indevida invocam argumentos valorativos de extrema importância, como o direito de nascer física e mentalmente saudável e o direito à não existência ou o direito de não nascer (SILVA, 2017, p. 5).

Definiu-se como marco teórico desta pesquisa os conceitos trazidos pela professora Rebecca Greenstreet, que define a concepção indevida como uma reclamação apresentada em razão de negligência que resultou em uma concepção que o requerente tinha procurado evitar e normalmente surge de uma esterilização negligente (falha em uma operação de esterilização ou o fornecimento incorreto de informações sobre essa operação) (GREENSTREET, 2018, p. 02).¹²

As ações por nascimento indevido são casos diferentes dos casos de concepção indevida, pois aqui os requerentes não procuraram evitar a concepção em si, mas a negligência fez com que perdessem a oportunidade de interromper a gravidez (por exemplo, por meio de triagem pré-natal negligente) (GREENSTREET, 2018, p. 02).¹³ Já as ações por vida indevida referem-se aos casos movidos por uma criança que alega que, não fosse a negligência do réu, ela nunca teria nascido e isso teria sido um resultado melhor) (GREENSTREET, 2018, p. 01).¹⁴

As ações decorrentes de práticas médicas inadequadas ou negligentes, para além da discussão sobre eventuais intuitos eugênicos, desafiam também a prática do instituto da responsabilidade civil para lidar com este novo conjunto de dilemas éticos-jurídicos cujas fronteiras nem sempre são perceptíveis (SILVA, 2017, p. 6).

Neste ponto da pesquisa, a proposta foi investigar nos tribunais estrangeiros a existência destas ações para, no próximo momento, proceder a análise dos eventuais julgados encontrados,

¹² “*Wrongful conception*: this is a claim brought where the negligence has resulted in a conception which the claimant had sought to avoid and normally arises out of a negligent sterilisation (whether it is failed sterilisation operation or the incorrect provision of information regarding that operation).” (GREENSTREET, 2018, p. 02).

¹³ “*Wrongful birth*: such cases are different to wrongful conception cases as here the claimants did not seek to avoid conception itself but instead the negligence has caused them to lose the opportunity to terminate a pregnancy (for example through negligent pre-natal screening).” (GREENSTREET, 2018, p. 02).

¹⁴ “*Wrongful life*: this type of claim is a case brought by a child who is alleging that but for the defendant's negligence they would never have been born and that would have been a better outcome.” (GREENSTREET, 2018, p. 01).

notadamente quando sua aplicabilidade e aceitabilidade jurídica, além da discussão sobre as questões controversas destas pretensões. Esclarece-se, portanto, que não se encontram entre os objetivos desta pesquisa a realização de estudo comparado entre os países selecionados.

3.2 Materiais e métodos para realização da pesquisa: sobre a escolha da amostra

Sobre os procedimentos metodológicos, esta pesquisa utilizou os métodos de análise quantitativos e qualitativos, e foi realizada nos sítios eletrônicos dos tribunais, disponíveis na Internet, cujos quais serão especificados nos itens de cada país, detalhadamente. O marco teórico para a realização da análise de conteúdo foi inspirado em Roque Moraes (1999).

A pesquisa se propôs a realizar a busca por palavras-chave no espaço destinado à pesquisa de jurisprudência de cada tribunal. Sendo assim, após localizar no site de cada tribunal o local correspondente para realização da pesquisa, foram inseridos, por vez, as seguintes palavras-chave: “*wrongful conception*”, “*wrongful birth*” e “*wrongful life*”. A pesquisa, nos tribunais estrangeiros, foi realizada em inglês, pois os termos são assim comumente utilizados, ainda que a língua materna do país seja outra. Sobre o recorte institucional, a pesquisa foi realizada nas Cortes Superiores dos países e dos estados elencados a seguir, considerando a maior repercussão jurídica da matéria quando julgada por estas na formação da jurisprudência.

Inicialmente, o objeto de estudo abrangeria os cinquenta estados dos Estados Unidos (Alabama, Alasca, Arkansas, Arizona, Califórnia, Cansas, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Colorado, Conecticute, Dacota do Norte, Dacota do Sul, Delaware, Flórida, Geórgia, Havaí, Idaho, Ilha de Rodes, Ilinóis, Indiana, Iowa, Kentucky, Luisiana, Maine, Marilândia, Massachussets, Michigan, Minesota, Mississípi, Missúri, Montana, Nebraska, Nevada, Nova Hampshire, Nova Jérsei, Nova Iorque, Novo México, Oklahoma, Ohio, Óregon, Pensilvânia, Tenessi, Texas, Utá, Vermonte, Virgínia, Virgínia Ocidental, Washington, Wisconsin e Wyoming), além da Suprema Corte dos Estados Unidos e dos seguintes países europeus: Espanha, Itália, Irlanda, Portugal e Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia).

A escolha destes países deu-se em razão: 1) da maior possibilidade de encontrar os casos buscados, considerando a origem das ações de concepção indevida, vida indevida e nascimento

indevido¹⁵; 2) da influência que os Estados Unidos e Europa exercem no Direito brasileiro e 3) o idioma dos países selecionados, havendo a limitação entre português, inglês, espanhol e italiano.

O objetivo inicial seria proceder a análise pormenorizada dos casos com recorte temporal dos três últimos anos (2018, 2019 e 2020), para manter a atualidade da pesquisa, através da análise dos casos mais recentes sobre a tema. Contudo, foi encontrado apenas um caso dentro desse recorte temporal. Considerando, ainda, que foram escassos os casos encontrados nas cortes superiores, alterou-se o método para se proceder à análise qualitativa e quantitativa de todos os resultados.

Os resultados obtidos que versam sobre *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* estão representados em quadros destacados em rosa, azul e verde, respectivamente. Além disso, estão organizadas por ordem decrescente em relação às datas: do caso mais recente para o mais antigo.

Os quadros com os julgamentos de cada um dos países contêm informações sobre a data de julgamento, a identificação do julgado, a cidade de origem do caso e o resultado, que indica exclusivamente a apreciação pelo tribunal sobre o pedido de indenização pelos danos morais e/ou materiais, se indeferido ou deferido (ainda que parcialmente). Isso significa que nestes resultados não constam os argumentos pelos quais a ação foi julgada procedente ou improcedente, nem sobre a possibilidade de existência de mais de um pedido da ação – que não diga respeito, diretamente, à indenização com fundamento da responsabilidade civil por *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.

No item 3.4 realizou-se a análise quantitativa dos dados, que foram organizados em quadros, tudo conforme metodologia proposta por Roque Moraes, através da preparação, unitarização, categorização e descrição das informações (MORAES, 1999, p. 04). Já no item 3.5 procedeu-se a análise qualitativa dos julgados estrangeiros de forma pormenorizada e individualizada, com a análise da totalidade dos pedidos de cada ação, bem como dos argumentos que lastrearam a decisão. Para esta parte, utilizou-se a última etapa do método proposto por Moraes (1999), que corresponde à interpretação das informações, de acordo com o *conteúdo manifesto* das decisões judiciais analisadas. A análise do conteúdo no nível

¹⁵ O primeiro caso de ação de responsabilidade civil por nascimento indevido e vida indevida ocorreu no Supremo Tribunal de New Jersey, em 1967, denominado *Gleitman vs. Cosgrove*: as pretensões de *wrongful birth* e *wrongful life* foram negadas.

manifesto restringe-se ao que está dito no texto para, então, dirigir-se à intenção que o autor quis expressar (MORAES, 1999, p. 09).

De posse destas informações, propôs-se a abordagem indutiva-constitutiva (MORAES, 1999, p. 10) para a elaboração de quadro com os principais argumentos ventilados pelas decisões judiciais analisadas. Indutiva, na medida em que as categorias foram sistematizadas através de processo progressivo e analógico, destacando determinado argumento (tanto relacionado ao direito civil, quanto à bioética). Constitutiva, através da compreensão dos fenômenos investigados e resultado de “esforço, criatividade e perspicácia por parte do pesquisador, exigindo uma releitura exaustiva para definir o que é essencial em função dos objetivos propostos” (MORAES, 1999, p. 10).

Por fim, esclarece-se que foram mantidos neste trabalho o anonimato dos requerentes, naqueles julgados em que assim estavam. Contudo, mantiveram-se os nomes, quando nos julgados, que estão livres para acesso ao público, assim apareceram. No item 3.6, realizou-se a pesquisa nos tribunais superiores brasileiros (STF e STJ), com os mesmos critérios utilizados para a pesquisa dos casos estrangeiros. Em seguida, foi feita a análise dos resultados e as considerações finais deste terceiro capítulo.

3.3 Apresentação dos resultados encontrados para ações de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida nos tribunais estrangeiros selecionados

3.3.1 Estados Unidos

O primeiro país objeto desta pesquisa foram os Estados Unidos, considerando a hipótese de que seria obtido o maior número de casos envolvendo concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida. Esta expectativa deu-se em razão do fato das demandas por *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* terem surgido, inicialmente, nesse país (*Gleitmom vs. Cosgrove*, 1967, New Jersey), sugerindo a hipótese de que a discussão estaria mais avançada em detrimento de países em que tais discussões chegaram posteriormente ou mesmo ainda não chegaram aos tribunais.

A organização judiciária estadunidense divide-se entre Justiça Federal (*Federal Courts*) e as Justiças Estaduais (*State Courts*). A primeira é destinada à análise de casos de matéria constitucional ou de lei federal (ALMEIDA, 2016, p. 10). O objeto do presente estudo encontra-

se entre as competências estabelecidas para as justiças estaduais, mais especificamente as questões relacionadas a danos (responsabilidade civil).

Em primeira instância, nas justiças estaduais, encontram-se as *Trial Courts*, seguidas pelos tribunais de apelação ou *Court Of Appeals*. No topo da organização judiciária, cada estado tem ainda sua suprema corte (*Supreme Court*) (ALMEIDA, 2016, p. 10). Nossa pesquisa se concentra nas últimas, ou seja, na suprema corte de cada estado, bem como na Suprema Corte dos Estados Unidos, de forma a analisar se há algum caso de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida relacionado à matéria constitucional, no recorte temporal proposto.

Destaque-se que o sistema judiciário estadunidense é baseado no *common law*, sendo os precedentes a regra adotada pelos tribunais (ALMEIDA, 2016, p. 03). Tal fato certamente comprometeria a pesquisa, caso esta utilizasse o método comparativo. Conforme já delineado, não é este o objetivo, mas tão somente a busca por julgados e a análise de casos encontrados, de forma a fomentar o estudo do tema no Brasil e não de oferecer comparação.

Não foi possível aplicar a metodologia proposta neste trabalho na busca nos tribunais superiores dos estados ou da Suprema Corte dos Estados Unidos. Isto porque a busca pela jurisprudência, tanto na Suprema Corte do Estados Unidos, quanto nos tribunais superiores de cada estado, não permite que seja realizada pelo método das palavras-chave. Somente é possível realizar a busca inserindo o número do processo, o nome das partes, o nome do caso ou o nome do advogado. Ainda, é possível ter acesso a todas as decisões realizando o recorte temporal inicialmente proposto (2018, 2019 e 2020), todavia a pesquisa realizada desta forma demonstrou-se inviável, além de se enquadrar fora do método deste trabalho. Realizar a pesquisa desta forma comprometeria a lisura desta dissertação, pois preza-se pelo respeito aos procedimentos metodológicos da pesquisa científica, especialmente da técnica jurídica.

A título de exemplo, mantivemos nesta dissertação a pesquisa realizada na Suprema Corte do Alabama, sendo que o mesmo se repetiu nos tribunais superiores dos demais estados dos Estados Unidos, bem como na Suprema Corte. Não há nenhuma razão especial para a escolha do estado do Alabama para exemplificar a situação, apenas justificou-se para manter a ordem alfabética dos estados.

A conclusão a que se chega é a de que a pesquisa foi realizada, tendo como resultado não ser possível continuar a investigação nos termos em que foi proposta – busca através de palavras-chave. Desta forma, a pesquisa demonstrou-se infrutífera, ante a impossibilidade do retorno de resultados de casos.

O método científico é composto de observações e análises que fazem com que o assunto estudado seja não só confiável na teoria, como também na prática, inclusive nas ciências humanas. É por meio do método científico que se pode provar outras teorias e difundir o conhecimento científico.

O método protege o pesquisador da subjetividade, direcionando a pesquisa à produção de conhecimentos válidos. Abandonar o método em trabalho acadêmico é escolher acreditar somente no que prefere ou lhe convém, de forma a invalidar o resultado do processo e do próprio conhecimento, que deixa de ser científico. Desta forma, a presente pesquisa preocupou-se em manter o recorte metodológico proposto, em respeito à qualidade dos resultados, bem como garantir a comprovação científica destes.

3.3.1.1 Alabama

As pesquisas foram realizadas no site da Suprema Corte do Alabama (“<http://judicial.alabama.gov/Appellate/SupremeCourt>”) na data de 10/03/2020. O site possui a divisão entre “Civil Appeals” e “Criminal Appeals” (apelações cíveis e criminais, respectivamente). O objeto de estudo está concentrado no direito civil (“<http://judicial.alabama.gov/decision/civildecisions>”).

Nesta área do site os “opinions” (pareceres, em tradução livre) estão separados por data. Logo, não é possível realizar a pesquisa por palavras-chave. Foi preciso entrar em cada ano do período selecionado (2018, 2019 e 2020) e depois acessar por dia do mês. As decisões são disponibilizadas no site um dia por semana, às sextas-feiras.

Ressalte-se que a listagem no Apêndice se refere somente às “opinions”. Os julgamentos nos quais não foram emitidos pareceres (“no opinions”) estão fora desta pesquisa, porque não contém nenhuma fundamentação jurídica – apenas confirmam ou não confirmam a decisão anterior e, como consequência, não há discussão sobre o assunto debatido.

Por fim, há uma mensagem alertando que as informações fornecidas pelo site não são finais nem oficiais, pois estão sujeitas à modificação antes da publicação no “Alabama Reporter”. No entanto, a pesquisa “oficial” somente pode ser realizada por advogado cadastrado no sistema e, para realização do cadastro, é necessário informar o número da licença para atuação.

Desta forma, realizamos a pesquisa no modo público e foram encontrados os seguintes resultados, que não se relacionam de nenhuma forma com *wrongful conception*, *wrongful birth* ou *wrongful life*:

CLASIFICACIÓN	NÚMERO DE CASOS
Direito Civil – Famílias	142
Direito Civil – Propriedade	28
Direito Administrativo	19
Direito do Trabalho	15
Direito Civil – Responsabilidade Civil	14
Direito Empresarial	7
Direito Processual Civil	5
Direito Civil – Sucessões	1
Ação de Execução	1
	235

Fonte: a autora (2020)

No Apêndice, a pesquisa está organizada em um quadro por ordem decrescente (do mais recente para o mais antigo), bem como pelo nome do caso e brevemente o assunto da ação. A conclusão a que se chega é de que as ações de concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida não chegaram à Suprema Corte do Alabama nos últimos três anos.

A pesquisa pelos casos dos Estados Unidos (tanto nos estados, quanto na Suprema Corte), foram abandonados no decorrer do trabalho em razão do fato de não ser possível realizar a busca por palavras-chave nos sites dos tribunais superiores. Sendo assim, a pesquisa neste país tornou-se inviável, considerando a complexidade que envolveria acessar cada um dos julgados e proceder a leitura de todos para filtrar se seriam pertinentes ao objeto de estudo.

3.3.2 Espanha

A Constituição da Espanha de 1978 estabelece a organização e o funcionamento dos tribunais, que são regidos pelo princípio da unidade jurisdicional, através da disposição constante no artigo 117, inciso cinco (ESPANHA, 1978). Desta forma, a repartição de competências entre os tribunais se dá em razão da matéria, pessoa, função ou território.

A pesquisa no Tribunal Supremo da Espanha foi realizada no *CENOSJ – Centro e Documentación Judicial do Consejo General Del Poder Judicial*, disponível online (<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>). Selecionou-se a jurisdição “civil” e “Tribunal Supremo”. Em seguida fizemos a busca por texto livre, através das palavras-chave.

Não foram encontrados julgados dentro do período selecionado (2018, 2019 e 2020) para *wrongful conception*. Apresenta-se os resultados encontrados dos casos de *wrongful birth* e *wrongful life*:

WRONGFUL BIRTH			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
14/03/2013	Recurso n.º 1785/2010	Madri	Procedente
11/05/2001	Recurso n.º 1044/1996	Madri	Improcedente

Fonte: a autora (2020)

WRONGFUL LIFE			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
15/09/2015	Recurso n.º 2675/2013	Madri	Procedente
11/05/2001	Recurso n.º 1044/1996	Madri	Improcedente
06/06/1997	Recurso n.º 165/1993	Madri	Procedente

Fonte: a autora (2020)

O Recurso n.º 1044/1996 apareceu como resultado tanto para *wrongful birth*, quanto para *wrongful life*.

3.3.3 Itália

O sistema judiciário italiano é dividido entre Justiça Ordinária e Justiça Administrativa. O Tribunal Constitucional, órgão de bastante importância, mas pertence ao Poder Judiciário, nos termos previstos nos artigos 134 a 137 da Constituição da República Italiana de 1948 (ITÁLIA, 1948).

A *Corte di Cassazione* é o órgão supremo dentro do Judiciário e possui jurisdição sobre todo o território da República. São elencadas as seguintes finalidades a este órgão: “1. a exata observância e a interpretação uniforme da lei; 2. a unidade do direito objetivo nacional; 3 . o respeito dos limites das diversas jurisdições; 4 . a regulamentação dos conflitos de competência e de atribuições” (LOURES, 1976, p. 71).

O sistema judiciário italiano disponibiliza a jurisprudência da *Corte di Cassazione* apenas para advogados cadastrados no sistema *ItalgiureWeb*. Para realizar tal cadastro, é necessário que a pessoa possua um código de usuário e seja autorizada a fazer a pesquisa. Para que se

pudesse realizar a busca, entrou-se em contato com uma advogada italiana, que possuía a habilitação exigida pelo site e retornou os seguintes resultados:

WRONGFUL BIRTH			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
05/02/2018	Recurso n.º 2167/2014	Roma	Procedente
02/10/2012	Recurso n.º 16754/2010	Veneza	Procedente

Fonte: a autora (2020)

3.3.4 Irlanda

A Constituição da Irlanda de 1937 organiza o sistema judiciário entre o Supremo Tribunal ou Suprema Corte (que é o tribunal de último recurso) e os tribunais de primeira instância, divididos, por sua vez, entre Tribunal Superior (competente por julgar matérias cíveis e penais) e tribunais de competência limitada (que julgam matérias de ordem regional) (IRLANDA, 1937).

A pesquisa foi realizada no sítio online dos Serviços de Tribunais da Irlanda (<http://www.courts.ie/Judgments.nsf/advancedsearch?openform&l=en>), em que é possível localizar julgamentos tanto do Supremo Tribunal, quanto do Tribunal Superior. Considerando que se estabeleceu que a busca se daria nos tribunais superiores, limitou-se a pesquisar os acórdãos do Supremo Tribunal Irlandês.

A busca foi realizada pelas palavras-chave propostas na descrição da metodologia e não retornou resultados para *wrongful conception* e *wrongful life*. Foi encontrado um caso relativo à *wrongful birth*:

WRONGFUL BIRTH			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
07/07/2009	O'Reilly McCabe v. Minister for Justice Equality and Law Reform & anor	<u>Meath</u>	Não se aplica

Fonte: a autora (2020)

3.3.5 Portugal

A Constituição da República Portuguesa de 1974 consagrou no país duas jurisdições: uma civil e outra administrativa. Dentro da jurisdição civil, temos o Supremo Tribunal de Justiça, que tem competência sobre todo o território nacional nas áreas cível, penal e social e foi o objeto de estudo (PORTUGAL, 1974).

Ressalte-se que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal não se confunde com o Tribunal Constitucional, que é órgão autônomo em relação do Poder Judiciário e concentra os recursos de matéria de inconstitucionalidade (PORTUGAL, 1974).

O Ministério da Justiça de Portugal assegura o direito à informação jurídica, expressamente prevista no artigo 20, inciso 2 (PORTUGAL, 1974), através de sítio online (<http://www.dgsi.pt/>). A pesquisa dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal pode ser feita “por termos”, nos quais inserimos as palavras-chave do recorte temático proposto (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e retornou os seguintes resultados:

WRONGFUL CONCEPTION			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
12/03/2015	Recurso n.º 1212/2008	Não disponível	Procedente

Fonte: a autora (2020)

WRONGFUL BIRTH			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
13/01/2016	Recurso n.º 1178/2010	Não disponível	Não se aplica
12/03/2015	Recurso n.º 1212/2008	Não disponível	Procedente
17/01/2013	Recurso n.º 9434/2006	Não disponível	Procedente

Fonte: a autora (2020)

WRONGFUL LIFE			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
12/03/2015	Recurso n.º 1212/2008	Não disponível	Improcedente
17/01/2013	Recurso n.º 9434/2006	Não disponível	Improcedente

Fonte: a autora (2020)

Nota-se que a pesquisa retornou o mesmo julgamento para os casos de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, julgado em 12/03/2015 pelo Relator Helder Roque. Além disso, constatou-se que a pesquisa também retornou um caso idêntico para *wrongful birth* e *wrongful life*, julgado em 17/01/2013 pela Relatora Ana Paula Boulart. Por fim, afirma-se que a pesquisa retornou um caso exclusivo de *wrongful birth*, julgado em 13/01/2016 pelo Relator Raul Borges.

3.3.6 Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia)

O Reino Unido é a união política formada entre Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e País de Gales. Estes países comungam de sistema jurídico comum, cuja mais alta corte de apelação é a Suprema Corte do Reino Unido ou Supremo Tribunal do Reino Unido. Contudo, não era a única corte de último recurso no Reino Unido, tendo dividido funções judiciais com Câmara dos Lordes (em inglês: *House of Lords*) até 1º de outubro de 2009 (ODILLA, 2019).

Em razão desta pesquisa ter sido direcionada à busca nos mais altos tribunais dos países selecionados, concentramos os já referidos quatro países no mesmo tópico e as buscas foram realizadas na Suprema Corte de cada um dos quatro países, na Suprema Corte do Reino Unido, e na Câmara dos Lordes, sendo os resultados apresentados no quadro a seguir classificada como “Reino Unido”.

A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico do *BALII – British and Irish Legal Information Institute* (<https://www.bailii.org/>) em que é possível encontrar a jurisprudência dos países que formam o Reino Unido, bem como da Suprema Corte do Reino Unido.

No espaço destinado à “pesquisa avançada”, realizou-se a busca pelas palavras-chave *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* no campo “exact phrase”. Além disso, selecionou-se a “Supreme Court” e “House of Lords”, que são as cortes superiores, como limite de jurisdição. Os resultados encontrados foram os seguintes:

WRONGFUL CONCEPTION			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
16/10/2003	Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust	Não disponível	Procedente
25/11/1999	Macfarlane and another v. Tayside Health Board	Dundee	Procedente

03/04/1975	Director of public prosecutions v. Morgan and others	Não disponível	Não se aplica
30/06/1914	Herd v. Weardale Steel, Coal and Coke Company, Limited and others	Não disponível	Não se aplica
23/03/1880	Julius v. Lord Bishop of Oxford and another	Berks	Não se aplica

Fonte: a autora (2020)

<i>WRONGFUL BIRTH</i>			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
05/07/2006	Sutradhar v. Natural Environment Research Council	Não disponível	Não se aplica
16/10/2003	Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust	Não disponível	Procedente
25/11/1999	Macfarlane and another v. Tayside Health Board	Dundee	Procedente

Fonte: a autora (2020)

<i>WRONGFUL LIFE</i>			
Data	Identificação do julgado	Cidade	Resultado
25/11/1999	Macfarlane and another v. Tayside Health Board	Dundee	Improcedente
04/11/1959	Oughtred v. Commissioners of Inland Revenue	Não disponível	Não se aplica

Fonte: a autora (2020)

3.4 Análise quantitativa dos casos estrangeiros: o que os números dizem

Todos os casos encontrados relativos à *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* foram reunidos no quadro a seguir. Observou-se que alguns casos apareceram como resultados da busca para mais de uma palavra-chave (tanto para *wrongful birth*, quanto para *wrongful life*, por exemplo). Sendo assim, a divisão no quadro a seguir foi feita por ano e ordem decrescente (do mais recente para o mais antigo). Em seguida, temos o quadro com a listagem das amostras.

A coluna “amostra” indica a decisão judicial, cuja correspondência encontra-se no quadro seguinte, denominada “listagem das amostras”. O ano corresponde ao ano em que foi

proferido o julgamento (e não o ano do recurso). A “referência” indica se o caso foi encontrado como resultado de busca de *wrongful conception*, *wrongful birth* e/ou *wrongful life* (WC, WB e WL, respectivamente).

Em seguida, temos a coluna com o país do julgado e, na última coluna, se foi realizada análise qualitativa ou não do caso. Isto porque, apesar de serem resultado da pesquisa dentro da metodologia proposta, o caso em nada se relaciona com o tema. Logo, ficaram fora da abordagem qualitativa, considerando sua irrelevância para o resultado. O resultado “sim” indica se foi feita a análise qualitativa e o resultado “N/A” indica que não se aplica, ou seja, não se amolda à hipótese de estudo e, portanto, não foi feita a análise.

LISTAGEM DOS CASOS ESTRANGEIROS				
AMOSTRA	ANO JULGAMENTO	REFERÊNCIA	PAÍS	ANÁLISE QUALITATIVA
1	2018	WB	Itália	Sim
2	2016	WB	Portugal	Sim
3	2015	WC, WB, WL	Portugal	Sim
4	2015	WL	Espanha	Sim
5	2013	WB, WL	Portugal	Sim
6	2013	WB	Espanha	Sim
7	2012	WB	Itália	Sim
8	2009	WB	Irlanda	Sim
9	2006	WB	Reino Unido	N/A
10	2003	WC, WB	Reino Unido	Sim
11	2001	WB, WL	Espanha	Sim
12	1999	WC, WB, WL	Reino Unido	Sim
13	1997	WL	Espanha	Sim
14	1975	WC	Reino Unido	Sim
15	1959	WL	Reino Unido	N/A
16	1914	WC	Reino Unido	N/A
17	1880	WC	Reino Unido	N/A

Fonte: a autora (2020)

Apresenta-se o quadro com a “listagem das amostras”, que corresponde o número da amostra ao nome do caso. Nos países de *civil law*, mantivemos a tradição de identificar o caso

pelo número do recurso ou número do processo. Já nos países de *common law*, mantivemos o nome do caso como usualmente o fazem (nome do demandante *versus* nome do demandado).

LISTAGEM DAS AMOSTRAS	
AMOSTRA	NOME DO CASO
1	Recurso n.º 2167/2014
2	Recurso n.º 1178/2010
3	Recurso n.º 1212/2008
4	Recurso n.º 2675/2013
5	Recurso n.º 9434/2006
6	Recurso n.º 1785/2010
7	Recurso n.º 16754/2010
8	O'Reilly McCabe v. Minister for Justice Equality and Law Reform & anor
9	Sutradhar v. Natural Environment Research Council
10	Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust
11	Recurso n.º 1044/1996
12	Macfarlane and another v. Tayside Health Board
13	Recurso n.º 165/1993
14	Director of public prosecutions v. Morgan and others
15	Oughtred v. Commissioners of Inland Revenue
16	Herd v. Weardale Steel, Coal and Coke Company, Limited and others
17	Julius v. Lord Bishop of Oxford and another

Fonte: a autora (2020)

Dos dois quadros apresentados, conclui-se que a pesquisa retornou resultado positivo dentro dos critérios estabelecidos para a jurisprudência dos tribunais da Espanha, Irlanda, Itália, Portugal e Reino Unido. Portanto, a análise qualitativa das decisões foi feita através da análise dos julgados de cinco países diferentes e ficou restrita ao continente europeu.

Além disso, a amostra incluiu as decisões compreendidas entre os anos de 2018 (caso mais recente) e 1975 (caso mais antigo), perfazendo um intervalo de quarenta e três anos. O fato de serem cinco países diferentes e o intervalo de mais de quarenta anos de jurisprudência indica, *a priori*, que os resultados obtidos após análise qualitativa podem ser utilizados como parâmetro de aplicabilidade e aceitabilidade jurídica no Brasil.

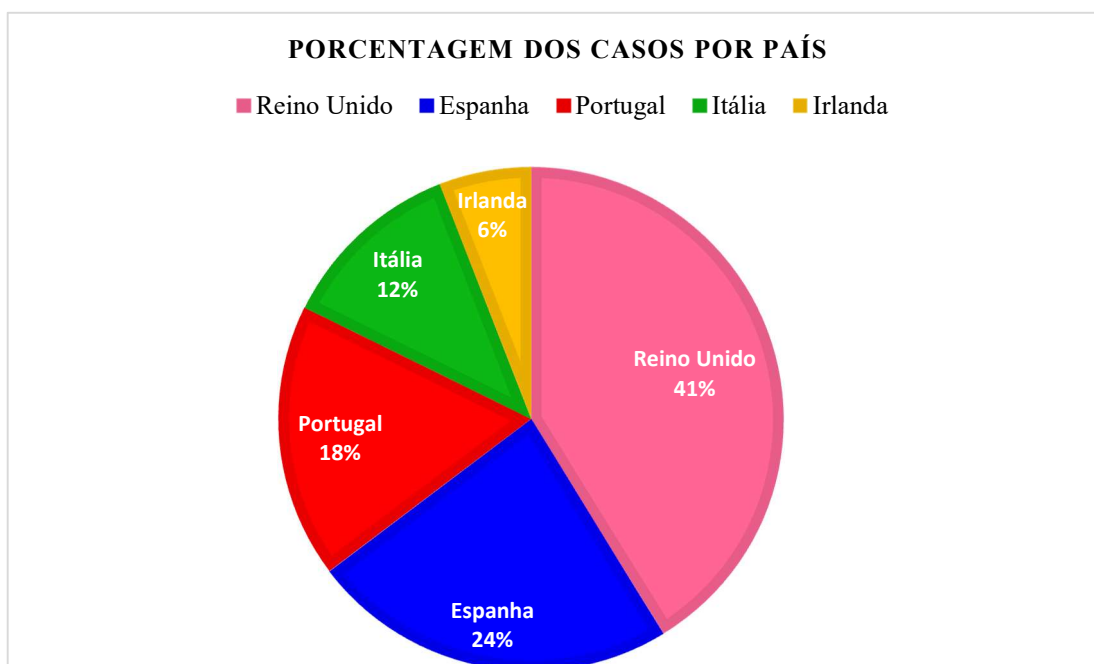
Reuniu-se nos quadros o mesmo caso com resultado para mais de um parâmetro, logo, foram dezessete resultados no total, sendo que três, apesar de resultado na busca por palavras-

chave, não guardam estreita relação com o tema. De toda forma, fazem parte da amostra analisada, pois foram resultados válidos dentro da metodologia aplicada.

Dos dezessete resultados, onze foram para *wrongful birth*, seis para *wrongful conception* e sete para *wrongful life*, considerando que o mesmo caso apareceu para mais de um resultado. A análise quantitativa refutou, neste ponto, a hipótese de que os casos de concepção indevida seriam mais comuns (nas instâncias superiores dos países analisados), tendo em vista que o maior número de casos encontrados foi para a busca de nascimento indevido.

Pode-se dizer que a pesquisa abrangeu, no total, nove países, entre os continentes Europeu e Norte-Americano: Escócia, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, Irlanda do Norte, Itália, País de Gales e Portugal. Contudo, os Estados Unidos foram abandonados após a conclusão de que não seria possível aplicar os métodos propostos para realização da busca. Além disso, reuniu-se Escócia, Inglaterra, Irlanda do Norte e País de Gales como Reino Unido, considerando que estes países são unidos politicamente e compartilham corte judicial suprema em comum.

Desta forma, a amostra para realização das análises quantitativas e qualitativas reuniu os seguintes países: Espanha, Irlanda, Itália, Portugal e Reino Unido, sendo todos europeus. Apresenta-se a seguir gráfico com a porcentagem do número de casos de cada país em relação ao total de dezessete encontrados.



Fonte: a autora (2020)

A maioria dos casos concentrou-se no Reino Unido, correspondendo à quarenta e um por cento do total. Em seguida, temos a Espanha, com vinte e quatro por cento, seguida de Portugal, Itália e Irlanda, com dezoito, doze e seis por cento, respectivamente. A percentagem foi calculada considerando o total de dezessete casos, correspondente a cem por cento, e considerando que foram sete casos no Reino Unido, quatro casos na Espanha, três em Portugal, dois na Itália e um caso na Irlanda.

Destaca-se, neste ponto, que existe a possibilidade de a pesquisa não ter abrangido a totalidade de casos relacionados à concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida, porque a busca por palavras-chave retornou os resultados para os casos em que as expressões foram utilizadas na própria decisão. Apesar de pouco provável, existe a possibilidade de existirem julgados sobre o tema que, todavia, não contenham as expressões *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.

3.5 Análise qualitativa dos casos estrangeiros: o conteúdo das decisões judiciais

Passamos para análise qualitativa das decisões encontradas, mantendo a ordem do quadro “listagem das amostras”, do caso mais recente para o mais remoto. O estudo abrangeu o resumo do caso através das informações disponíveis, bem como dos argumentos despendidos para deferir ou indeferir o pedido de indenização com fundamento na responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida.

A pesquisa se propôs a analisar o conteúdo das decisões judiciais encontradas, em última instância. Isso significa que a amostra objeto da pesquisa incluiu somente o conteúdo destas decisões e não, por exemplo, as decisões que as precederam nas cortes inferiores. Além disso, em alguns casos as discussões foram mais profundas do que em outras e isso se refletiu no presente trabalho.

Antes da análise qualitativa, disponibiliza-se ao leitor os links para o acesso de cada um dos julgados:

LINKS DISPONÍVEIS PARA CONSULTA ONLINE DOS JULGADOS		
AMOSTRA	NOME DO CASO	LINK
1	Recurso n.º 2167/2014	Acesso somente para advogados cadastrados no sistema
2	Recurso n.º 1178/2010	http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument&Highlight=0,9434%2F06.6TBMTS.P1.S1

3	Recurso n.º 1212/2008	http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/DF88ABA1AD4ABD9D80257E0700377278
4	Recurso n.º 2675/2013	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c6dcfc45fc8adc2/20150925
5	Recurso n.º 9434/2006	www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebbf3b80257af7003ca979?OpenDocument
6	Recurso n.º 1785/2010	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e492547589c117ef/20130403
7	Recurso n.º 16754/2010	Acesso somente para advogados cadastrados no sistema
8	O'Reilly McCabe v. Minister for Justice Equality and Law Reform & anor	http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/FD33DEADBCBB2FCB802575EC002ED551
9	Sutradhar v. Natural Environment Research Council	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2006/33.html&query=(title:(+Sutradhar+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Natural+))+AND+(title:(+Environment+))+AND+(title:(+Research+))+AND+(title:(+Council+))
10	Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2003/52.html&query=(title:(+Rees+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Darlington+))+AND+(title:(+Memorial+))+AND+(title:(+Hospital+))+AND+(title:(+NHS+))+AND+(title:(+Trust+))
11	Recurso n.º 1044/1996	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/53a5e3aa91c2b371/20031203
12	Macfarlane and another v. Tayside Health Board	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1999/50.html&query=(title:(+Macfarlane+))+AND+(title:(+another+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Tayside+))+AND+(title:(+Health+))+AND+(title:(+Board+))
13	Recurso n.º 165/1993	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e203d2edf22f9ce7/20031203
14	Director of public prosecutions v. Morgan and others	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/cases/IECA/2015/CA50.html&query=(title:(+Director+))+AND+(title:(+of+))+AND+(title:(+public+))+AND+(title:(+prosecutions+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Morgan+))
15	Oughtred v. Commissioners in Inland Revenue	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1959/3.html&query=(title:(+Oughtred+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Commissioners+))
16	Herd v. Weardale Steel, Coal and Coke Company, Limited and others	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1914/2.html&query=(title:(+Herd+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Weardale+))
17	Julius v. Lord Bishop of Oxfor and another	https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1880/1.html&query=(title:(+Julius+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Lord+))+AND+(title:(+Bishop+))

Fonte: a autora (2020)

3.5.1 Recurso n.º 2167/2014 – Itália, 2018, *wrongful birth*

Este recurso foi julgado pela Suprema Corte da Itália em 05 de fevereiro de 2018, sendo o caso mais recente dentro da amostra utilizada para pesquisa neste trabalho. Foi apreciado pela terceira seção civil e contou com os magistrados Dr. Giacomo Travaglini, Dra. Antonella di Florio, Dr. Danilo Sestini, Dr Pasquale Gianniti e Dr. Augusto Tatangelo.

O recorrente foi B.G. contra Azienda Ospedaliera Nazionale, hospital que oferece serviços de saúde públicos e privados, contra sentença proferida em junho de 2013 pela Corte de Apelação da região de Torino. B.G. invocou a justiça a fim de obter ressarcimento por danos sofridos como cônjuge de F.A. pela execução incorreta da intervenção de curetagem uterina pela qual sua esposa foi submetida.

B.G. alega que a curetagem foi realizada após o diagnóstico incorreto de aborto interno, tendo em vista que a gravidez continuou até a vigésima primeira semana. A má execução do aborto ocasionou a permanência de vida do feto e terminou com o nascimento indesejado de uma menina.

Em seus argumentos, aduziu que a gestação foi contrária à sua vontade e de sua esposa, em razão da idade avançada de ambos e a existência de outro filho do casal. Além disso, em decorrência do evento, sua esposa precisou desistir do trabalho para cuidar da menina recém-nascida e ele próprio precisou renunciar seu trabalho para obter verba previdenciária cumulada necessária para suprir as novas necessidades da família.

O recorrente alegou que precisou arcar com os custos de sustentar a menor e que por esta razão foi forçado a mudar de residência para outra cidade, onde teve que procurar emprego diferente. Todos os fatos elencados, segundo o autor, lhe causaram sérios danos cujos quais ele pretendia o ressarcimento.

Na sentença de primeiro grau, o magistrado qualificou o caso como de responsabilidade contratual. Apesar de reconhecer a má execução da intervenção, rejeitou o pedido formulado por B.G., ao argumento de que não havia sido demonstrado que este se opunha efetivamente à gravidez e nem mesmo a mãe da criança manifestou clara intenção na realização do abortamento.

Em segunda instância, o tribunal negou provimento ao recurso interposto pelo autor, confirmando as razões apresentadas pelo primeiro juiz. Deste acórdão, recorreu B.G., com fundamento em dois argumentos.

O primeiro, baseado no Código de Processo Civil Italiano, alega que as decisões das cortes inferiores foram omissas em relação a fato decisivo para o julgamento: ele protestou expressamente pela produção de prova testemunhal com objetivo de comprovar a intenção do casal em realizar o abortamento do feto quando da realização da curetagem e seu pedido não foi apreciado e, conseqüentemente, tal prova não foi produzida.

Nesse ponto, pretendia também comprovar que se tivessem sido informados de que a operação de raspagem uterina havia falhado, a esposa teria se submetido ao procedimento novamente com a intenção de interromper a gestação. Caso a produção da prova testemunhal tivesse sido admitida, o resultado da disputa teria sido diferente. Especificamente, o autor requereu a produção dessa prova para impugnar a sentença de primeiro grau que considerou que F.A. não pretendia realizar a interrupção voluntária da gravidez porque efetivamente sua filha nasceu – caso o resultado nascimento fosse indesejado, a esposa poderia ter recorrido novamente à curetagem.

O segundo argumento de B.G. também é de ordem processual, pois aduz falta de motivação da decisão. Alega que o tribunal foi omissos em relação ao pedido para que a recorrida apresentasse provas documentais sobre o acordo realizado extrajudicialmente entre esta e sua esposa, que terminou com o pagamento de cento e vinte e cinco mil euros a ela como compensação pelo dano decorrente do mesmo fato.

Sobre as questões processuais elencadas pelo recorrente, a Suprema Corte se manifestou no sentido de que deveriam ser analisadas em conjunto com o mérito do processo. Os magistrados entenderam que o recorrente as trouxe ante a inexistência de argumentos logicamente compreensíveis e legalmente adequados de ordem material que sustentassem sua tese: de que era devida a indenização pelo nascimento indevido.

Em seguida, realizaram o grau de admissibilidade do recurso, que preencheu os requisitos para ser analisado pela Corte: considerou-se que, ainda que o recurso seja embasado pela falsa alegação de violação de uma regra processual – quando na verdade se discutia o mérito – ele permite ao Tribunal discutir outras hipóteses de nulidade da sentença.

No caso, a sentença tinha motivação inexistente, ou seja, mera aparência argumentativa. Sobre isto, a Suprema Corte possuía jurisprudência firmada no sentido de que é a decisão aparente quando o juiz ou tribunal não indica os elementos a partir dos quais ele se convenceu ou então não realiza exame lógico e jurídico detalhado de todos os argumentos trazidos pelas partes. Decisões com mera aparência argumentativa impossibilitam qualquer controle sobre a precisão e a lógica do raciocínio do julgador.

Acima de tudo, considerou-se que a sentença foi totalmente desprovida de sentido em relação ao caso concreto, pois reconheceu o erro dos profissionais de saúde no diagnóstico e execução da intervenção (o que já era definitivo, pois não houve recurso neste sentido), mas indeferiu o pedido de indenização ante a inexistência da prova do fato de que as partes não pretendiam recorrer à interrupção voluntária da gravidez.

O argumento utilizado de que o nascimento da filha era a prova de que os pais não tinham o desejo de recorrer ao abortamento voluntário foi considerado um argumento sem sentido lógico. Além disso, a sentença deveria ter considerado o acordo firmado amigavelmente entre o recorrido e a esposa de B.G., já que dizia respeito ao mesmo fato.

Sobre a responsabilidade civil decorrente do nascimento indevido, através de diagnóstico errôneo do feto, considerou a Suprema Corte que a indenização pelos danos se constitui em consequência imediata e direta do não cumprimento da estrutura assistencial, bem como da natureza contratual entre as partes. Deve-se não apenas à mãe, mas também ao pai, considerando que o conjunto de direitos e deveres, segundo o sistema, se concentram na procriação consciente e responsável.

Além disso, considerando os efeitos negativos da conduta médica em relação às consequências geradas na vida profissional do pai, este não pode ser considerado parte alheia do dano, mas deve ser reconhecido como sujeito amparado pelo direito. Com estes fundamentos, a Corte considerou que ao recorrido era devida a compensação pelos danos apontados, especialmente os prejuízos de ordem material da criação dos filhos pelos pais.

A *Corte di Cassazione*, como última instância do poder judiciário italiano, possui apenas a função de julgar a legitimidade do processo – se foram corretamente executados nos termos processuais. Isto quer dizer que a Corte não pode julgar diretamente o mérito: caso entenda que houve erro no julgamento, ela devolve o processo ao Tribunal de segunda instância para que esse seja refeito.

Neste caso, foi o que ocorreu: os magistrados acolheram o recurso de B.G. e, apesar de terem se manifestado expressamente sobre o mérito, no sentido de que era devida a indenização ao pai pelo nascimento indevido, cassaram a decisão impugnada e remeteram o processo ao tribunal (Corte de Apelação de Torino) para novo exame da controvérsia, por composição diversa de julgadores, para correção da decisão nos termos do entendimento exarado pela *Corte di Cassazione* e também para que fossem sanados também os erros processuais apontados (falta de motivação da decisão).

3.5.2 Recurso n.º 1178/2010 – Portugal, 2016, *wrongful birth*

O caso versa sobre a prática de agressões entre A. A. e B. B. e diz respeito à natureza penal do fato, consubstanciada na aplicação da pena, e outra de natureza civil, traduzida na reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais advinda daquela prática.

Pelo que consta na decisão, BB, ao chegar junto de AA, abandonou seu veículo e se dirigiu a este, desferindo várias pancadas, atingindo-o também na perna esquerda e no braço direito. AA tentou fugir de BB, mas durante sua fuga, caiu de um muro, motivo pelo qual lesionou permanentemente seu joelho.

Dos resultados destes fatos, AA sofreu traumatismo do membro inferior esquerdo com luxação do joelho, afetando a totalidade de sua capacidade de trabalho profissional por cento e quarenta e dois dias, além de uma incapacidade permanentemente para o trabalho de quinze por cento.

O requerido BB foi condenado na esfera penal e não convém maiores informações sobre este aspecto da decisão. Em relação ao pedido de AA de indenização por responsabilidade civil, este alega que a queda durante a fuga, que gerou a lesão permanente em sua perna, é consequência direta das ações de BB, motivo pelo qual requer indenização. Já BB se defende ante ao argumento de que não foi responsável pela lesão permanente em AA, por entender que não foi esta consequência direta de sua ação.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal de Justiça de Portugal para análise sobre a correta aplicação do nexo de causalidade entre o fato lesante e o dano previsto pela lei. Nota-se que o caso não é pertinente à temática específica deste trabalho. Contudo, apareceu como resultado na pesquisa, porque na decisão os magistrados utilizaram como jurisprudência para discussão do nexo de causalidade o Recurso n.º 1212/2008, que será estudado a seguir.

No referido julgado, ficou consignado que, em caso de responsabilidade civil médica, estando em discussão as *wrongful birth actions*, ocorre o nexo de causalidade suficiente ou indireto entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento do feto com malformação, devido a inobservância da *leges artis*, ou ainda outros fatores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congênita.

O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais interromperem a gravidez e obstar ao seu nascimento, constitui o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço.

Aplicando essa tese de jurisprudência ao presente processo, a corte considerou BB culpado pelo dano causado à AA e fixou quantia relativa à indenização por danos morais e materiais.

3.5.3 Recurso n.º 1212/2008 – Portugal, 2015, *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*

Na hipótese dos autos, AA e BB, na qualidade legais de pais e representantes de seu filho menor, CC, propuseram ação contra DD, EE, FF e GG, na qualidade de representantes legais do hospital HH LTDA, bem como contra o médico DR. II, todos assim identificados na decisão. Os pais requereram a procedência dos pedidos para que os réus fossem condenados a pagar uma indenização no importe de trezentos e oitenta mil euros por danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela sua conduta.

A alegação foi, em síntese, que na sequência da gravidez da autora, que resultou no nascimento de CC, os autores contrataram por três vezes os serviços da ré hospital HH LTDA para realização de exames de ecografia obstétrica, tendo a ré DD assinado o relatório do referido exame realizado na vigésima primeira semana de gestação e o réu DR. II assinado os relatórios dos exames da oitava e trigésima semana.

Apesar dos referidos relatórios atestarem não haver qualquer deformação do feto, o menor CC nasceu em 2005 com gravíssimas malformações dos membros superiores e inferiores, que resultaram em uma incapacidade permanente global de noventa e três por cento de seu corpo. Além disso, os pais fizeram a prova de que tais deformações são detectáveis a partir da décima segunda semana de gestação, o que não ocorreu por descuido e negligência grosseira imputável a todos os réus. A ação dos réus impediu que os autores pudessem optar pela interrupção médica da gestação ou sujeitar o feto a tratamento, que diminuiria, significativamente, as malformações existentes.

Os autores alegaram também que CC será totalmente dependente de uma terceira pessoa para o resto da sua vida, além do sofrimento de não poder ser como as outras crianças, já que todos os anos precisa substituir as próteses aplicadas. Caso sua má-formação tivesse sido detectada durante a gestação, com o devido tratamento sua incapacidade seria reduzida para cinquenta por cento – quase a metade.

Em sua defesa, os réus alegaram que as ecografias realizadas não eram a causa de nenhum dano sofrido pelos autores, além de que as malformações de CC não são incompatíveis

com a vida, não permitindo, nem justificando a interrupção da gestação. Além disso, alegaram que nenhum tratamento médico seria possível para corrigir, durante o período da gestação, as anomalias fetais. Por fim, argumentaram que as malformações podem ter sido consequência da síndrome das bandas amnióticas, que é a hipótese segundo a qual elas se desenvolvem tardiamente no decurso da gestação, posterior à execução dos exames ecográficos.

O magistrado de primeiro grau julgou a ação parcialmente procedente, condenando os réus HH LTDA e DD a pagarem, solidariamente, a quantia de trinta e cinco mil euros a cada um dos autores (AA e BB), além das despesas que os pais teriam com a substituição das próteses do filho até este atingir os dezoito anos de idade. Absolveram os demais réus, com fundamento na ilegitimidade passiva destes.

Os réus recorreram para o tribunal de segunda instância dentro da competência judiciária de Portugal, tendo sido julgada procedente a apelação, revogando a sentença recorrida e absolvendo os réus dos pedidos. Deste acórdão, recorreram os autores, pugnando pela revogação do mesmo e a condenação nos exatos termos da sentença de primeira instância.

Em 12 de março de 2015, foi proferido julgamento pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. As questões processuais não foram consideradas relevantes para a discussão, pois atinentes às regras técnicas do código de processo civil português. Em relação ao mérito, a decisão se fundamentou, principalmente, na verificação do nexo de causalidade entre a atuação dos réus e os danos sofridos, resultantes da falta da informação.

A decisão inicia-se com uma descrição sucinta, mas precisa, sobre o que seriam as ações por nascimento indevido, que colacionamos abaixo por ser um dos únicos julgados que classificaram a demanda de acordo com o marco teórico deste trabalho (GREENSTREET, 2018, p. 01-02). Consideraram que as *wrongful birth actions* surgem quando uma criança nasce malformada e os pais, em seu próprio nome, pretendem reagir contra o médico e/ou instituições hospitalares ou afins, por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram, erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados, sendo considerada ilícita a omissão do consentimento informado sobre essa deficiência que, eventualmente, os impediu de terem optado pela interrupção da gravidez, proveniente de um erro no diagnóstico pré-natal.

Para os julgadores, a omissão do esclarecimento sobre a deficiência é considerada ilícita porque o comportamento lícito alternativo do médico era capaz de evitar, na perspectiva dos autores, o nascimento de CC. Isso porque, conquanto tivessem sido informados das malformações que o embrião desenvolveu durante a gestação, teriam optado por interrompê-la.

Houve, portanto, um erro no diagnóstico pré-natal e o nascimento de uma vida gravemente deficiente.

Os diagnósticos pré-natais são exames com a finalidade precípua de detectar anomalias fetais durante a gestação e possui, dentre outras finalidades, o objetivo de tranquilizar os pais ou preparar os progenitores acerca da saúde do feto, além de permitir, quando possível, o tratamento do embrião, além de indicar o modo mais adequado para realização do parto (SOUZA, 2014, p. 34).

Sendo assim, o erro médico consistente na falta de detecção de uma anomalia embrionária ou fetal ocasiona a perda de chance de uma escolha reprodutiva, mais especificamente, a realização ou não de um aborto, consequência do direito à autodeterminação. A alegação é de fato ilícito culposos gerador de responsabilidade civil contratual pela execução defeituosa de exames de ecografia obstétrica, não acompanhada do dever legal de informação.

Neste caso, trata-se de responsabilidade de natureza contratual, em que a obrigação de indenizar tem origem na existência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante, decorrente da celebração de um contrato de prestação de serviços médicos. Deste modo, a presente ação de responsabilidade civil por nascimento indevido submete-se ao regime jurídico da responsabilidade civil contratual, porquanto decorre de contrato celebrado entre o médico e o paciente, de natureza sinalagmática, na medida que gera direitos e obrigações para ambas as partes. Além disso, também está presente a característica da onerosidade, pois o serviço é realizado mediante contraprestação de caráter pecuniário. O contrato é personalíssimo, pois via de regra só pode ser praticado pelo médico contratado. Por fim, é consensual, pois não se trata de contrato que possui formalidades prescritas por lei.

O ônus da prova depende do tipo de responsabilidade subjacente, se contratual ou extracontratual. No caso da primeira, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando simplesmente a demonstração do inadimplemento da obrigação – que o resultado não se verificou. Nesta hipótese, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade. Ao revés, ainda no caso de responsabilidade contratual, mas quando a obrigação assumida for de meio, incumbe ao devedor fazer a prova de que o descumprimento ou do cumprimento defeituoso da obrigação não foi por sua culpa.

No âmbito da responsabilidade civil contratual, o médico está, em princípio, obrigado a desenvolver prudente e diligentemente certa atividade, empregando sua ciência para a obtenção de cura do doente, mas sem assegurar que esse efeito se produza. Portanto, a maioria dos contratos de prestação de serviços médicos veicula, assim, uma obrigação de meio e cabe ao

doente provar que o resultado cura não ocorreu em decorrência de um comportamento negligente do médico.

Contudo, existem exceções na área da ciência médica, que se coadunam com as obrigações de resultado, que levam à presunção de um inadimplemento contratual culposos por parte do médico, competindo a este provar que o resultado devido é imputável a caso fortuito ou de força maior.

Para os magistrados, a realização de exames laboratoriais com o consequente diagnóstico constitui-se em obrigação de resultado, pois, considerando o elevado grau de especialização alcançado pelos exames, em que a margem de incerteza é muito reduzida, o âmbito concedido ao erro é limitado. Logo, a verificação do resultado, altamente provável, gera uma obrigação de resultado para o médico que a faça. A má execução da técnica pode dar origem a um resultado falso negativo, escondendo uma deficiência grave do nascituro, ou um falso positivo, cuja gestação pode ser interrompida erroneamente.

Em relação ao caso, a omissão dos conhecimentos, diligências e cuidados pelo médico para levar ao conhecimento dos autores a real condição de seu filho, acabou por gerar um dano, consistente no prosseguimento de uma gravidez sem o devido consentimento esclarecido de todas as informações relevantes. Ficou comprovado que as deformidades descritas eram detectáveis numa ecografia realizada a partir da décima segunda semana de gestação, sendo certo que não foi informada em nenhum relatório. Sendo assim, não só as deformidades já existiam à data de realização das ecográficas, como também eram visíveis e percepçionáveis pelo médico responsável pelo exame.

A culpa, consistente no juízo de reprovabilidade da conduta do agente, se assenta no nexos existente entre o fato danoso e a vontade deste, que devia e podia atuar de outra maneira, utilizando-se de todos os seus conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe. Segundo os julgadores, o erro de diagnóstico só é imputável ao médico, juridicamente, a título de culpa, quando ocorreu descuido com as mais elementares regras profissionais ou sendo o comportamento inescusável.

Além disso, consignaram que não existe qualquer dever jurídico dos pais em realizar o abortamento do feto deficiente, porquanto não é a vida que é tida como um dano em si mesmo, mas o dano da deficiência que essa vida comporta. A comparação não opera entre a existência e a não existência (direito de nascer e não nascer), mas sim entre a situação em que a criança acaba por nascer e aquela que aconteceria se não fosse a lesão. Ou seja, a comparação é entre a

existência de uma pessoa dita “normal” e a existência de uma pessoa com malformações, pelo valor negativo que é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável.

Embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, sua atividade, caso desenvolvida corretamente, poderia ter evitado o nascimento da pessoa com aquela deficiência congênita, o que permite consubstanciar nexo de causalidade suficiente, ainda que indireto, entre a vida portadora de deficiência e a omissão de informação do médico dessa informação. Portanto, o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço é o nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, consistente em erro de diagnóstico, e a deficiência da criança, que poderia ter culminado na faculdade dos pais de interromperem a gravidez, obstando seu nascimento.

O código penal português não pune a interrupção da gestação quando houver motivos seguros para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congênita e for realizada nas primeiras vinte e quatro semanas da gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado. A partir do momento em que a lei penal autoriza a interrupção na gravidez ante a hipótese segura de que o feto nascerá com malformação congênita incurável, o que está em causa é a possibilidade da pessoa de se decidir num sentido ou no outro, de escolher entre abortar ou prosseguir com a gravidez.

Sobre a extensão da indenização, a Corte manifestou-se no sentido de que são ressarcíveis os danos patrimoniais e não patrimoniais, que não se incluem todos os custos derivados da educação de uma criança, mas tão só os relacionados com sua deficiência, estabelecendo-se uma relação comparativa entre os custos de cuidar de uma criança nestas condições e as despesas com uma criança considerada perfeitamente saudável.

Por todas estas razões, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em votação unânime, revogar o acórdão recorrido e ripristinaram a sentença proferida em primeira instância.

3.5.4 Recurso n.º 1785/2010 – Espanha, 2015, *wrongful life*

Em 2011, Don Javier e Sra. Blanca ingressaram com ação de indenização face a AMA - Agrupación Mutual Aseguradora Ama e Dr. Victorio, alegando fatos e fundamentos de Direito que consideraram aplicáveis e pleiteando que a Corte julgasse procedente o pedido e os réus fossem condenados a pagar uma indenização de um milhão e duzentos mil euros.

Os requerentes, na qualidade de pais da criança, pleitearam indenização por responsabilidade civil decorrente de negligência em relação ao diagnóstico gestacional. Segundo os progenitores, o erro no pré-natal decorreu após a realização de diversas ultrassonografias com a finalidade de diagnosticar malformações genéticas. Apesar disso, a criança nasceu com graves anomalias congênitas, dentre as quais a síndrome de Moebius¹⁶, com a falta de ambas as mãos, pé torto, micrognatia¹⁷, microglossia¹⁸, siringomielia¹⁹ e síndrome de Wolf-Parkinson-White²⁰. A reivindicação foi do montante de um milhão e duzentos mil euros.

Ainda em 2011, os autores desistiram do processo em relação ao médico, antes mesmo deste apresentar Contestação. Seguiram com o processo somente em relação à clínica de saúde, que apresentou defesa opondo-se a todos os pedidos dos demandantes.

Em 1º de março de 2012, foi proferida sentença julgando parcialmente procedentes os pedidos autorais e condenando a instituição médica ao pagamento da quantia de quinhentos mil euros. As partes recorreram da referida sentença à décima primeira seção do Tribunal Provincial de Madri.

No julgamento em segunda instância, o Tribunal, além de confirmar a sentença, majorou o valor da indenização para um milhão e duzentos mil euros fundamentando a decisão através da avaliação de outros fatores concorrentes e argumentos econômicos. Apesar da compensação ser efetivada em nome dos pais, eles consideraram a dor do próprio filho, que estaria ciente de suas malformações e disfunções ao longo de sua vida.

A clínica médica recorreu da decisão que majorou a indenização alegando que não havia no sistema jurídico espanhol previsão legal para que fosse possível indenizar o menor pelo sofrimento de sua vida. Segundo o recurso, não se poderia imputar ao médico os danos sofridos por malformações não diagnosticadas em nome da criança, sendo a gestante a única titular da faculdade de realizar o aborto eugênico.

¹⁶ A síndrome de Moebius caracteriza-se por paralisia congênita e não progressiva do VII e do VI nervos cranianos (NC), quase sempre bilateral, o que produz uma aparência facial pouco expressiva e estrabismo convergente (FONTENELLE et al, 2001, p. 02).

¹⁷ Trata-se de desenvolvimento incompleto ou anormalmente pequeno do maxilar inferior (MICROGNATIA, online).

¹⁸ Pequenez anormal da língua (MICROGLOSSIA, online).

¹⁹ Doença crônica caracterizada por cavidades longitudinais da medula espinhal, que pode ser decorrente de lesões traumáticas medulares ou má-formação vascular; geralmente é seguida de distúrbio das funções motoras e sensoriais, fraqueza e desgaste dos músculos das extremidades superiores, sensações de queimação, atrofia muscular das mãos e outras alterações anatômicas (SIRINGOMIELIA, online).

²⁰ Trata-se de doença onde existe uma via elétrica extra que conecta os átrios aos ventrículos, fazendo com que o impulso elétrico chegue mais rápido ao ventrículo e cause taquicardia (SÍNDROME DE WOLF-PARKINSON-WHITE, online).

De fato, o que o Tribunal de segunda instância fez, ao incluir o menor no polo ativo da demanda, foi acrescentar à demanda o pedido por *wrongful life*. Ao analisar o recurso, a Suprema Corte da Espanha excluiu a viabilidade da ação por vida indevida, considerando que 1) o dano causado pela falta de informação no pré-natal afeta exclusivamente aos pais demandantes, a quem o dano moral foi causado por serem privados das informações necessárias para poder tomar suas decisões adequadamente; e 2) não pode ser reconhecido dano ao menor, pois isso seria admitir que este tipo de nascimento é um mal em si.

Com estes fundamentos, a Primeira Seção do Supremo Tribunal Espanhol cassou a decisão do Tribunal e manteve a sentença prolatada em primeira instância, na qual reconheceu o dano por nascimento indevido e fixou indenização aos pais.

O caso foi resultado para a busca por *wrongful life*, considerando que a Suprema Corte espanhola foi instada a se manifestar somente sobre a indenização fixada para o filho. Contudo, percebeu-se da análise do caso que foi admitida a responsabilidade civil por nascimento indevido. Ainda que os pais tenham desistido da ação em relação ao médico, impossibilitando sua condenação, o judiciário espanhol reconheceu a possibilidade de condenação desse, além da condenação da clínica de saúde que figurou no polo passivo da demanda, em razão no erro de diagnóstico durante o pré-natal.

3.5.5 Recurso n.º 9434/2006 – Portugal, 2013, *wrongful birth* e *wrongful life*

IS, em nome próprio e representando seu filho menor, J, ingressou com ação contra o centro de radiologia X, o médico M, o diretor clínico da primeira ré e a médica H, alegando essencialmente que J nasceu em 26 de novembro de 2003 com síndrome polimalformativa na trigésima oitava semana gestacional. A síndrome causou deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, da mandíbula, do céu da boca e falta das mãos. Durante a gravidez, a autora realizou as ecografias obstétricas medicamente previstas para gravidez na clínica ré e sempre assistida pelo médico M, que realizava os relatórios da mesma.

Em todos os exames, a autora foi informada de que seu bebê era perfeitamente normal. Porém, em razão de manifesto e grosseiro erro de apreciação e diagnóstico, o médico não identificou a patologia de seu filho nem indícios dela. Tendo o dever de identificar a doença observável nos exames que realizou, os dois primeiros réus deixaram a autora no desconhecimento de que gerava um feto que nasceria com profundas patologias morfológicas.

Se as conhecesse à data dos exames ecográficos realizados, a senhora IS teria optado por interromper voluntariamente a gravidez.

Além disso, durante o curso de sua gestação, ela foi atendida pela médica H, especialista em obstetrícia, quando teve infecção do trato urinário. A referida médica qualificou a gravidez como de alto risco e procedeu à visualização e análise dos ecogramas, em seguida informou que nada de anormal se passava com o embrião, de forma que também errou grosseiramente de apreciação de diagnóstico.

Desde o nascimento de J, com as patologias da malformação, a mãe passou a provar desequilíbrio emocional profundo e a interrupção da gravidez seria, então, o único meio idôneo a evitar o real perigo que a gravidez constitui para a saúde psíquica. Além disso, a mãe alegou que o J sempre dependerá de terceiros para a sua sobrevivência e necessitará dos cuidados de IS para a execução das mais simples tarefas do quotidiano. Por estes motivos, requereu indenização no importe de cem mil reais, mais a contratação de um enfermeiro durante toda vida de J para que possa regressar ao mercado de trabalho.

Alega o autor J que tem graves problemas de formação, desenvolvimento e crescimento e nunca poderá, de forma independente, ter uma vida normal, mesmo no que se refere à realização das mais básicas tarefas do dia a dia. Por isso, entendeu que sofre danos não patrimoniais, no interesse do qual a autora deveria ter abortado, evitando a vida de angústia e sofrimento que ambos autores passam. Apesar disso, ele tem perfeita consciência de sua condição, por ter desenvolvimento mental normal e por essa razão sofre profunda revolta, nervosismo e incompreensão na sua penosa vida diária. Não obstante, o autor também sofre da total falta de capacidade laboral que irá se prolongar por toda sua maioridade, deixando-o completamente dependente de terceiras pessoas. Por todas estas razões, requereu indenização.

Os réus, em sua defesa, invocaram a falibilidade dos exames, pois nem sempre a imagem que o equipamento mostra corresponde a absoluta realidade, ao diagnóstico absoluto. Além disso, alegaram que não é possível afirmar que as malformações eram patentes quando da realização dos exames. Negam que exista relação causal entre o diagnóstico e os danos alegados pelos autores, considerando ainda exagerados os valores indenizatórios pleiteados.

Os pedidos foram parcialmente procedentes nas duas primeiras instâncias. Foram procedentes em relação à demanda de nascimento indevido, indenizando à autora, mas improcedentes em relação à demanda de vida indevida, julgando-se improcedentes os pedidos em relação ao menor J. Autores e réus recorreram ao Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

Em suas razões, os autores concluíram que não é a vida em si mesma que consubstancia o dano do recorrente, mas sim a vida com deficiência. A causa de pedir não é a indisponibilidade da vida humana, mas sim o respeito pela dignidade da vida humana a impor a atribuição de uma indenização que assegure uma vida com um mínimo de condições. O dano não é a deficiência per si, nem o próprio nascimento, mas antes o nascimento nessa condição, ou seja, o nascimento deficiente.

Tal tutela não se contradiz com a dignidade da existência humana e com a indisponibilidade do direito à vida. Isso quer dizer que a indisponibilidade da vida humana não é posta em causa pelo simples fato de se atribuir uma indenização ao autor. Este não pretende autolimitar nenhum direito de personalidade, concretamente o direito à vida, muito pelo contrário, ele pode intentar a demanda justamente porque está vivo e é sujeito de direito.

Os autores esclareceram que não se trata a vida como valor ou desvalor, mas dos sofrimentos e das necessidades causadas pela deficiência. A indenização não deve compensar o dano de ter nascido, mas sim a dor e o sofrimento que a criança experimentou após o nascimento. É incontestável o fato de que nasceu uma pessoa com deficiências severas, que busca reparação pelos danos, pessoa que está viva. O dano invocado pelo autor, consistente na dor e sofrimento após seu nascimento, além das necessidades causadas pela deficiência, são consequências diretas e necessárias do ato ilícito e culposo praticado pelos réus.

Os demandantes alegam que J é, na essência, o principal interessado no ato médico negligente e, em última instância, o maior lesado com a omissão destes profissionais da medicina. Se ele for totalmente ignorado do ponto de vista jurídico, considerando que não possui nenhum direito, haverá lesão também às normas contratuais destinadas a protegê-lo, de modo que a justiça se resumirá na aplicação meramente teórica de princípios que o legislador não previu – mas que nem por isso deixam de merecer a devida tutela.

Os réus, em seu último recurso, invocaram os mesmos argumentos apresentados nas defesas nas duas primeiras instâncias e acrescentaram o pedido de que se reconheça que a obrigação deles era de meio e não de resultado. Além disso, afirmaram que não há no ordenamento jurídico português um autêntico direito de interromper a gravidez, apenas que em alguns casos se encontra estabelecida a não punibilidade do aborto. Por esta razão, entendem não estarem preenchidos os pressupostos de que dependeria a responsabilização contratual dos médicos pela realização do exame ecográfico negligente e pena consequente não prestação da informação correta à mulher grávida e pelos danos que daí decorreram.

Após extensa exposição das razões recursais, que foram ventiladas acima, deu-se início ao julgamento, em 17 de janeiro de 2013. O primeiro ponto da decisão versou sobre o reconhecimento da existência entre um contrato de prestação de serviços, entre a autora e os réus, no qual estes se obrigaram para com aquela a prestar a assistência médica realizando ecografias obstétricas, mediante retribuição – pagamento pelos serviços.

Neste caso, os julgadores consideraram que a obrigação constante do referido contrato era de meio, pois os exames destinavam-se à identificação, determinação e informação de eventuais distúrbios e malformações do feto. Sendo assim, eram atividades de mera observação, diagnóstico e vigilância, sendo, portanto, considerada de meios e não de resultado. Disso decorreu a interpretação de que os réus assumiram com a autora o comprometimento no sentido de prestarem os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, agindo sempre com as melhores técnicas.

Para aferição de culpa no caso de obrigação de meio, é preciso analisar a existência de comportamentos censuráveis, como a imprudência, a imperícia ou a negligência quando da feitura dos exames, de modo a ser possível atribuir-lhes culpa na produção do resultado danoso. Os magistrados, então, levaram em consideração que o corpo clínico da sociedade empresária ré era formado por pessoas com conhecimentos e capacidades acima da média, de reconhecimento internacional na medicina em nível mundial. Sendo assim, estava nas melhores condições no âmbito de sua especialidade, a imagiologia, e conseqüentemente, nas melhores condições para prestar os serviços de exames ecográficos da autora.

Desse complexo de fatos, os magistrados concluíram que houve uma conduta ilícita e culposa por parte dos réus, pois poderiam e deveriam ter agido de outro modo face à constatação inequívoca de malformações do feto. A conduta traduziu-se em violação ao dever de cuidado na execução do diagnóstico, o que conduz a sua responsabilização contratual, inexistindo qualquer circunstância susceptível de afastar a presunção de culpa sobre os médicos. Assim, houve para os réus, um reconhecido erro médico, consistente numa falha profissional, não intencional, consistente numa deformada representação da realidade imagiológica das ecografias realizadas na autora.

Os julgadores também concluíram pela inexistência de nenhuma quebra da causalidade dos fatos, pois a conduta dos requeridos foi decisiva para o resultado produzido, qual seja o de possibilitar o nascimento do autor com as malformações de que o mesmo era portador. Tal fato não teria acontecido se os médicos tivessem agido de forma diligente, com a elaboração dos relatórios concordantes com as imagens que os mesmos forneciam. O erro também foi

determinante para impedir a autora de utilizar o meio legal que lhe era oferecido, qual seja o de levar a termo sua gestação, caso assim entendesse dadas as circunstâncias.

Os magistrados do supremo também se manifestaram sobre a alegação dos réus de que a autora não possuía direito autêntico de interromper a gravidez. Isso porque, apesar dessa afirmação estar correta, existia também a possibilidade legal da interrupção da gestação, devendo ser invocado, no caso, a chamada perda de chance de se não vir a padecer dos sofrimentos derivados de um nascimento indevido. Caso a autora tivesse conhecimento sobre a situação de seu filho, era perfeitamente lícito que ela realizasse o abortamento. Desta forma, devida a indenização pela demanda de nascimento indevido à autora, além de acompanhamento clínico permanente, próteses que J. necessitar e educação e instrução especial em razão da deficiência.

O julgamento então seguiu considerando as razões invocadas para o não reconhecimento da indenização pela vida indevida. Em primeiro lugar, estabeleceram a premissa de que ninguém poderá tirar partido de um prejuízo pelo fato de ter nascido, ainda que o nascimento seja consequência de erro médico que provoque diretamente ou agrave alguma deficiência. Assim sendo, é inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido, pois isso envolveria a quantificação do valor da vida. As perguntas que se seguiriam, segundo os juízes, seriam quanto vale a vida e se uma pode valer mais do que outra; se uma vida com deficiência é menos valiosa do que uma vida sem deficiência e quais os critérios de valoração. Estas questões implicam considerações filosóficas, morais, religiosas e políticas para além das jurídicas.

Além deste argumento, a decisão foi fundamentada com base do fato de inexistir ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre o ato dos réus e as malformações do autor, que não teve origem em nenhuma ação ou omissão daqueles. O comportamento negligente e censurável por via contratual ocorre somente em relação à autora, mãe de J. Definiram que não seria permitida nenhuma demanda por *wrongful life*, porque falham os pressupostos da responsabilidade civil conducentes ao dever de indenizar em sede extracontratual, já que não há contrato entre J. e os réus. Ainda, não se poderia admitir uma terceira espécie de relação obrigacional, para além da responsabilidade contratual e extracontratual, porque o nascituro não possui personalidade jurídica. E, com estas razões, finalizaram o julgamento, mantendo a improcedência do pedido pela demanda de vida indevida.

A sra. Palmira ingressou com ação contra Don Bienvenido (ginecologista) e General Española de Seguros SA (clínica médica) pleiteando o pagamento por indenização a título de danos morais no valor de cinquenta milhões de pesetas em razão do nascimento de sua filha Evelyn, em 1988, com graves malformações por falha no diagnóstico médico no período gestacional.

O juiz de primeiro grau proferiu sentença em 15 de março de 2005 indeferindo os pedidos formulados. A autora recorreu, alegando vícios em questões processuais, especialmente porque não foram deferidas todas as provas que pretendia produzir. O tribunal de apelação acolheu o recurso e reenviou o processo para o magistrado de primeira instância, reabrindo a instrução processual.

O juiz, após a regular produção de provas, confirmou a sentença anterior, pois considerou os danos não haviam sido comprovados. Quando o médico realizou os três ultrassons, a gestante já tinha passado da trigésima primeira semana e, portanto, o abortamento não poderia ser realizado dado ao estágio avançado da gravidez. Ainda que o médico tivesse detectado as malformações, o resultado não teria sido diferente.

Os requeridos apresentaram documentos junto com a contestação a fim de comprovar que em um número significativo dos casos as malformações fetais são indetectáveis. Para além disso, não havia culpa negligência no desempenho do médico, que agiu com os meios adequados à situação e existentes no momento em que os eventos ocorreram – no ano de 1988. As técnicas ecográficas da época não permitiam a detecção total das malformações do feto.

A sentença considerou que ninguém responderá por eventos que não poderiam ter sido previstos e que as malformações eram imprevisíveis no momento dos fatos. Os ultrassons da época somente permitiam detectar oitenta por cento das anomalias, além do fato de que este número era reduzido no caso de retenção de líquidos, ganho excessivo de peso e posição transversal do feto no momento do exame. Nem todas as anomalias são detectáveis e não havia, no caso, motivo para suspeitar de sua existência.

Para que a ação fosse julgada procedente, o sistema jurídico deveria admitir a descriminalização do aborto eugênico no momento em que o médico agiu com negligência. Infringe a doutrina do *wrongful birth* quando se constata que, embora exista a possibilidade de as malformações serem detectáveis, nos ultrassons realizados na trigésima primeira, trigésima quinta e trigésima nona semana de gestação a requerente não poderia ter realizado o aborto, de acordo com a legislação vigente à época.

Não se conformando com o julgamento do processo, a sra. Palmira recorreu ao Tribunal, que cassou a sentença de primeiro grau e condenou os requeridos solidariamente ao pagamento em seu favor no montante de trezentos mil e quinhentos euros. Não está disponível no julgamento do caso a peça recursal, nem a decisão do Tribunal – somente há referência a estes fatos no relatório da decisão analisada.

Os demandados recorreram desta decisão, que chegou à primeira seção da Suprema Corte da Espanha em 14 de março de 2013. A referida corte negou provimento aos recursos dos requeridos, confirmando o julgamento de segundo grau, que impôs o pagamento de indenização pelo nascimento indevido.

No julgamento do recurso, considerou-se que a história clínica da paciente fornecida pelos requeridos estava incompleta, pois sequer havia registro do curso da gravidez entre dezembro de 1987 e julho de 1988 – apesar desta afirmar que realizou três exames ultrassonográficos neste período. Isso indica que dolosamente não foram registrados no histórico médico juntado aos autos os ultrassons pelos quais passou a autora em que o médico atuou negligentemente.

Além disso, havia prova de que o médico havia identificado que o saco gestacional era menor do que o correspondente para o momento da gravidez, sendo que deveria ter encaminhado a paciente para realizar exames mais aprofundados.

O nexo de causalidade exige a ponderação de que o resultado danoso é consequência natural, adequada e suficiente, valorizada de acordo com as circunstâncias que o bom senso impõe a cada caso. Não basta apenas hipóteses simples ou especulações sobre o que deveria ter sido feito e o que não foi feito. Restou evidente, pelo conjunto probatório, indícios qualificados de anormalidade das obrigações médicas para emissão de diagnóstico. Embora as malformações sofridas pela filha da autora não possam ser imputadas ao referido profissional, o fato de o requerido não juntar aos autos os três últimos ultrassons indica que as referidas anomalias poderiam – e deveriam – ter sido identificadas pelo profissional.

O tratamento médico inadequado da gravidez impediu que as malformações fossem detectadas a tempo e que, caso tivessem sido, levariam a soluções diferentes, como a possibilidade de a mulher realizar o abortamento. O dano está configurado independente da decisão da gestante de abortar e reside no fato desta ter sido negligentemente privada da possibilidade de decidir sobre sua situação pessoal e familiar, além da de consentir.

Ademais, dar a vida a um novo ser, afeta profundamente sua vida em todos os seus aspectos e os efeitos da privação de decidir acarretam em sofrimentos causados pelo nascimento

de uma filha afetada por um dano moral irremediável. Além disso, há a necessidade de despendere recursos extraordinários para criação da criança. No caso, não se está diante de uma concepção indesejada, mas sim de uma gravidez voluntária, hipótese na qual o filho não representa um dano, mas sim o plus resultante de sua incapacidade.

Por fim, a Corte esclareceu, ainda, que não se tratava de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. Ao campo da responsabilidade profissional médica aplica-se a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa. No caso, de fato houve ação médica deficiente quando nenhuma anormalidade no feto foi detectada e, como consequência, não foram fornecidas aos pais as informações adequadas cujas quais estes tinham direito legítimo.

3.5.7 Recurso n.º 16754/2010 – Itália, 2012, *wrongful birth*

Em fevereiro de 1996, após descobrir a gravidez, o casal M.B.O. e M.O. procurou o médico ginecologista P.D. pedindo para que a senhora M.O. fosse submetida a todos os exames necessários para excluir malformações fetais e que o nascimento de um bebê saudável era condição essencial para a continuação da gestação.

O médico propôs que a gestante realizasse apenas a avaliação pelo Teste Triplo, consistente através da combinação de três marcadores bioquímicos presentes no sangue da futura mãe e combinados, a fim de obter um algoritmo de controle que mede a possibilidade de anomalia do feto. O ginecologista P.D. foi omissivo na prescrição de exames mais específicos para excluir demais alterações cromossômicas do feto. Em setembro de 1996 nasceu a pequena M., sofrendo da síndrome de Down.

Em 1999, os pais ingressaram, em nome próprio e na qualidade de pais, bem como em nome de sua filha M. e dos seus outros três filhos menores, G. e L., com ação de indenização por responsabilidade civil médica contra o médico P.D. e a clínica USSL di Castelfranco Veneto por nascimento indevido.

O juiz de primeiro grau entendeu que não foi provado que a Sra. M.O. pediu para ser submetida a exames mais aprofundados, como a amniocentese, para constatação de malformações fetais. Incumbia aos demandantes o ônus da prova da solicitação do diagnóstico completo para o exercício do direito de interromper a gravidez. Além disso, declarou a ilegitimidade passiva dos menores filhos do casal – tanto de M., quanto dos irmãos.

Os pais recorreram da sentença para que seus pedidos fossem reapreciados pelo tribunal superior, objetivando a contestação analítica do argumento de que a gestante solicitou

expressamente uma avaliação de diagnóstico médico para identificação de qualquer malformação genética do feto, a fim de interromper a gravidez por este motivo.

O recurso foi apreciado pelo Tribunal de Apelação de Veneza e não provido, com fundamento no princípio de direito pelo qual se o nascimento ocorreu, a criança não pode ser declarada como dano por violação contratual. Além disso, entendeu que a falta de informação que impediu o direito à saúde da mãe de recorrer ao aborto não era passível de indenização.

Este argumento prosperou tendo em vista que não foi reconhecida inadimplência contratual do profissional de saúde, considerando este completamente isento de culpa. No caso, a senhora M.O. contava com vinte e oito anos na época dos eventos e não informou o médico sobre a existência de eventuais malformações cromossômicas familiares que justificasse um teste mais invasivo. Desta forma, o Tribunal considerou que o Teste Triplo foi corretamente a única indicação do médico para detecção de alguma anomalia.

O Tribunal de Veneza considerou ainda que a apuração de uma malformação fetal não é suficiente para legitimar a interrupção da gravidez, pois a continuação da gestação não expõe a mulher a grave perigo para sua vida ou para sua saúde física ou mental.

Inconformados com o resultado do julgamento, novamente os pais recorreram, levando o caso à Suprema Corte da Itália (*Corte di Cassazione*) em 2 de outubro de 2012.

Ao analisar o recurso, os magistrados entenderam que, se por um lado era dos recorrentes o ônus da prova da solicitação do diagnóstico, como consignado na sentença de primeiro grau, por outro lado, também era ônus do médico fornecer informações completas sobre todas as possibilidades de investigações diagnósticas mais ou menos invasivas e as porcentagens oferecidas de cada teste escolhido, para permitir que a gestante tomasse a decisão de acordo com a sua realidade gestacional. O resultado deste ônus é a responsabilidade do médico, não apenas pela circunstância da omissão do diagnóstico em si, mas também pela violação do direito da mulher à autodeterminação, com vista ao aparecimento de causalidade hipotética de doença física ou psicológica.

O dano indenizável no caso da gestação da senhora M.O. não se refere ao direito de não nascer se não for saudável, mas sim como compensação da falha do médico que impediu a mulher de fazer a escolha para terminar a gravidez. Desta forma, o direito a compensação refere-se à nocividade da desvantagem congênita para o bebê nascido, bem como para o alívio causal do não cumprimento da obrigação de diagnóstico precoce para com a mãe.

O confronto bioético seria que o sistema jurídico reconhece à mãe do direito de abortar, ainda que dentro dos limites e nos casos previstos pela lei em detrimento do direito do feto de

vir a luz, de acordo não só com a proteção do direito a procriação consciente e responsável, mas também pelo direito à saúde física ou até mental da mãe. A gestante possui direito à procriação consciente e responsável, dada a ela em termos de exclusividade absoluta e de eficácia inquestionável.

Cabe somente à mulher, porque esta recebe (por natureza, antes mesmo da lei) a legitimação ativa para exercer o direito de procriar consciente e responsavelmente, avaliando as circunstâncias e decidindo sobre a continuação ou não de uma gravidez. É a mãe, de fato, quem, exercendo seu próprio direito (ainda que, às vezes, no interesse não só dela) presumivelmente decidirá o melhor.

Sobre a indenização na condição de pais, a Suprema Corte considerou que eles tinham a consciência de que viver uma vida malformada é, em si, uma condição existencial de sofrimento potencial, mesmo que isso não afete o horizonte de aceitação incondicional do filho. Todo ser humano se aproxima da vida, seja ela qual fora a situação concreta em que se encontra – princípio cardinal não de uma única especificação moral, mas da mesma e universal bioética da pessoa, caracterizada pela centralidade insubstituível da consciência individual.

Pela teoria da legitimação ativa, entendeu a Suprema Corte que a responsabilidade médica pelo diagnóstico omissivo de malformações fetais e o consequente nascimento indesejado deveria ser estendida também para os demais irmãos da recém-nascida, filhos do casal. O argumento para ampliação da possibilidade de indenizar considerou que os demais filhos do casal sofreram danos presumidos e não pecuniários, como a menor disponibilidade dos pais em relação a eles, o maior tempo necessário para a criança com síndrome de Down, a menor possibilidade de desfrutar o relacionamento com os pais, dentre outros.

A Corte firmou também o entendimento que a filha nascida com síndrome de Down. M., também era sujeito legitimado a receber a indenização. Mais do que um novo direito subjetivo, o reconhecimento dessa legitimidade estabeleceu um novo sujeito autônomo. A indenização não era devida pela malformação considerada em si mesma, mas pelo estado funcional da enfermidade, pela condição evolucionária da vida de deficiente. Não se trata de não merecer uma vida deficiente, mas sim porque merece uma vida a ser vivida com menos desconforto, atribuindo esta responsabilidade diretamente ao sujeito portador da condição desconfortável.

Em aplicação dos motivos de direito acima mencionados, a Suprema Corte cassou a decisão do Tribunal de Apelação de Veneza e determinou o seu reenvio à esta corte, em composição diferente, para reavaliar o pedido do zero de compensação para os demandantes.

3.5.8 O'Reilly McCabe v. Minister for Justice Equality and Law Reform & anor – Irlanda, 2009, *wrongful birth*

Em abril de 2004, a senhora McCabe ingressou com ação de responsabilidade civil contra o Ministro da Justiça da Irlanda e contra o escritório de advocacia Patrick Cusack Smith & Company. A autora era casada com o senhor Thomas McCabe, que sofreu um acidente de trânsito em 1965. Na época, por ser menor de idade, seu processo de indenização pelo acidente foi movido pelo ministro da justiça.

Deste acidente, o senhor Thomas McCabe sofreu dano cerebral grave, que levou ao desenvolvimento de esquizofrenia. Em 1967, os advogados do escritório Patrick Cusack Smith & Company foram nomeados guardiões legais de Thomas e assumiram seu controle pessoal e de seu patrimônio. Contudo, afirma a autora que ele foi abandonado por seus guardiões legais e os fundos pagos em seu benefício foram desviados.

A senhora McCabe alega que em 23 de setembro de 1972 casou-se com o senhor Thomas McCabe, sendo que os advogados que eram guardiões legais deste omitiram informações pessoais de seu marido. Ela não foi informada sobre sua situação patrimonial, nem sobre as sequelas do referido acidente – no qual desenvolveu esquizofrenia. Além disso, alega que os advogados omitiram a idade de seu ex-esposo, pois em 1972 ainda era menor de idade.

Após o casamento, o casal passou a residir no condado de Meath e, entre os anos entre 1973 e 1980, deu à luz cinco filhos. A mulher salienta que a esquizofrenia é doença hereditária e que dois de seus filhos herdaram a doença do pai. Além disso, alega que o risco de herdar a doença era previsível e que os danos às crianças foram causados por negligência dos acusados, em razão da violação de seu direito de informação. Ela não foi avisada sobre a doença de seu ex-marido quando contraiu núpcias com este e apenas foi informada de que do acidente havia decorrido pequenos ferimentos físicos. Em 1992, o casal se divorciou.

Ainda em seu processo, afirma que o senhor McCabe, em razão de suas limitações pela doença, era incapaz de dar consentimento para que os advogados praticassem atos em seu nome. Apesar disso, ele assinou uma procuração dando poderes para os advogados gerenciarem seu patrimônio, mesmo após o casamento. Por esta razão, em 1981, os patronos venderam a casa em que morava com seu ex-esposo e cinco filhos, sem o seu consentimento.

Por todos esses motivos, entende que houve impedimentos não revelados em seu casamento, de forma que requereu a declaração de nulidade do mesmo. Ela acredita que o

ministro da justiça e os advogados são responsáveis pela indenização: o primeiro porque responsável pela instituição de custódia que abrigou o menor após o acidente e conhecedor dos fatos; os segundos também pela omissão de informações, atuando com negligência e assumindo o risco dos seus filhos nascerem com a doença, além dos atos civis praticados lesivos ao seu patrimônio. Requereu, por fim, a inclusão dos seus filhos no polo ativo da demanda.

Em primeiro e segundo graus, os magistrados entenderam que não havia evidências suficientes que comprovassem a alegação da autora e permitisse o julgamento procedente da demanda. Além disso, existiam elementos no processo que indicavam que o senhor Thomas McCabe não era absolutamente ou relativamente incapaz, como alegado. Também consideraram que não foi apresentada nenhuma prova de fraude ou falsificação da assinatura da autora em relação à venda do imóvel, nem de ocultação fraudulenta de informações sobre seu ex-marido.

O caso chegou à Suprema Corte da Irlanda em 29 de junho de 2006, que confirmou as decisões anteriores. Quando sofreu o acidente de trânsito em 1965, ele tinha vinte anos. Naquela época, a maioria só era alcançada a partir de vinte e um anos, motivo pelo qual seu processo de indenização foi de responsabilidade da promotoria da justiça, em nome do ministro da justiça. Contudo, na data em que recebeu sua indenização (duas mil libras), ele já tinha adquirido a maioria e, por este motivo, precisou ser representado legalmente pelos advogados do escritório Patrick Cusack Smith & Company. Além disso, quando do seu casamento, em 1972, o senhor McCabe também já não era menor de idade. Por estas razões, negou-se provimento ao recurso e as decisões anteriores foram reafirmadas e mantidas.

3.5.9 Sutradhar v. Natural Environment Research Council – Reino Unido, 2006, *wrongful birth*

O recurso em questão chegou à Câmara dos Lordes em 5 de julho de 2006, no qual o senhor Sutradhar, cidadão de Bangladesh, demandou o Conselho de Pesquisa em Meio Ambiente Natural do Reino Unido. Por unanimidade, a corte negou provimento ao recurso.

O argumento do autor era de que o referido órgão emitiu um relatório geológico negligente que, segundo o mesmo, induziu as autoridades de saúde de seu país a não tomar medidas que garantissem que sua água potável não fosse contaminada por arsênico. Em razão deste relatório, alega que a água de seu país foi contaminada com o agente químico e ele sofreu ferimentos na pele e envenenamento.

Não se vislumbra no caso nenhuma hipótese relacionada ao pedido de indenização por responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido ou vida indevida, motivo pelo qual não se procedeu à análise aprofundada deste julgado.

3.5.10 Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust – Reino Unido, 2003, *wrongful conception, wrongful birth*

A demandante no processo (senhora Rees) sofria de deficiência visual grave e progressiva, de tal forma que se sentia incapaz de cumprir as obrigações cotidianas de uma mãe e, por esse motivo, desejou ser esterilizada. Ela procurou a instituição de saúde Darlington Memorial Hospital NHS Trust e manifestou seu desejo ao médico, que realizou o procedimento de laqueadura. Contudo, o procedimento para impedir a fertilização falhou por negligência médica, segundo a autora. A criança nasceu saudável, mas a incapacidade da autora permanece, o que aumenta os custos de cuidar do filho.

Os magistrados de primeiro e segundo grau reconheceram o direito de recuperar somente os custos adicionais na manutenção da criança atribuíveis à deficiência da mulher. Das decisões recorrem ambas as partes, a autora pleiteando a indenização total pela criação do filho (não só pelos custos adicionais) e o hospital requerendo a improcedência do pedido.

O caso chegou à Câmara dos Lordes em 16 de outubro de 2003, que contou com os votos dos lordes Bingham of Cornhill, Nicholls of Birkenhead, Steyn, Hope of Craighead, Hutton, Millett e Scott of Foscote. Os lordes reconheceram a semelhança com o caso *Macfarlane and another v. Tayside Health Board* (item 3.5.12 deste trabalho). No caso deste precedente, ficou consignado na jurisprudência que 1) no caso de nascimento de uma criança com anomalias ou malformações podem ser permitidos, por critérios de razoabilidade, indenização pelo nascimento indevido, sem nenhum desconto para as alegrias que um filho traz à vida dos pais; 2) os danos podem ser integralmente indenizados pelo custo de se criar uma criança não desejada ou planejada até a idade em que se espera que ela seja economicamente autossuficiente; e 3) não é considerado dano passível de indenização o nascimento de uma criança saudável ou sem deficiência.

Naquele julgamento, em 1999, segundo lorde Bingham of Cornhill, havia questões políticas entorno à decisão. Existia certa relutância por parte da Câmara em considerar uma criança, ainda que indesejada, como um passivo financeiro, como um motivo pelo qual os pais mereciam uma compensação em dinheiro. Isso porque esse reconhecimento levaria também ao

reconhecimento da hipótese de os pais demandarem o serviço público de saúde pelo nascimento de uma criança saudável no caso de concepção ou nascimento indesejado. Naquele caso, a preocupação foi em não se permitir essa situação, sob pena de ofensa do judiciário imiscuir-se na alocação de recursos públicos, causando um colapso no sistema de saúde que precisa atender às demandas prementes da comunidade.

Houve, no julgamento do presente processo, preocupação em alterar o precedente de apenas quatro anos anteriores, sob pena de ferir o sistema de precedentes e a segurança jurídica da opinião judicial. Como naquele caso decidiu-se que se a criança nascesse saudável não haveria direito à indenização, reconhecer os pedidos da presente ação levaria a esta temida mudança de entendimento.

O lorde Bingham entendeu que mesmo aceitando que uma criança indesejada saudável não enseja o pagamento de indenização, em razão das recompensas intangíveis da paternidade, permanece o fato de o pai ou mãe de uma criança nascida após uma vasectomia ou laqueadura tubária realizada por negligência, ou ainda pelo aconselhamento médico negligente, serem vítimas de um erro. Entendeu ser legal a criação de uma regra pela qual não é possível postular a recuperação do custo total da criação da criança, mas não é imparcial uma regra que nega à vítima de um dano qualquer recompensa relacionada à gravidez e nascimento indesejados.

Segundo o lorde, o judiciário não pode fechar os olhos para situações diversas e considerar que somente existam pais prósperos interessados em saquear o serviço nacional de saúde. Existem outras realidades, como a de uma mãe solteira com filhos pequenos lutando para sobreviver ou então a da mãe cuja ambição é retomar sua carreira laboral (ou mesmo iniciar uma), mas que é impedida pela condição de agora precisar cuidar da tarefa doméstica da criação do filho. Também deve ser considerada a lesão ao planejamento familiar nestes casos, bem como a lesão para a mãe e o pai individualmente considerados, em razão da negligência médica que retirou a oportunidade deles viverem a vida da maneira como desejavam.

Assim, a indenização somente pela gravidez ou nascimento indesejados não dá o reconhecimento adequado, nem faz justiça a todas essas perdas. Entendeu o lorde que se deve reconhecer o dano feito e admitir-se uma indenização justa, mais ampla do que o precedente McFarlane definiu. O lorde Bingham votou pelo provimento do recurso e majoração do valor da indenização.

Em seu voto, lorde Nicholls, problematizou o tema através das indagações sobre qual deve ser a política de concessão de indenização no caso de gravidez indesejada decorrente de

aconselhamento médico profissional negligente e quem deveria arcar com o valor, se o médico ou o hospital.

O lorde entendeu que nestes casos basta a simples alegação dos pais de que o evento que procuraram evitar aconteceu: o nascimento de um filho. Os custos para criação de um filho são previsíveis, de forma que pode ter sido uma das razões pelas quais os pais tentaram evitar a gravidez. É desta forma, que quem cometeu o erro deve suportar suas consequências financeiras.

A indenização deve ser justa e razoável, considerando as circunstâncias de cada caso. Contudo, o ministro Nicholls entende que impor que o serviço nacional de saúde ou o médico negligente pague todos os custos da criação de uma criança é resposta desproporcional ao erro do profissional da medicina.

O próximo a votar foi o lorde Steyn, que, antes de apresentar seus fundamentos, fez um importante relatório dos fatos principais do caso. A senhora Rees tinha apenas um sexto da visão de um dos olhos e era completamente cega do outro; sua visão tinha se deteriorado ainda mais nos últimos anos antes da gravidez e por este motivo ela havia desistido recentemente do trabalho; ela tinha grande dificuldade de encontrar um método contraceptivo adequado e, às vezes, solicitava a pílula do dia seguinte; sentiu que sua visão a impediria de cuidar adequadamente de eventuais filhos; estava preocupada com questões de saúde e assustada com a possibilidade de uma gravidez.

Todos estes fatores foram determinantes para que no dia 18 de julho de 1995 ela se submetesse a uma operação de esterilização definitiva. O médico não obstruiu adequadamente suas trompas de falópio e não a informou de que sua cirurgia havia falhado. Em julho de 1996 ela ficou grávida e em 28 de abril de 1997 nasceu seu filho Antony, saudável. Ela cuidava do menino sozinha, sem a ajuda do pai, e contando apenas com o apoio da mãe. Os custos para cuidar de Antony foram comprovadamente provados serem mais caros do que seriam para uma mãe que não tem deficiência.

Ao iniciar a parte argumentativa de sua decisão, ele criticou quando o poder judiciário deixa de aplicar o direito e passa a criar políticas públicas. No caso, a Câmara estava obrigada a considerar as circunstâncias do caso e invocar a teoria moral da justiça distributiva e os requisitos do que é ser justo e razoável. Do contrário, seria aplicar a jurisprudência apenas para o estabelecimento do que denomina uma política jurídica. Por esta razão, apesar de concordar com o julgamento em *McFarlane* – de que só é indenizável o erro médico quando a criança nasce não saudável –, lorde Steyn disse que no presente caso a indenização é possível, pois a

hipótese era diversa do princípio estabelecido naquele caso. Tratava-se de uma exceção, já que neste caso a mãe é quem tinha a deficiência.

Lorde Steyn trouxe em sua argumentação outra importante discussão, a partir de alguns exemplos. No caso de uma mulher com quatro filhos e que não deseja ter o quinto, mas por negligência médica ela dá à luz, a necessidade dela de certa indenização para aliviar sua crise não seria menor do que no caso de uma mulher que dá à luz um filho com alguma anomalia. A necessidade dela poderia ser maior caso o quinto filho nascesse deficiente, mas não se pode negar que ela foi vítima de um dano com várias consequências. Neste caso, a jurisprudência pode permitir que ela não recupere seu estado anterior, mas, ao mesmo tempo, permitir a indenização para o retorno ao *status quo ante* no caso do filho com deficiência? É simplesmente a deficiência que faz a diferença?

Entende o lorde que existem outros fatores para se determinar se devida a indenização, bem como o *quantum* indenizatório. Por exemplo a situação financeira, as circunstâncias familiares – se tem apoio de outras pessoas para ajudar na criação da criança ou a quantidade de filhos que já possui. Alocar o critério indenizatório somente no fato do filho nascer ou não deficiente é uma regra que não funciona de maneira justa.

Além disso, defende que não existe apenas uma resposta certa para este tipo de caso. A tensão entre argumentos em direções opostas torna os casos de nascimento indesejado difíceis. Mas é preciso dar uma resposta a demanda e esta decisão deve representar a melhor escolha disponível e defensável nos termos de justiça. Ademais, registrou que após a análise de algumas jurisdições estrangeiras, obteve resultados variados, enfatizando a natureza heterodoxa da solução adotada.

Lorde Hope contribuiu com a discussão ao dizer que entende não ser moralmente repugnante conceder indenização pelo nascimento de uma criança saudável, porque o valor fundamental associado à vida humana é conceito ético e não econômico, além do problema ser legal e não teológico.

Além disso, considera inevitável a mistura de custos e benefícios, de bênçãos e prejuízos, que não podem ser separados, advindos do nascimento de um filho. Entende que não se pode começar a desemaranhar as complexas emoções de alegria e tristeza, além dos encargos e recompensas intangíveis na educação de uma criança. Apesar disso, não é possível fugir do fato de que os pais de uma criança com deficiência grave provavelmente arcarão com custos e esforços extras para tornar a educação de seu filho a melhor possível. Uma criança deficiente provavelmente precisará de cuidados extras e a prestação desses possivelmente significará

gastos extras. O amor no contexto da deficiência deve ser apoiado pelos recursos de apoio correspondentes, que custam dinheiro. Quanto mais deficiente a criança é, mais difícil cumprir essas obrigações.

O lorde assumiu como verdade o fato de que se a criança e os pais são saudáveis, quando se contempla as vantagens e desvantagens que surgirão do nascimento da criança, um elemento de simetria é inerente. Esta simetria está no pressuposto de que os pais e a criança são saudáveis. A simetria é afetada no caso dos pais ou da criança serem afetados por deficiência grave. Uma vez que se aceite que os custos extras de criar um filho com deficiência grave sejam recuperáveis, não se pode negar a indenização pelos custos extras com o filho pelo pai com deficiência grave. Entender diversamente seria criar uma distinção arbitrária e irracional.

O magistrado também entendeu que cada caso deve ser considerado com base em seus próprios fatos. Os pais têm liberdade para escolher e, portanto, para limitar o tamanho de sua família. Esta liberdade deve ser entendida como direito e a lesão como prejuízo a sua autonomia.

Chegando à conclusão de que a indenização é devida, a discussão se concentrou nos parâmetros para fixação da mesma, de forma a escolher um valor apropriado que não seja exorbitante, nem irrisório. A questão se torna complicada neste sentido, pois não houve nenhum caso anterior sobre esta matéria para que utilizassem os mesmos parâmetros. Como medir a perda do direito de limitar o tamanho da família, tendo em vista o efeito duradouro que o nascimento do filho indesejado tem sobre a vida dos pais?

O próximo a votar foi lorde Hutton, que acrescentou ao julgamento que as dificuldades não devem impedir os tribunais de indenizarem uma mãe com deficiência pelo nascimento de um filho não planejado, pelos custos adicionais em sua criação. Quando a mãe é deficiente, não é injusto conceder a indenização, pois existe uma clara diferença entre essa e uma mãe com saúde normal.

Em seguida, o lorde Millett reconheceu a existência de violação a bem jurídico tutelado, mas também reconheceu a existência de dúvida razoável sobre a existência de dano passível de indenização decorrente desta violação. Entendeu que os réus eram legalmente responsáveis pelas perdas que sua negligência causara, pois a gravidez e o nascimento de uma criança foram exatamente as coisas pelas quais estavam responsáveis em impedir. Logo, estavam dentro do escopo de seu dever de cuidar e, consequentemente, responsáveis pelas perdas normais e previsíveis, como a dor e o sofrimento da mãe.

Ele fez, ainda, outra importante consideração. Uma criança que nasce com certa deficiência é avariada apenas durante sua infância. Da mesma forma, um pai com deficiência é avariado ao longo da infância de seu filho. Mas há uma deficiência significativa entre as duas hipóteses. Os fatores que ensejam ser apropriado conceder indenização pelo nascimento de uma criança deficiente estão presentes sempre, mas aqueles que parecer tornar apropriado conceder indenização pelo nascimento de uma criança saudável com pai deficiente desaparecem gradualmente para serem superados pelas vantagens. Quando a criança puder ir sozinha à escola e ajudar em casa, sua presença ajudará, em maior ou menor, grau a aliviar a deficiência dos pais. Uma vez que ela cresça e atinja a vida adulta, ela fornecerá ajuda incomensurável ao pai envelhecido e com deficiência.

Além disso, quando a criança é deficiente, os custos são atribuíveis ao seu nascimento ou ao fato de ser deficiente. Contudo, no caso em que a mãe é portadora de deficiência, o dano é atribuído ou ao nascimento da criança saudável ou ao fato de a mãe ser portadora de deficiência. Na medida em que eles são devidos ao nascimento da criança, o precedente *McFarlane* impede a indenização; mas se devidos em relação à deficiência da mãe, o nexo de causalidade com o erro é quebrado e os réus não são responsáveis por ele em nenhuma circunstância.

Por estas razões, o *lorde Millett* entende que o resultado adequado ao caso é conceder aos pais uma quantia convencional e modesta por danos gerais e não pelo nascimento da criança. A indenização seria pelo dano de um importante aspecto de sua autonomia pessoal, a saber, o direito de limitar o tamanho de sua família. Trata-se de aspecto importante da dignidade humana, que está sendo cada vez mais protegido pela lei.

Lord Scott entendeu que no caso de um profissional, seja médico ou advogado, por exemplo, fornece aconselhamento ou serviços profissionais a um cliente de forma não contratual, ainda assim deve ao cliente um dever profissional de cuidado ao fazê-lo. Logo, nestes casos, não existe diferença se a obrigação tiver origem contratual ou não, pois ambas ensejam a responsabilização do profissional negligente. Para o *lorde*, em todos os casos, o princípio geral da teoria da responsabilidade civil exige que a vítima seja colocada na posição em que ela estaria se o bebê não tivesse nascido.

O problema que torna a questão difícil reside na avaliação sobre a determinação de valor sobre a vida humana. Isso porque se pensarmos na questão da vida indesejada com animais, a resolução da questão é simples. No caso de um veterinário negligente que realiza um mal procedimento de esterilização de uma égua, que dá à luz um potro. O profissional agiu com

culpa, será responsabilizado e o valor da indenização levará em conta os gastos que o dono do animal teve com a gestação não planejada, mais perdas e danos. Em relação ao potro, não há a necessidade do dono da égua o manter: ele pode ser vendido ou doado, por exemplo. Mas os gastos envolvendo a criação do potro não são de responsabilidade do veterinário negligente.

No caso de uma criança, por uma mistura de razões culturais, morais, religiosas e até legais, espera-se que os pais de cada bebê aceitem a responsabilidade por ele e seu bem-estar. Não parece certo considerar uma opção dos pais de colocarem o filho à doação ou então interromper a gravidez indesejada. Logo, é razoável que os pais digam que não tem outra escolha a não ser manter a criança como membro de sua família e educá-la da melhor maneira possível, de forma que a indenização pelos danos deve ser estendida e devida não somente pelo ato negligente.

Concluiu-se o julgamento com todos os lordes negando provimento para o recurso do serviço de saúde e fixando a indenização no importe de quinze mil libras à senhora Rees.

3.5.11 Recurso n.º 1044/1996 – Espanha, 2001, *wrongful birth* e *wrongful life*

O casal Cosme e Constanza ajuizou ação contra a médica Filomena pleiteando indenização em decorrência de vasectomia mal realizada em janeiro de 1994, resultando na concepção de um filho em agosto do mesmo ano.

Após a realização da vasectomia, Cosme foi submetido a várias análises de sêmen. A primeira foi em março de 1994, que resultou na classificação de “não adequada”, pois foram vistos espermatozoides vivos. Outras análises foram realizadas em abril, maio e junho, todas produzindo o mesmo resultado, indicando que ele continuava fértil.

A médica requerida pautou sua defesa no fato de que o requerente teve relações sexuais com sua esposa no período pós-operatório, mesmo após ser advertido de que ainda possuía esperma vivo. O mesmo ocorreu após todas as análises feitas, sem que o casal utilizasse outro método contraceptivo.

Por outro lado, o casal alega que não foi informado adequadamente sobre o procedimento, de forma clara, nem por escrito. Desta forma, pretenderam que fosse reconhecida violação do dever de informar do médico. Corroborou com este argumento o fato da médica ser clínica geral e não especialista na realização do procedimento, de forma que a alegação foi a de que ela não era capaz de fornecer a todas as informações sobre a vasectomia.

O processo foi julgado improcedente nas duas primeiras instâncias e chegou ao Supremo Tribunal Espanhol em 11 de maio de 2001. A corte reconheceu que se tratava de caso nítido de *wrongful conception*, nos quais os pais movem ação pelos danos causados pela concepção indesejada de uma criança saudável em razão do fracasso do método contraceptivo adotado.

O Supremo confirmou a tese jurisprudencial segundo a qual a natureza jurídica da intervenção profissional médica é de meio e não de resultado²¹, porque a natureza mortal do homem é limite para ciência médica. Além disso, nem todos os indivíduos reagem da mesma maneira ao tratamento disponível, sendo que mesmo que alguns sejam eficazes para a maioria, pode não ser eficazes para outros.

O desempenho do médico é regido pela chamada *lex artis ad hoc*, isto é, considerando o caso específico em que a ação e a intervenção médica ocorrem, bem como das circunstâncias em que se desenvolvem e das características especiais do sujeito e do médico. Todos estes fatores são determinantes para verificar se o ato foi conforme à técnica normal exigida.

Contudo, no caso de tratamentos meramente voluntários, em que a parte interessada recorre ao médico não para a cura de uma doença patológica, mas para a melhoria da aparência física, estética ou para transformação de uma atividade biológica (como a sexual), o serviço perde a característica de obrigação de meio.

Na hipótese de alteração relacionada à atividade biológica, especialmente quando o tratamento buscado visa permitir a prática do ato sexual sem ter que recorrer a outros métodos contraceptivos, a obrigação é de resultado, pois o tipo da demanda incentiva uma maior garantia. A parte interessada procura o médico para obtenção de um resultado específico, determinado, de forma que se impõe o reconhecimento da obrigação de se chegar ao fim pretendido.

No que se refere ao direito/dever de informação, o consentimento informado constitui um direito humano fundamental, consequência direta dos clássicos direitos à vida, integridade física e liberdade de consciência. Trata-se de desdobramento do direito à liberdade pessoal, para decidir sobre si próprio, sobre sua pessoa e sua própria vida em relação à auto disposição do próprio corpo.

²¹ “[...] Y, sobre la Naturaleza Jurídica de esta intervención profesional médica se subraya que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra.” (ESPANHA, 2001, p. 4). As expressões *arrendamiento de servicios* e *arrendamiento de obra* correspondem à obrigação de meio e de resultado do direito brasileiro, de acordo com a classificação de Cavalieri (CAVALIERI, 2012, p. 21).

Concluiu-se o julgamento pela não procedência da demanda considerando que não houve violação ao dever de informar, pois o autor foi previamente informado tanto no pré, quanto no pós-operatório, não só pela médica demandada, mas também pelos médicos que realizaram o exame de testagem do esperma. Além disso, a médica foi escolhida pelo próprio casal, de forma que se afastou a alegação de falta de conhecimento técnico sobre o assunto por não ser especialista.

As relações sexuais que culminaram na gravidez indesejada foram atos deliberados e voluntários do marido da demandante, sendo que tal violação da prescrição profissional e não agir de acordo com as precauções elementares às medidas específicas relacionadas à vasectomia praticada levaram à rejeição dos motivos alegados pelos requerentes, bem como pelo indeferimento do recurso.

3.5.12 Macfarlane and another v. Tayside Health Board – Reino Unido, 1999, *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*

O julgamento deste caso foi realizado no dia 25 de novembro de 1999 pela Câmara dos Lordes e foi importante na medida em que se constituiu em precedente sobre a matéria em todo Reino Unido. Votaram os lordes Slynn of Hadley, Steyn, Hope of Craighead, Clyde e Millett.

O senhor McFarlane foi submetido a uma operação de vasectomia em 16 de outubro de 1989. Em 23 de março de 1990, foi informado, através de uma carta, de que sua contagem de esperma era negativa. Em setembro de 1991, após a retomada de relações sexuais sem medida contraceptiva com sua esposa, a senhora McFarlane engravidou e sua quinta filha, Catherine, nasceu em 6 de maio de 1992. Acrescente-se aos fatos que após a vasectomia, esperando que o casal não fosse mais ter filhos, eles realizaram um empréstimo bancário para compra de outra casa e a senhora McFarlane retornou ao mercado de trabalho.

O casal ingressou com ação requerendo indenização por responsabilidade civil médica decorrente da gravidez indesejada face ao hospital Tayside Health Board. Requereram a indenização no valor de dez mil libras para senhora McFarlane e cem mil libras na condição de pais pelo custo da criação da filha.

O lorde Slynn of Hadley entendeu que os pais não queriam outro filho por razões justificáveis, econômicas e familiares, principalmente pelo fato de que já possuíam quatro filhos. Eles tinham o direito legal de tomar medidas para garantir que isso não acontecesse, sendo a vasectomia realizada pelo marido uma delas. Era totalmente previsível que se a

operação falhasse ou a recanalização ocorresse, mas o senhor McFarlane não fosse informado, sua esposa poderia engravidar.

O lorde entendeu que não era necessário considerar os eventos de concepção de nascimento indesejados como dano ou lesão no sentido comum da palavra. Os acontecimentos eram indesejados e conhecidos pelo serviço de saúde como indesejado. Inclusive, o objetivo da vasectomia era impedi-los de acontecer. Ele entendeu que a indenização para a mulher que engravidou era devida, pois a criança só foi concebida por negligência médica. Além disso, não existia no caso nenhuma obrigação legal ou moral da mulher realizar o aborto ou enviar para adoção uma criança não planejada.

Contudo, a questão sobre a possibilidade de os pais recuperarem os custos de manutenção do filho era outra. Ele não aceitou o argumento de que a indenização era devida pelo fato de que a criança aprenderia que seu nascimento não foi desejado, o que traria consequências psicológicas indesejáveis. Além disso, uma concepção não planejada não é um evento raro de se acontecer. O lorde também considerou um argumento de peso o fato de que, se forem permitidas reivindicações deste tipo, os médicos incentivariam o aborto tardio.

O lorde Slynn entendeu que o médico assume o dever de cuidar em relação à prevenção da gravidez: que não incluiu os custos da criação de uma criança caso aconteça. Apesar de entender que é devida indenização pelos efeitos físicos da gravidez e do nascimento, entende não ser justo ou razoável impor ao médico (ou a clínica de saúde) a responsabilidade da manutenção do filho. O médico não assume responsabilidade por estas perdas econômicas, salvo expressa disposição contratual.

Em seguida, votou lorde Steyn, que achou importante fazer a devida distinção entre dois tipos de reivindicações que podem surgir da falha de um procedimento de esterilização, resultando no nascimento de um filho. Existe a ação de *wrongful life*, quando uma criança nasce com alguma deficiência e o dano decorre do fato de seu nascimento. O presente caso não se enquadra nessa categoria. É o que na literatura se considera *wrongful birth* e geralmente um contrato de serviços está envolvido. Trata-se de ação dos pais de uma criança indesejada para recuperar danos resultantes do nascimento de uma criança.

As questões que envolvem o caso precisariam ser analisadas separadamente: primeiro sobre a reivindicação da senhora McFarlane sobre suas dores, sofrimentos e angústias resultantes de sua gravidez. O segundo aspecto envolveria o direito à indenização financeira dos pais pelos custos de manutenção do filho.

O ponto de partida é o direito dos pais de tomar decisões sobre planejamento familiar e, se esses planos falharem, o direito de cuidar de uma criança inicialmente indesejada. A lei respeita e deve respeitar a decisão dos pais, tão intimamente ligadas as suas liberdades básicas de direitos de autonomia pessoal.

A negligência do médico gerou consequências físicas de dor e sofrimento associados à gravidez e ao parto. Toda gravidez envolve desconforto e dor substanciais. Neste ponto, é possível julgar o caso pela perspectiva da justiça corretiva: quando alguém que tenha prejudicado o outro sem justificativa tem o dever de indenizar. Nessa abordagem, a alegação dos pais quanto ao custo da criação de Catherine deve ser bem-sucedida.

Contudo, é preciso também abordar o caso do ponto de vista da justiça distributiva, com foco na justa distribuição de encargos e perdas entre os membros da sociedade. Sobre este aspecto, é razoável que os pais de uma criança indesejada, porém saudável, possam processar o médico ou o hospital por uma compensação equivalente ao custo de criação do filho até sua maioridade? Lorde Steyn acredita que a maioria das pessoas responderia essa pergunta com um enfático não. E a razão para tal resposta seria a premissa inarticulada sobre o que é moralmente aceitável e o que não é. Por isso, acredita o lorde que nos tribunais em que negaram a indenização pelo custo de criação de um filho indesejado as verdadeiras razões decorreram da noção de justiça distributiva, que é, obviamente, uma teoria moral.

Apesar de acreditar que um tribunal de justiça deve aplicar a lei positiva e não pode agir como tribunal moral, em sua opinião era legítimo que no presente caso se levasse em consideração a justiça distributiva. Com base nesses princípios, ele acha que a reivindicação dos pais de serem indenizados pelos custos de educar a criança não satisfaz a exigência de ser justa e razoável.

Entretanto, as considerações sobre justiça distributiva não se aplicam aos pedidos da senhora McFarlane sobre ser indenizada pela gravidez indesejada. Por estas razões, concluiu dizendo que julgava procedente o pedido de indenização no valor de dez mil libras para senhora McFarlane e improcedente o pedido de cem mil libras na condição de pais pelo custo da criação da filha.

Lord Hope começou seu voto reconhecendo que, não só os médicos, mas também os especialistas de laboratório que recebem e analisam amostras de espermatozoides, que são responsáveis por registrar os resultados e aconselhar os pacientes, serão considerados negligentes se deixarem de exercer a habilidade e a competência razoavelmente esperada deles. Contudo, a questão difícil é saber a extensão de sua responsabilidade perante os pais da criança.

Ele discorre, primeiramente, sobre a reivindicação da mãe, que é sobre o dano resultado de negligência e caracterizado pelos eventos físicos da concepção, gravidez e parto. Não é permitido neste cenário qualquer objeção por motivos morais ou religiosos. Se os processos de esterilização estão disponíveis nos hospitais para quem deseje utilizá-los, a negligência do médico responsável pelo procedimento ou pelos testes em laboratório é indenizável. Além disso, consignou em seu voto, que nos casos em que a mãe sofra problemas físicos ou emocionais mesmo após o parto, mas em razão deste, os danos são atribuíveis à gravidez indesejada e, portanto, indenizáveis.

A segunda parte de seu voto, diz respeito aos custos da criação da filha, que se trata de pedido de compensação por perda econômica. A questão, para o tribunal, de lei, não de política social. Se a lei é insatisfatória, o remédio está nas mãos do legislativo. Em relação à lei, ele acredita que os custos de criação da criança são muito remotos, no sentido de que não eram consequência razoavelmente previsíveis pelo malfeitor. Deve haver uma relação de proximidade entre a negligência e a perda que se diz ter sido causada por ela. Além disso, a vinculação da responsabilidade pelo dano deve ser justa e razoável.

Considerou, também, que existem benefícios na criação de um filho e não somente custos. A curto prazo, tem o prazer que uma criança dá em troca do amor e cuidado que recebe durante a infância. A longo prazo, existe a relação mútua de apoio e carinho, que continuará muito além do fim do período de sua infância. Não é justo deixar de levar estes fatores positivos em consideração. Portanto, votou pela concessão de indenização à mãe e pela não concessão de indenização aos pais.

O penúltimo a votar foi o lorde Clyde, que foi o único que categorizou o caso de acordo com o marco teórico deste trabalho (GREENSTREET, 2018, P. 01-02) ao explicar que não se tratava de demanda por *wrongful birth*, pois a negligência não foi relacionada à interrupção de uma gestação e a concepção indesejada de uma criança com deficiências. Também não se tratava de *wrongful life*, pois ela não era trazida pela criança em relação aos pais por condição de que não deveria ter permissão para nascer. No caso, não existiam motivos para a criança reivindicar. Desta forma, era importante destacar que a demanda se referia à hipótese de *wrongful conception*, no caso de concepção indesejada e nascimento bem-sucedido de uma criança saudável.

Em seguida, consignou que a ação era baseada em negligência e não em contrato, sem características especiais no conhecimento ou expectativa das partes que possam ser significativas. Considerou essa diferença fundamental para resolução do conflito. Isso porque,

a alegação feita dizia respeito simplesmente à perda econômica resultante dos supostos conselhos negligentes. Nesse contexto, a proximidade do relacionamento entre o negligente e sua vítima pode ser invocada como forma de impor limites razoáveis. Dito de outra forma, a abordagem da questão deve levar em consideração acerca da existência do dever de evitar danos de forma específica. A obrigação de reparar a perda é evidente, neste sentido, pois existe uma obrigação de reparação. Contudo, seria difícil analisar a extensão das perdas nas circunstâncias do caso.

O lorde considerou que, por mais que uma gravidez seja considerada um evento normal, não se pode negar a realidade da dor, o desconforto e a inconveniência desta. Em relação à tentativa de compensar os benefícios da paternidade com seus custos, isso significa compensar fatores de caráter diferentes em si mesmo. Pelo menos no contexto da compensação de uma dívida com outra, o igual precisa ser compensado pelo igual. Utilizou como exemplo que a reivindicação dos pais pela morte de um filho não é compensada pela economia nos custos de manutenção que os pais desfrutaram.

Todavia, existem estágios sucessivos na cadeia de relação causal que devem ser considerados, antes que se atinja os custos da manutenção da criança. A razão pela qual entende o lorde que não é devida a indenização pelos pais para suprir os custos de criação da criança é porque existem fatores que romperam a cadeia causal, como a decisão de manter a criança, de aceitar na família um bebê originalmente indesejado, com todas as obrigações que a paternidade envolve para ela. Concluiu seu voto reconhecendo que a dor que a mãe sofreu pelo nascimento de um filho indesejado era indenizável. Contudo, a reivindicação pelas perdas financeiras não deveria prosperar.

O último a votar foi o lorde Millet, que contribuiu para a discussão ao argumentar que, ainda que a senhora McFarlane tivesse recorrido ao aborto, por exemplo, ainda assim seria devida indenização pela negligência médica que resultou na concepção indevida, em razão a invasão de sua integridade corporal e ameaça a danos físicos e financeiros. Além disso, não se pode considerar a realização do aborto como alternativa para o reestabelecimento da situação anterior ao ato negligente, tendo em vista que muitas pessoas têm forte objeção moral a sua realização, ainda que seja legal.

Em relação ao pedido de indenização pelos custos de criação do filho, entende não ser devido. Isso porque, o objetivo dos pais (diferente dos seus motivos) na esterilização é impedir a concepção e não evitar suas consequências. Além disso, se a lei considera um evento benéfico, como é o nascimento de uma criança saudável, os demandantes não podem requerer uma

indenização baseando-se apenas no fato de que é um evento que não querem que aconteça. No ramo da lei, não é permitido esse processo de desvalorização subjetiva, para transformarem um benefício em um prejuízo. É moralmente ofensivo considerar um bebê saudável e normal como um dano.

Além disso, a dor e angústia da gravidez e do parto são o preço da paternidade, motivo pelo qual foi o único lorde que votou pela rejeição do pedido da senhora McFarlane e entendeu ser devida uma indenização de cinco mil libras apenas pela lesão ao direito dos pais de planejamento familiar. Como seu voto foi vencido pelos demais, o pedido da senhora McFarlane foi julgado procedente e ela recebeu indenização no valor de dez mil libras. O pedido dos pais de indenização pelos custos de manutenção da filha indesejada foi julgado improcedente por unanimidade.

3.5.13 Recurso n.º 165/1993 – Espanha, 1997, *wrongful life*

Maria Purificación ingressou com ação de reparação por danos, pleiteando certo valor de indenização, em face do Servicio Valenciano de Salud, Dr. Iván, Dra, Victoria e Hospital Clínico Universitario de Valencia.

Em 1989, durante sua gravidez, recebeu o diagnóstico de que a gestação era de alto nível de risco tanto para si, quanto para o feto e foi encaminhada ao Hospital Clínico Universitario de Valencia, dentro do Servicio Valenciano de Salud para realização de certos exames médicos, dentre os quais a amniocentese.

O resultado do teste saiu no dia 7 de julho de 1989, sem que a paciente tivesse sido notificada de seu resultado. Inclusive, no dia 14 de julho, ela procurou o Dr. Iván demonstrando interesse em conhecer o resultado, o que não ocorreu. Somente em setembro a requerente tomou ciência do conteúdo do teste realizado; contudo, já não era mais possível prosseguir legalmente com a interrupção voluntária da gestação, pois fora do prazo estabelecido por lei para realização do abortamento.

A autora perdeu nas instâncias inferiores e o caso chegou à Suprema Corte da Espanha em 6 de junho de 1997, que considerou a falha na comunicação do resultado do teste determinante na situação na qual a autora estava impossibilitada de realizar a interrupção da gestação, que terminou com o nascimento de uma criança com síndrome de Down. Da conduta médica negligente, houve um dano sério e existe relação causal entre os dois eventos.

O nascimento da criança com a deficiência mencionada e a vontade antecedente da mãe de evita-lo legalmente, bem como a conduta médica que impediu foram consideradas como desempenho profissional irregular. Além disso, a conduta médica violou o princípio da proteção da confiança legítima, que se estende a todo indivíduo encontrado em uma situação de reivindicar a defesa de seus interesses.

A corte classificou a demanda como *wrongful life*, ao considerar que se trata de hipótese na qual a criança nasce com anomalias, mas a única outra alternativa possível é que ela não tivesse nascido.

Em relação aos danos, há dificuldade de definir parâmetros econômicos, pois esses não são patrimoniais. Neste sentido, vários pontos devem ser levados em consideração, como o impacto psíquico da criação de uma criança deficiente, além da necessidade de atenção fixa e permanente a ela. O Supremo Tribunal, então, cassou as decisões inferiores e condenou os requeridos a indenizarem a senhora Maria Purificación no montante de cinquenta milhões de pesetas.

3.5.14 Director of public prosecutions v. Morgan and others – Reino Unido, 1975, *wrongful conception*

Neste caso, julgado em 30 de abril de 1975, a ação foi movida pelo diretor público de acusações, cargo que guarda semelhança com o promotor de justiça no Brasil, contra os senhores Morgan, McDonald, McLarty e Parker. Os quatro réus foram condenados por vários crimes, inclusive homicídios, mas recorreram da acusação do suposto estupro cometido contra a senhora Daphne Morgan, esposa do acusado Morgan.

O senhor Morgan era acusado de ter estuprado sua esposa, pois a obrigara a manter relações sexuais com ele, sem o seu consentimento. Os demais porque ajudaram e favoreceram as ofensas que supostamente foram cometidas.

Segundo consta, o senhor Morgan e os três corréus eram membros de uma associação criminosa. Apesar de ser casado com a senhora Morgan, na época dos fatos, 1973, não dormiam habitualmente na mesma cama. No momento que os réus chegaram à casa do senhor Morgan, a mulher dormia em uma cama de solteiro no quarto do filho de onze anos, até ser acordada por eles.

Os réus a levaram para outro quarto, onde havia uma cama de casal, e ela foi segurada enquanto cada um deles teve relações sexuais com ela na presença dos outros, sem o consentimento da mulher, que resistiu à agressão.

Imediatamente após ser solta, a senhora Morgan se dirigiu ao hospital alegando que havia sido estuprada aos médicos, que realizaram o procedimento de profilaxia de praxe à época para evitar uma gravidez indesejada – o que foi alcançado com sucesso.

Os réus requereram o provimento do recurso para que fossem considerados inocentes das acusações de estupro, bem como para que a mulher fosse condenada pela suposta prática de abortamento. O recurso não foi provido e os réus foram condenados também pelo estupro da senhora Morgan. Este caso não guarda semelhança com o objeto da pesquisa, motivo pelo qual foram feitas apenas breves considerações sobre ele.

3.5.15 Oughtred v. Commissioners of Inland Revenue – Reino Unido, 1959, *wrongful life*

O referido julgamento chegou à Câmara dos Lordes em 4 de novembro de 1959 e diz respeito a direitos contratuais decorrentes da compra de ações de uma sociedade limitada. Portanto, não se relaciona à temática do presente trabalho.

Supõe-se que apareceu como resultado para busca por *wrongful life* porque, no resumo dos fatos, a descrição era: “The facts of this case are very simple, Mrs. Oughtred and her son were respectively entitled to the life interest and absolute reversion in a settled fund consisting of shares in a limited company. ” (REINO UNIDO, 1959, p. 1), que pode ser traduzido como “Os fatos deste caso são muito simples: a Sra. Oughtred e o filho tiveram respectivamente o direito à titulação e a reversão absoluta sobre o fundo liquidado que consiste em ações de uma sociedade limitada. ”.

Contudo, a expressão “entitled to the life”, fora deste contexto, também significa “direito à vida”. E como os autores da ação eram mãe e filho, apareceu como resultado para *wrongful life*. Deixa de se proceder a análise deste caso por absoluta falta de pertinência temática com este trabalho.

3.5.16 Herd v. Weardale Steel, Coal and Coke Company, Limited and others – Reino Unido, 1914, *wrongful conception*

Este caso, julgado em 30 de junho de 1914, envolveu discussão de questões trabalhistas sobre a Lei de Regulação das Minas de Carvão, de 1887, na Inglaterra. Não há pertinência temática com o presente trabalho. A hipótese pela qual apareceu como resultado para busca foi a existência, na página quatro da decisão, da expressão “wrong conception”²². Contudo, a expressão neste contexto deve ser entendida como concepção incorreta, no sentido de entendimento incorreto e não do ato ou efeito de gerar um ser vivo. Por esta razão, não se procedeu à análise do presente julgado.

3.5.17 Julius v. Lord Bishop of Oxford and another – Reino Unido, 1880, *wrongful conception*

O julgamento deste recurso chegou à Câmara dos Lordes em 23 de março de 1880 e dizia respeito a uma queixa ao bispo de Oxford contra o reverendo Thomas Thellusson Carterer, reitor da paróquia do condado de Berks, por desvios no ritual da comunhão e uso de vestimentas não autorizadas durante a missa.

Especula-se que apareceu como resultado pela busca por *wrongful conception* porque a expressão foi utilizada na decisão²³, contudo com significado diverso desta pesquisa. Na sentença em que foi utilizada, deve ser interpretada como entendimento errôneo, incorreto, da mesma forma do caso anterior. Desta forma, não se procedeu a análise dos argumentos desta decisão.

3.6 Discussão dos resultados dos casos estrangeiros

²² “My difficulty, my Lords, throughout this case has been to understand upon what ground in law the claim of the plaintiff was based. I am extremely anxious not to use any language which might hurt the feelings of the unsuccessful party in this case; for I can easily understand that, from a wrong conception of what is meant by false imprisonment, he may have worked himself into a feeling that he has suffered some **serious wrong**. ” (REINO UNIDO, 1914, p. 4) (grifos nossos). “Minha dificuldade, meus senhores, ao longo deste caso foi entender em que fundamento jurídico se baseou a reclamação do demandante. Estou extremamente ansioso para não usar qualquer linguagem que possa ferir os sentimentos da parte vencida neste caso, pois eu posso facilmente entender que, a partir de uma concepção errada do que se entende por falsa prisão, ele pode ter trabalhado em um sentimento de que sofreu algum dano grave”. (REINO UNIDO, 1914, p. 4) (tradução nossa).

²³ “They may, some at least of them, be committed innocently from inattention, or carelessness, or a **wrongful conception** of obligation, such for instance as one trifling and perhaps inadvertent departure from the authorized Ritual of the Church. ” (REINO UNIDO, 1880, p. 7) (grifos nossos). “Eles, ou pelo menos alguns deles, podem ser cometidos inocentemente por desatenção, descuido ou uma concepção errônea de obrigação, como, por exemplo, uma partida insignificante e talvez inadvertida do ritual autorizado pela Igreja. ”. (REINO UNIDO, 1880, p. 7) (tradução nossa).

O referencial teórico deste trabalho, considera a classificação clássica doutrinária proposta por Rebecca Greenstreet (2018, p. 01-02) para os casos de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Resumidamente, de acordo com a base conceitual proposta, considera-se ação de *wrongful conception* aquela em que há falha em determinado método contraceptivo, por negligência médica, e a consequência é uma gravidez indesejada. O titular da ação civil nesse caso é a vítima do ato negligente (mãe, pai ou ambos em conjunto).

Nos casos de *wrongful birth*, em razão de falha médica no diagnóstico durante o pré-natal, há o nascimento de uma criança com malformações. Os pais podem atuar em conjunto ou independentemente no polo ativo da demanda. Por fim, na hipótese de *wrongful life*, é a criança nascida com malformações titular da ação. Nos três tipos de demanda, podem variar no polo passivo o médico negligente ou hospital, em razão da responsabilidade objetiva, ou ambos. Somente no caso de vida indevida podem os pais serem incluídos no polo passivo.

Após análise qualitativa dos resultados encontrados, observa-se que alguns divergem em relação à classificação da ação ao nosso marco teórico. Por exemplo, o caso foi resultado para vida indevida, porque assim classificado na decisão, mas se trata de hipótese de concepção indevida – de acordo com o marco teórico.

Para proceder à análise dos argumentos favoráveis e contrários à procedência da demanda, em cada caso, foi preciso adequar a classificação dos casos, mantendo as bases teóricas para a elaboração das hipóteses de pesquisa. Sendo assim, reclassificou-se o tipo da demanda, de acordo com a categoria teórica adotada.

Além disso, excluiu-se da discussão dos resultados os casos que não se relacionavam minimamente com o tema. Desta forma, participaram da discussão dos resultados, os seguintes casos, com sua respectiva classificação proposta:

LISTAGEM DAS AMOSTRAS PARA DISCUSSÃO DO RESULTADO			
AMOSTRA	NOME DO CASO	CLASSIFICAÇÃO	PAÍS
1	Recurso n.º 2167/2014	<i>Wrongful conception</i>	Itália
3	Recurso n.º 1212/2008	<i>Wrongful birth e wrongful life</i>	Portugal
4	Recurso n.º 2675/2013	<i>Wrongful birth e wrongful life</i>	Espanha
5	Recurso n.º 9434/2006	<i>Wrongful birth e wrongful life</i>	Portugal
6	Recurso n.º 1785/2010	<i>Wrongful birth</i>	Espanha
7	Recurso n.º 16754/2010	<i>Wrongful birth e wrongful life</i>	Itália
10	Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust	<i>Wrongful birth e wrongful life</i>	Reino Unido

11	Recurso n.º 1044/1996	<i>Wrongful conception</i>	Espanha
12	Macfarlane and another v. Tayside Health Board	<i>Wrongful conception</i>	Reino Unido
13	Recurso n.º 165/1993	<i>Wrongful birth</i>	Espanha

Fonte: a autora (2020)

Em seguida, apresenta-se os principais argumentos, contrários e favoráveis, à procedência das demandas de responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida. No quadro abaixo, estão relacionados os argumentos na primeira coluna, que estão divididos em duas categorias, considerando os temas da responsabilidade civil e da bioética. Ao lado tem-se a classificação das ações de *wrongful conception*, *wrongful birth* e/ou *wrongful life*, que correspondem, respectivamente, à “WC”, “WB” e “WL”. Na coluna “REF.”, temos a referência do argumento ao caso correspondente, de acordo com o quadro da listagem das amostras para discussão do resultado. Por fim, na última coluna, os fundamentos jurídicos existentes no direito brasileiro correspondentes ao argumento relacionado:

ARGUMENTOS	WC	WB	WL	REF.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS NO DIREITO BRASILEIRO
RELACIONADOS À RESPONSABILIDADE CIVIL:					
Ausência de provas		X		1, 3, 5	Artigos 373 e 479 do Código de Processo Civil;
Inexistência de culpa			X	5	Artigos 186 e 927 do Código Civil
Obrigação de meio	X	X		5, 11	Artigos 247, 248 e 249 do Código Civil
Inexistência de nexo de causalidade			X	5, 12	Artigos 186 e 927 do Código Civil
Responsabilidade contratual		X		1, 3, 5	Artigos 389, 390, 391, 392 e 393 do Código Civil
Responsabilidade extracontratual	X			12	Artigos 186 e 927 do Código Civil
Recuperação do <i>status quo ante</i>	X			10	Artigo 927 do Código Civil
RELACIONADOS À BIOÉTICA:					
Perda de chance de escolha reprodutiva		X		3, 4, 5, 7	Artigo 402 do Código Civil e 227, § 7º da Constituição

Violação à autodeterminação	X	X		3, 4, 5, 7, 11, 12	Artigo 5º, caput e inciso II, da Constituição e artigos 1º e 2º do Código Civil
Violação ao consentimento livre e esclarecido	X	X		3, 11	Princípio da autonomia
Manifesto erro grosseiro de diagnóstico	X	X		5, 10	Princípio da não maleficência
Direito de interrupção da gestação voluntariamente		X		5, 6, 7	No Brasil, em regra, é proibida, mas tem fundamento no princípio da autonomia
Direito ao planejamento familiar, incluindo reprodução consciente	X	X		7, 10, 12	Artigos 5º, X, e 227, § 7º da Constituição
Nascimento de criança saudável não é passível de indenização		X		10	Artigos 5º, caput, da Constituição e 2º do Código Civil
Aspecto psíquico dos pais de cuidar de criança deficiente		X		13	Artigo 1º, III, da Constituição
Dano que a deficiência causa à vida			X	3	Artigo 1º, III, da Constituição
Dor da criança pelas suas malformações e disfunções			X	4	Artigo 1º, III, da Constituição
Nascimento não é um mal em si			X	4	Artigos 5º, caput, da Constituição e 2º do Código Civil
Não existe prejuízo pelo fato de ter nascido			X	5, 12	Artigos 5º, caput, da Constituição e 2º do Código Civil
Direito a viver uma vida com menos desconforto			X	7	Artigo 1º, III, da Constituição
Benefícios na criação do filho	X			12, 10	Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade
Direito à integridade física (dano por dor e desconforto da gravidez)			X	12, 10	Artigos 1º, III, e 6º da Constituição

Fonte: a autora (2020)

Dos resultados, conclui-se que as ações de *wrongful conception* e *wrongful birth* são mais próximas entre si, em relação aos argumentos, do que em relação às ações por *wrongful life*. Isso indica que os argumentos das ações por vida indevida são autônomos em relação às demais.

3.7 Pesquisa nos tribunais superiores brasileiros

São tribunais superiores brasileiros: o Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Superior Tribunal Militar (STM). Esses órgãos são a última instância, também denominada instância especial, do poder judiciário e possuem funções de competência originária e de revisão das decisões das instâncias inferiores.

A diferença entre os tribunais superiores mencionados diz respeito, precipuamente, à matéria envolvida no recurso. Diz-se que o TST, o TSE e o STM são tribunais especializados, uma vez que julgam somente matérias relacionadas ao direito do trabalho, ao direito eleitoral e direito militar, respectivamente. Desta maneira, excluiu-se os mesmos da pesquisa do presente trabalho, por absoluta falta de pertinência temática.

A busca nesta última etapa, portanto, foi realizada no STF e no STJ. A competência dessas duas cortes está prevista nos artigos 102 e 105 da Constituição Federal de 1988. Para esta pesquisa, foi importante a alçada prevista constitucionalmente nos artigos 102, III, e 105, III, os quais preveem que os referidos órgãos devem julgar os recursos extraordinários e especiais quando há violação à Constituição e a leis infraconstitucionais, respectivamente. Isto porque, os demais incisos dos artigos mencionados preveem hipóteses de competência originária das Cortes – que não abrange o tema do presente trabalho.

Assim como nos tribunais estrangeiros, a pesquisa no Brasil deu-se através da busca pelas palavras chave *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Acrescentamos também os termos em português (“concepção indevida”, “nascimento indevido” e “vida indevida”).

No STJ, não houve resultado para nenhum dos termos buscados, sendo que a pesquisa foi realizada através do sítio eletrônico <https://scon.stj.jus.br/SCON/> na aba “Jurisprudência do STJ” e campo “pesquisa livre”. No Supremo, a pesquisa foi feita no site <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>, que permite a busca por jurisprudência. De todos os termos pesquisados, houve somente um resultado positivo, para “vida indevida”, sendo o seguinte:

“VIDA INDEVIDA”			
Data	Identificação do julgado	Estado	Ementa
18/08/2020	Recurso extraordinário com agravo ARE 1280883 Relator Ministro: Dias Toffoli	Mato Grosso do Sul	APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – CARGOS DE ANALISTA JUDICIÁRIO E

	Julgado em 13/08/2020 Publicado em 18/08/2020		TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR – EQUIPARAÇÃO SALARIAL DEVIDA – LEI 4.834/2016 – DIREITO AO RECEBIMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS EM PARCELA ÚNICA – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DO PODER JUDICIÁRIO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE ADICIONAL DE PERIGO DE VIDA – INDEVIDA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA EM DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA – OBSERVÂNCIA DOS JULGADOS DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO STF E STJ – TEMA 810: CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE AS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, CONFORME ART. 1º-f DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009 – SISTEMA DE PRECEDENTES – A PARTIR DE JULHO/2009 JUROS DE MORA PELA REMUNERAÇÃO OFICIAL DA CADERNETA DE POUPANÇA E CORREÇÃO MONETÁRIA PELA IPCA-E – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS (grifos nossos).
--	--	--	---

Fonte: a autora (2020).

3.7.1 Discussão dos resultados de acordo com o modelo jurídico nacional

A primeira – e talvez mais importante – conclusão a que se chega diante dos resultados apresentados pelas cortes superiores brasileiras é, justamente, a falta de resultados positivos, o que permite afirmar que até agosto de 2020 o tema da responsabilidade civil por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida não chegou ao STF nem ao STJ. Dessa forma, justifica-se, mais uma vez, a importância do presente trabalho, que pretende fomentar o debate sobre a matéria, contribuindo para o modelo hermenêutico-jurídico nacional.

O resultado apresentado para o termo “vida indevida” quando pesquisado no STF refere-se a caso totalmente estranho à discussão trazida nesta dissertação. Inclusive, os termos estão utilizados em sentidos separados – “vida” é complemento nominal de “adicional de perigo”, enquanto “indevida” é complemento nominal de “correção monetária”. Logo, os termos sequer se relacionam, não possuindo, portanto, a conotação de “vida indevida”.

Este recurso foi resultado da busca porque esta retorna resultados para frase exata no banco de dados quando são pesquisados termos entre aspas. Contudo, apesar de justapostos, “vida” e “indevida” completam o sentido de palavras diferentes no caso. Além disso, conforme se nota pela própria ementa, o recurso extraordinário em questão é relativo a direito administrativo e questões trabalhistas de servidores públicos, razão pela qual foi desconsiderado para a presente pesquisa.

Apesar de não terem sido encontrados resultados válidos para a pesquisa em território nacional, é preciso que se faça algumas considerações sobre o contexto normativo brasileiro antes de chegar-se à conclusão deste trabalho.

No Brasil, o abortamento é qualificado como crime, exceto em três situações: em caso de risco de vida para a gestante (artigo 128, I, do Código Penal), quando a gravidez é resultante de estupro (artigo 128, II, do Código Penal) ou se o feto for anencefálico – esta última hipótese prevista jurisprudencialmente no julgamento da ADPF 54 que será vista a seguir. Por esta razão, a hipótese era de que encontrar-se-ia resultados apenas para a busca por “concepção indevida”, já que, *a priori*, não é possível buscar a responsabilidade civil por nascimento indevido e vida indevida em contextos sociais em que o aborto é criminalizado. Justifica-se essa hipótese a partir da premissa de que

Nos países onde essas técnicas foram originalmente desenvolvidas [técnicas modernas de diagnóstico pré-natal], havia um contexto político, legal e ético favorável à sua popularização: o aborto era legalmente permitido ou despenalizado. O reconhecimento público de que o aborto deveria ser uma questão de foro individual, quando muito familiar, vem sendo considerada pré-condição para a moralidade das modernas técnicas de diagnóstico fetal (DINIZ, 2003, p. 14).

Contudo, não houve sequer resultado para concepção indevida, o que indica que a discussão sobre a possibilidade de indenização em decorrência de responsabilidade civil médica que gerou uma gravidez indesejada não chegou às cortes superiores nacionais. A falta de resultados para as buscas não significa, necessariamente, um resultado negativo para a presente pesquisa, já que, conforme metodologia aplicada, em nenhum momento pretendeu-se a

realização de estudo comparado. Sendo assim, não há prejuízo para a falta de resultados, e, a partir de agora, analisar-se-á a possibilidade de aplicação destas teorias, considerando a situação brasileira, principalmente, na tratativa do abortamento.

Retomando o marco teórico desta pesquisa, de acordo com Rebecca Greenstreet (2018, p. 1-2), a hipótese de concepção indevida refere-se à ação intentada quando da negligência médica resultou em uma gestação em que o requerente buscou evitar e normalmente surge de uma falha em métodos de esterilização ou contraceptivos. Já a ação por nascimento indevido, ocorre quando os requerentes não procuraram evitar a concepção em si, mas a negligência fez com que perdessem a oportunidade de interromper a gravidez. Por fim, no caso de vida indevida, o requerente é a própria criança que alega que, se não fosse por negligência médica e de seus pais, nunca teria nascido – o que teria sido um resultado melhor considerando sua circunstância de vida.

No caso da concepção indevida, em que a ação por responsabilidade civil decorre da negligência médica que resultou em uma gestação indesejada, estão presentes na legislação brasileira os pressupostos que justificam a causa de pedir. A ação seria fundamentada no descumprimento de dever médico contratual, por negligência, entendendo ainda que a obrigação de esterilização é de resultado (e não de meio).

Nos casos de procedimentos de infertilização malsucedidos pela prática médica que resultam em uma concepção não desejada, estão presentes no caso a conduta (ilícita e fundada na culpa pela negligência na realização do procedimento), o resultado danoso (a falha do procedimento frustrando justa expectativa do método contraceptivo²⁴) e o nexo de causalidade entre ambos (pois da negligência médica é que resultou o evento danoso).

A gravidez, em si, não é considerada dano, mas sim o fato de ser indesejada, que frustra o direito ao planejamento familiar dos envolvidos, bem como representa uma ofensa à autonomia privada. Em relação à extensão do dano, dependerá, sempre, da análise do caso em concreto. De toda forma, é imprescindível a prova pericial para confirmação da negligência médica.

De acordo com os casos estrangeiros estudados, as causas de pedir na hipótese de concepção indevida foram fundamentadas na violação à autodeterminação; ao consentimento

²⁴ Apesar disso, um recentíssimo acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou que a laqueadura não é um procedimento infalível quanto ao resultado a que se propõe, de forma que, se não houve falha no dever de informação, pela existência de termo de consentimento livre e esclarecido assinado pela mulher, não há pressupostos para indenização (TRF4, 2020).

livre e esclarecido; o manifesto erro grosseiro de diagnóstico; violação ao direito de planejamento familiar, incluindo reprodução consciente e a relação de proximidade entre a negligência e o dano. Sendo assim, entende-se ser cabível a ação por *wrongful conception* de acordo com o ordenamento jurídico nacional.

Em relação à gravidez indesejada decorrente de falha em métodos contraceptivos que independem da prática médica (como preservativo, pílula anticoncepcional), não se encontrou nenhum caso como resultado para “concepção indevida”, nem nos tribunais estrangeiros, nem no Brasil. A hipótese é a de que, como nenhum destes métodos é cem por cento eficaz, não se pode afirmar que o resultado é inesperado – é pouco provável, mas é previsível, inclusive com estas informações descritas na bula. Além disso, a falha pode não decorrer diretamente de vício do método, mas sim no seu uso inadequado, sendo difícil comprovar que o resultado indesejado decorreu, unicamente, de imperfeição do dispositivo, técnica ou medicamento escolhido.

Eventualmente, se o método escolhido falhar por defeito do produto, como um lote de preservativos imperfeito ou a comercialização de pílula fora da validade de forma que compromete sua eficácia clínica, existe a hipótese de responsabilização. Contudo, esses casos decorrem da responsabilidade consumerista e não com fundamento na responsabilidade civil médica, motivo pelo qual não se inclui na hipótese de pesquisa. Logo, conclui-se que é possível que de produto defeituoso seja proposta a ação civil que discutirá a responsabilização que, todavia, não se relaciona à responsabilidade civil médica, nem ao aconselhamento genético.

Sobre a possibilidade de aplicação no Brasil da teoria do nascimento indevido, é preciso retomar o debate da questão do abortamento no contexto nacional. Como já mencionado, em regra, a interrupção voluntária da gestação é crime, exceto nas hipóteses de aborto terapêutico, sentimental e, ainda, no caso de feto anencéfalo. Em relação à possibilidade de abortamento nos casos em que a gravidez decorre de estupro, não há que se falar em negligência médica, sendo totalmente alheia esta discussão para o presente trabalho.

Na hipótese permissiva legal de interrupção da gestação no caso de risco de vida para a mulher decorrente da gravidez, a teoria do nascimento indevido também não se aplica no Brasil. De acordo com o marco teórico, nestas ações os requerentes alegam a perda da oportunidade de interromper a gravidez quando há o nascimento de um filho com graves malformações. Não se inclui nesta teoria a hipótese de o nascimento ser considerado indevido pelo risco de vida da gravidez à gestante, razão pela qual se entende que não se trata de aplicação da teoria do *wrongful birth*.

Considera-se que existe a possibilidade de responsabilizar civilmente o médico negligente quando por falha este deixa de diagnosticar determinado problema de saúde da mãe que pode ser agravado, colocando sua vida em risco, com a gravidez. Contudo, não se trata da aplicação da teoria do nascimento indevido, mas diretamente da responsabilidade civil médica, motivo pelo qual está fora do âmbito da discussão desta pesquisa.

Por fim, no caso da interrupção da gestação quando o feto é anencéfalo, parece estarem presentes os requisitos para aplicação da teoria do nascimento indevido. No caso de negligência médica no período de aconselhamento genético pré-natal, em que não foi diagnosticada a anencefalia, assumindo que esta era uma obrigação do profissional da saúde, amolda-se a teoria do *wrongful birth*, já que o erro médico impediu a mulher (ou os pais da criança) de realizar a interrupção voluntária da gestação. Para o aprofundamento da discussão, faz-se uma breve análise de alguns argumentos ventilados da decisão da ADPF 54 pelo STF, em 2012.

A referida arguição de descumprimento de preceito fundamental pretendeu a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal que impediavam a antecipação terapêutica do parto no caso de gravidez de feto anencéfalo, desde que previamente diagnosticada por profissional da saúde habilitado (STF, 2012, p. 32). Além disso, pretendeu o reconhecimento do direito da gestante de ser submetida ao referido procedimento independentemente de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

A anomalia, no caso, consiste em malformação do tubo neural, pela ausência parcial do encéfalo do crânio, que é resultado de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária (STF, 2012, p. 46). Por estas razões, o feto anencéfalo é gravemente deficiente no plano neurológico, pois além de faltarem os fenômenos da vida psíquica, faltam também a sensibilidade, a mobilidade e a integração de quase todas as funções corpóreas (STF, 2012, p. 47). A anencefalia é considerada doença congênita letal, porquanto não existe a possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior (STF, 2012, p. 48). Um feto com anencefalia é um feto sem a capacidade de viver uma vida fora do útero, de forma que não é possível a alegação de violação do direito fundamental à vida (DINIZ, 2007, p. 66). Por isso,

Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de

membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina (STF, 2012, p. 53).

Para o STF, existe apenas um conflito aparente entre direitos fundamentais (o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade materna em oposição ao direito à vida do anencéfalo), porque este último não tem potencialidade de vida. Em sendo um natimorto cerebral, ele não possui sequer expectativa de ser titular do direito à vida, motivo pelo qual o conflito entre direitos não é real (STF, 2012, p. 60). Além disso, possibilitar a antecipação do parto de feto anencéfalo não implica na obrigação de realizá-lo, mas somente de garantir o direito da mulher de autodeterminar-se e de escolher de acordo com a própria vontade quando diante de absoluta inviabilidade de vida extrauterina (STF, 2012, p. 76).

Com estas considerações, o STF concluiu pela inconstitucionalidade dos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal em relação à interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Veja-se, de acordo com os casos estrangeiros analisados, para aplicação da teoria do nascimento indevido, são elencados os seguintes argumentos (quadro p. 139/140): perda de chance de escolha reprodutiva; violação à autodeterminação; violação ao consentimento livre e esclarecido; manifesto erro grosseiro de diagnóstico; direito à interrupção da gestação; nascimento de criança não saudável e dano no aspecto psíquico dos pais de cuidarem de uma criança deficiente.

Na hipótese da interrupção da gestação de feto anencéfalo, há a perda de chance de escolha reprodutiva da mulher (ou dos pais da criança), bem como violação à autodeterminação, pois a gestante foi privada de optar por não continuar a gravidez. Há manifesto erro grosseiro de diagnóstico, pois o profissional da saúde possui o dever legal de identificar a anencefalia a partir da décima segunda semana de gestação²⁵. No caso, há também o nascimento de criança não saudável, que, conforme visto, sequer possui potencialidade de vida. Há o direito à

²⁵ Segundo o artigo 2º da Resolução CFM 1.989 de 14 de maio 2012, que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências, o diagnóstico da anencefalia **deve ser feito** por exame de ultrassom a partir da 12ª semana de gestação, contendo fotos que demonstrem a ausência de calota craniana, além de laudo assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013). Além disso, o artigo 7º do ECA prevê como direitos a proteção da vida e da saúde da criança e do adolescente, através da efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em que está incluído o correto diagnóstico pré-natal de eventuais malformações (BRASIL, 1990). Por fim, em diálogo com Carvalho Filha et. al (2017, p. 243), entende-se que o Programa de Humanização do Pré-natal e Nascimento, instituído pela Portaria do Ministério da Saúde n.º 569/2000 (BRASIL, 2000) tem, dentre outros, o objetivo diminuir e/ou evitar anomalias congênitas/malformações fetais, de forma que também é fundamento jurídico para a obrigação médica de diagnóstico da anencefalia fetal.

interrupção da gestação, conforme decidido pelo STF. Por fim, além do dano a escolha reprodutiva e violação à autodeterminação, também é considerado evento danoso o aspecto psíquico dos pais, que possuíam a justa expectativa de terem um filho saudável, mas se veem diante de uma criança que não sobreviverá fora do útero materno por mais do que algumas horas, pois o diagnóstico de anencefalia implica na consequente inviabilidade fetal (DINIZ, 2003, p. 17). Segundo Débora Diniz,

O diagnóstico da má-formação fetal é, sem sombra de dúvida, uma das experiências mais angustiantes que uma mulher grávida pode experimentar. E parte importante dessa angústia decorre exatamente da precisão diagnóstica possibilitada pelas técnicas: há uma limitação técnica da medicina fetal, pois não há possibilidades terapêuticas para a grande maioria dos diagnósticos de má-formação fetal e, acrescido a isto, há uma limitação legal que restringe as decisões reprodutivas da mulher grávida, dificultando ou mesmo proibindo o aborto seletivo (DINIZ, 2003, p. 14).

Considerando o exposto, quando no caso em concreto verificar-se presentes a conduta médica negligente (consubstanciada no não diagnóstico da anencefalia), o resultado danoso (entendido como a violação à escolha reprodutiva, à autodeterminação, ao direito dos pais de interromperem a gestação e o abalo psíquico gerado) e o nexo de causalidade entre ambos (da negligência médica decorreram os eventos danosos), entende-se que se trata de genuína hipótese de *wrongful birth*, nascendo para os pais ou a mãe individualmente a pretensão para reparação dos danos por meio de ação de responsabilidade civil.

Outra questão que surge, no contexto normativo nacional, diz respeito às demais possibilidades de inviabilidade fetal, consideradas como malformações fetais incompatíveis com a vida, como “erros de fechamento neural, cardíaco, abdominal, displasias ósseas e as trissomias envolvendo os cromossomos 13 e 18 sendo estas, as mais frequentemente diagnosticadas” (PATRÍCIO et. al., 2019, p 133). Haveria a possibilidade de demandar judicialmente por nascimento indevido, nessas situações, da mesma forma como ocorre com a anencefalia?

A jurisprudência tem aceitado alguns pedidos de interrupção voluntária da gestação quando há diagnóstico médico incontestável sobre a inviabilidade do feto, aplicando, por

analogia, a decisão do STF quando da ADPF 54²⁶. Contudo, o tema não é pacífico, tendo o reverso acontecido no

Mandado de Segurança 2091871-92.2014.8.26.0000, em que apesar de restar incontestado a inviabilidade do feto por anidramnio (ausência de líquido amniótico), agenesia renal bilateral, ausência de visualização de bexiga, comunicação interventricular e estenose pulmonar, com a conclusão de que as anomalias são incompatíveis com a vida extrauterina -- cujo laudo elaborado pelo Hospital das Clínicas foi assinado por dois médicos capacitados --, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu por indeferir o pleito de interrupção da gravidez por tratar-se de hipótese diversa da anencefalia (TOTH, 2015).

A diferença essencial que não permite concluir que é possível demandar, da mesma forma que os casos de anencefalia, por *wrongful birth* em qualquer caso de inviabilidade fetal é o fato de não haver, por ora, obrigação legal de diagnóstico de determinada doença em específico. Foi visto que a obrigação de identificar a anencefalia está prevista no artigo 2º da Resolução CFM 1.989 de 14 de maio 2012, constituindo-se em verdadeira obrigação médica extracontratual. Em razão disso, torna-se mais claro o dever do profissional, que incorre em omissão quando, por negligência, não reconhece a doença durante o pré-natal.

Mas veja bem: entende-se que não é possível demandar da mesma forma, no sentido da força coercitiva do argumento. O fato de haver previsão legal determinando certa obrigação (no caso da anencefalia) faz com que o fundamento de validade deste tenha maior relevância no mundo jurídico. Aqui se assume a cultura ainda em vigor que, voltando à Taylisi, considera como o *fetiche moderno pela positivação* (LEITE, 2013, p. 93), na medida em que, se não existe uma norma anterior prevendo uma obrigação, não haveria o seu correspondente dever ser.

Contudo, como visto, a bioética não deve ser interpretada somente pelos olhos do Direito, pois a ausência de positivação impediria a efetivação do próprio direito. Além disso, considera-se que a bioética se presta para a construção de processos de reflexão coletiva, plural e democrática (DINIZ, 2004, p. 278). Afinal, se o que justifica a interrupção voluntária da gestação no caso de feto anencéfalo é justamente a inviabilidade fetal, o que impediria o reconhecimento do mesmo direito quando o que se altera é apenas o tipo da doença, que também impede a vida fora do útero?

²⁶ No mês de janeiro de 2020, no processo 1000589-26.2020.8.26.0114, em trâmite na vara criminal de Campinas/SP, através de sentença de trinta e sete laudas, foi concedido alvará para interrupção voluntária da gestação para situação análoga à de anencefalia: no caso, o bebê foi diagnosticado com Síndrome do Cordão Curto ou *Body-Stalk*, anomalia letal e sem prognóstico pós-parto, sem relatos na literatura médica de sobrevivida pós nascimento. O juízo considerou se tratar de direito da interessada, cujo qual cabia ao poder judiciário proteger, além de aplicar, por analogia, o decidido pelo STF na ADPF 54 (TJSP, 2020).

Com esta posição, parece claro que também é possível demandar por nascimento indevido em razão de negligência médica consistente na omissão de diagnóstico nas demais possibilidades de inviabilidade fetal. A responsabilidade civil seria extracontratual, a depender da prova da culpa do profissional, e fundamentada, juridicamente, no direito ao nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, incluindo o correto diagnóstico pré-natal de eventuais malformações (artigo 7º do ECA), no Programa de Humanização do Pré-Natal e Nascimento (BRASIL, 2000), além do princípio da dignidade humana.

No tocante à vida indevida, entende-se que não existe, por ora, a possibilidade jurídica de aplicação desta teoria no Brasil. Isso porque a única hipótese prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro de interrupção terapêutica da gestação é no caso do feto anencéfalo. Nestes casos, o anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical (STF, 2012, p. 46), sendo uma doença congênita letal. Não haverá vida após o nascimento, motivo pelo qual não haverá polo ativo na ação e, muito menos, causa de pedir – que seria fundamentada na alegada miserabilidade de sua vida.

Além disso, pela jurisprudência dos tribunais estrangeiros, concluiu-se que todos os casos em que se buscou a responsabilização civil pela vida indevida as ações foram julgadas improcedentes. As causas de pedir que alegaram o dano que a deficiência causa à vida; a dor da criança pelas suas malformações e disfunções; o direito a viver uma vida com menos desconforto e o dano à integridade física foram afastadas com fundamento de que o nascimento não é o mal em si; não existe prejuízo pelo fato de ter nascido; inexistente ilicitude no nascimento; inexistente culpa e inexistente nexo de causalidade.

Vale ressaltar que existe no Brasil uma hipótese reconhecida legalmente que se assemelha à demanda por vida indevida – mas não utiliza esta denominação porque há uma diferença essencial que será vista ao final. Trata-se dos casos previstos pelas leis n.º 7.070/1982 e n.º 12.190/2010, que instituíram, respectivamente, pensão e indenização por danos morais para os portadores da deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida”.

Segundo Lando e Queiroz (2018), o medicamento denominado Talidomida foi sintetizado na Alemanha em 1954 e era indicado como antiemético para o tratamento de náuseas características do primeiro trimestre de gravidez. O fármaco ganhou o mercado mundial, até que, no ano de 1961, deixou de ser comercializado em razão do registro no aumento de nascimentos de crianças com anomalias de membros e malformações.

Assim, percebeu-se que a talidomida é, de fato, um teratôgeno potente e foi estimado que entre 12.000 e 15.000 crianças nasceram com defeitos causados por este fármaco no mundo. A característica típica da Síndrome da Talidomida é a meromelia, também denominada focomelia ou membros em foca – diminuição drástica do tamanho dos membros, e está estabelecido que clinicamente o período durante o qual a anomalia se estabelece é em torno de 24 a 36 dias após a fertilização, também denominado período crítico do desenvolvimento. Por isto, atualmente, a droga é totalmente contraindicada para mulheres em idade fértil (LANDO; QUEIROZ, 2018, p. 1006).

Apesar disso, no Brasil, a substância continuou sendo utilizada, por grave omissão do poder público, até o ano de 1965, mais de quatro anos após ser retirado de circulação em outros países. Neste período, houve o nascimento de diversas crianças com a denominada “Síndrome de Talidomida”, que leva a malformações dos membros superiores e/ou inferiores (LANDO; QUEIROZ, 2018, p. 1006).

Em razão do ocorrido, foram ajuizadas ações de indenização contra os laboratórios e contra a União, até que, em 1982 foi promulgada a já referida lei (n.º 7.070/82), que dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos em razão do uso da talidomida e prevê a possibilidade da concessão de pensão para os portadores da Síndrome de Talidomida²⁷. Consoante artigo terceiro²⁸, a pensão pode ser cumulada com indenização por danos morais e, segundo o § primeiro do mesmo artigo²⁹, o benefício instituído tem caráter indenizatório.

Já no ano de 2010, por meio da Lei n.º 12.190/2010, através da alteração do artigo 3º da Lei n.º 7.070/1982, através de lei específica foi concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida³⁰.

Considerando a situação descrita, conclui-se que se trata de hipótese na qual o estado reconheceu sua omissão, através de conduta negligente ao não retirar a substância de circulação. Além disso, a pensão especial e a indenização por dano moral foram concedidas às pessoas com deficiência – e não aos seus pais ou representantes legais.

²⁷ Art 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, **aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida"** que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (BRASIL, 1982) (grifos nossos).

²⁸ Art. 3º A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica (BRASIL, 1982).

²⁹ § 1º O benefício de que trata esta Lei é de natureza indenizatória, não prejudicando eventuais benefícios de natureza previdenciária, e não poderá ser reduzido em razão de eventual aquisição de capacidade laborativa ou de redução de incapacidade para o trabalho, ocorridas após a sua concessão (BRASIL, 1982).

³⁰ Art. 1º É concedida indenização por dano moral **às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida**, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física (§1º do art. 1º da Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982) (BRASIL, 2010) (grifos nossos).

O caso assemelha-se com as demandas por vida indevida – já que houve negligência relacionada à medicina, nascimento de criança com malformações, nexo de causalidade entre as duas e pagamento de indenização aos portadores de deficiência. Todavia, nem a pensão, nem a indenização por danos morais, decorrem da aplicação da teoria da vida indevida. A responsabilidade civil, no caso, é a clássica, da tríade conduta, nexo e dano, com o fato especial de ser objetiva em razão do polo passivo ser formado por ente público e laboratório comercial (em que se aplica o disposto no Código de Defesa do Consumidor).

A diferença é sensível: seria demanda por vida indevida caso a pensão e a indenização decorressem do reconhecimento de que a deficiência/malformação é o dano no caso e que as pessoas portadoras da Síndrome da Talidomida vivem uma vida que não merece ser vivida em razão de suas condições físicas. Contudo, o fundamento jurídico que levou à responsabilização civil foi o *risco de desenvolvimento* que, segundo Cavalieri Filho

[...] não é mais a conduta culposa, nem ainda a relação jurídica contratual, mas sim o defeito do produto. A lei, vale ressaltar, criou para o fornecedor um dever de segurança – o dever de não lançar no mercado produto com defeito –, de sorte que, se o lançar e ocorrer o acidente de consumo, por ele responde independentemente de culpa. Trata-se, em última instância, de uma garantia de idoneidade, um dever especial de segurança do produto legitimamente esperada (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 67).

Desta maneira, os laboratórios, que continuaram a comercializar a talidomida no Brasil até 1965, são civilmente responsáveis pelos danos causados aos consumidores, pois tinham o dever de não colocar no mercado produto que se sabe ou deveria saber ter alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores (LANDO; QUEIROZ, 2018, p. 1008). Apesar da responsabilidade recair, primeiramente, sobre os comerciantes, o estado a assumiu, porquanto contribuiu para o evento através de conduta negligente, consistente na omissão em determinar a proibição da circulação do referido medicamento e à efetiva fiscalização.

Sendo assim, as leis n.º 7.070/1982 e n.º 12.190/2010 não se relacionam à demanda por vida indevida no Brasil, porque decorrem da responsabilidade civil consumerista – e não do direito médico. Além disso, a responsabilização não deriva do reconhecimento de que a deficiência é um dano. A conduta ilícita foi manter a comercialização do medicamento, mesmo após a sinalização de suspensão pelo cenário internacional, e o dano foi a exposição ao risco dos consumidores por defeito no produto, com o nexo de causalidade entre ambos. Por estas

razões, a conclusão a que se chega é que não parecem prosperar no Brasil, ao menos atualmente, as demandas por *wrongful life*.

3.8 Considerações finais do capítulo 3

As considerações feitas neste capítulo foram baseadas a partir do modelo atual do ordenamento jurídico nacional, sendo que uma alteração legislativa no sentido de ampliar ou restringir as hipóteses de abortamento, por exemplo, podem levar à mudança das conclusões. Além disso, não se propõe neste trabalho respostas prontas e acabadas, mesmo porque a bioética nunca se coloca como dona da verdade (PESSINI et al, 2010, p. 448). Assim, à guisa de conclusão, propõe-se tão somente o que se considera o início da reflexão e não um modelo dogmático a ser observado.

Outro importante ponto a ser considerado foi o de que, em cada caso analisado nos tribunais estrangeiros, há especificidades e particularidades próprias que foram determinantes para o resultado – se aplicável ou não as teorias do *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Apesar de no quadro das páginas 139/140 ter sido elaborado um resumo dos principais argumentos aplicados para definir a solução do caso, é preciso voltar ao início do capítulo 1, em que se reconhece que o Direito não é fenômeno imutável. A dinamicidade pelo qual se reveste é o motivo pelo qual se justifica o estudo de seu desenvolvimento, considerando, ainda, as complexas relações humanas em sociedade.

Portanto, apesar do estudo dos casos estrangeiros orientar – e muito – a jurisprudência nacional, entende-se que em nenhuma hipótese de aplicação do direito deve-se abrir mão da análise do caso em concreto. Somente do estudo dos acontecimentos que se aperfeiçoam à demanda é que se pode chegar a um resultado válido. Ressalta-se, também, que o pressuposto de aplicação das teorias da concepção indevida, do nascimento indevido e da vida indevida, em todos os casos, está relacionado ao preenchimento dos requisitos básicos para a responsabilidade civil, quais sejam a conduta, o dano e o nexo causal. E mais, em sendo hipótese de negligência médica, ainda é preciso a prova de que a conduta foi culposa.

Dito isso e considerando-se os principais argumentos dos casos alienígenas estudados, concluímos que a demanda por concepção indevida pode ser aceita no Brasil no caso de negligência médica que resulta em uma gravidez indesejada, pois se reconhece no ordenamento jurídico nacional a violação à autodeterminação; ao consentimento livre e esclarecido; o

manifesto erro grosseiro de diagnóstico; violação ao direito de planejamento familiar, incluindo reprodução consciente e a relação de proximidade entre a negligência e o dano.

Contudo, entende-se que não é cabível a demanda por *wrongful conception* no caso de falha de medicamento ou método contraceptivo que não envolva o trabalho médico. Nestas hipóteses, a pretensão para indenização possui fundamento diverso, mais relacionadas ao direito do consumidor do que ao direito médico, razão pela qual constituem-se em situações não abrangidas pela demanda de concepção indevida de acordo com o marco teórico definido.

Em relação à ação por *wrongful birth*, chegou-se à conclusão de que é possível, atualmente, na hipótese de anencefalia fetal, já que neste caso surge o direito à interrupção da gestação (garantido após o julgamento da ADPF 54). De toda forma, depende do preenchimento de demais requisitos, como a verificação *in casu* se há perda da chance da escolha reprodutiva, violação à autodeterminação, manifesto erro grosseiro de diagnóstico e o nascimento de criança com anencefalia. É possível, também, demandar por nascimento indevido no caso de outras inviabilidades fetais – apesar de considerar que o argumento carece da mesma força normativa do que nos casos de anencefalia, em razão do apego à positivação que ainda impera no cenário jurídico brasileiro.

Por fim, a demanda por *wrongful life*, em relação às hipóteses de anencefalia, não parece prosperar no ordenamento jurídico nacional. De acordo com o marco teórico desta pesquisa, as ações por vida indevida referem-se aos casos movidos por uma criança que alega que, não fosse a negligência do réu, ela nunca teria nascido e isso teria sido um resultado melhor (GREENSTREET, 2018, p. 01). Se o bebê com anencefalia não possui expectativa de sobrevivência, não existirá polo ativo para essa demanda.

Em relação aos tribunais estrangeiros, a demanda por vida indevida não tem sido aceita nem mesmo em países em que a prática do abortamento é permitida livremente. Não parece *moralmente* razoável aceitar que o nascimento seja uma espécie de lesão para a criança. Se o indivíduo existe, esta existência em si não pode ser entendida como um dano ou, ainda mais, como um dano passível de indenização. Desta forma, conclui-se que a mesma situação se aplica, não só aos casos de anencefalia, mas como às demais malformações fetais.

CONCLUSÃO

A pesquisa foi desenvolvida com fundamento em três principais marcos teóricos, sendo eles a) a classificação de responsabilidade civil de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 14); b) os conceitos propostos por Greenstreet (2018, p. 1-2) a despeito de *wrongful conception* (ou *pregnancy*), *wrongful birth* e *wrongful life* e c) as considerações do professor Antonio Junqueira de Azevedo (2000) no texto “O direito pós-moderno e a codificação”, a partir da solução de casos concretos na busca por rumos normativos mais homogêneos.

Os referenciais teóricos marcaram a divisão dos capítulos desta pesquisa: o primeiro capítulo tratou do tema da responsabilidade civil, o segundo dos dilemas bioéticos e a relação com o biodireito e o capítulo três, em que se buscou realizar a análise de casos estrangeiros para proposição sobre a aplicação das teorias da concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida no contexto brasileiro. Explica-se, pois, a escolha do título deste trabalho, como “a tutela jurídica nas ações de responsabilidade civil por *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: estudo de casos estrangeiros e análise da aplicabilidade no Brasil”.

O objetivo geral da pesquisa foi o de verificar se possível a aplicação dessas teorias na jurisprudência brasileira, considerando o atual estágio de avanço do tema nas cortes internacionais. Como objetivos específicos, propôs-se a revisão bibliográfica da responsabilidade civil, do biodireito como microssistema jurídico, da aplicação dos princípios da bioética no biodireito, a relação médico-paciente, o consentimento livre e esclarecido, o planejamento familiar como direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o dano existencial na falha durante o aconselhamento genético e a perda de uma chance da escolha reprodutiva.

Além disso, foi desenvolvida, na parte prática do trabalho, pesquisa jurisprudencial nos tribunais superiores dos Estados Unidos, Espanha, Itália, Irlanda, Portugal, Reino Unido e Brasil. A busca se deu através das palavras-chave “*wrongful conception*”, “*wrongful birth*” e “*wrongful life*”. Por questões metodológicas, a pesquisa não pode ser concluída nos Estados Unidos, diante da impossibilidade de realização de busca através de palavras-chave. Como resultado nos tribunais estrangeiros, foram trabalhados dezessete casos no capítulo 2, dos quais dez estiveram relacionados intimamente com o tema deste trabalho. No Brasil, a busca não retornou resultados positivos para a jurisprudência do STF e STJ sobre concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida.

No primeiro capítulo, relativo à tutela jurídica nas ações de responsabilidade civil, concluiu-se, em primeiro lugar, que o equilíbrio da sociedade se dá apenas através das lutas sociais, sendo dever de cada indivíduo buscar seus direitos legais (IHERING, 2012, p. 74). Além disso, que a responsabilidade civil extracontratual se subdivide entre subjetiva e objetiva. Já a responsabilidade civil contratual, quando o dever jurídico violado estiver previsto em contrato, pode ser de meio ou de resultado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14). O elemento “culpa” está presente em todas as subdivisões, exceto na responsabilidade civil extracontratual objetiva. O fato de a responsabilidade civil extracontratual objetiva só ser adotada nos casos expressamente previstos em lei, faz com que ela continue sendo exceção, enquanto a responsabilidade civil extracontratual subjetiva, fundada na culpa, é a regra.

Outra conclusão a que se chegou no capítulo 1 foi a de que “culpa” é a violação de determinado dever, que o agente podia conhecer ou observar. A negligência, modalidade de culpa, consiste em conduta omissiva, no sentido de não serem tomadas as precauções necessárias de acordo com a natureza da obrigação e circunstâncias do caso. Além disso, o valor da indenização leva em consideração a extensão do dano e não o grau da culpa.

Desta forma, para configuração da omissão (ou negligência) é preciso que haja o dever jurídico de praticar determinado ato, a prova de que a conduta não foi praticada e a demonstração de que, caso tivesse sido, o evento danoso seria evitado. Para caracterização da conduta culposa, deve ser analisado se presentes conduta voluntária com resultado involuntário, previsão ou previsibilidade e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Em relação ao dano, conclui-se que pode ser patrimonial ou material, levando-se em consideração à leitura constitucionalizada do Código Civil, que carrega, ainda, viés patrimonialista. Assim, junto com Caio Mário, afirma-se que “no sistema de reparação civil contemporâneo, a proteção à pessoa humana desempenha papel central. A responsabilidade civil desloca seu foco do agente causador para a vítima do dano injusto, alterando-se os critérios da reparação” (PEREIRA, 2018, p. 15).

Pode-se afirmar, também, que a responsabilidade civil médica pode ser extracontratual, no caso de a obrigação não ter origem contratual. Contudo, na maioria dos casos, é contratual e com obrigação de meio. Apesar disso, ainda dentro da responsabilidade médica contratual, em alguns casos a obrigação é de resultado, a exemplo das cirurgias estéticas. Em todos os casos, entretanto, sempre devem estar presentes para a configuração da responsabilidade civil a conduta, o dano e o nexo causal entre ambas. Trata-se de importante consideração para as

conclusões que se chegou a respeito da aplicação das teorias da concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida no Brasil.

Destaque para o fato de que a natureza do dever jurídico violado importa em diferenças na solução prática dos casos concretos. Quando a fonte de obrigação é da criação de um pacto feito voluntariamente pelas partes, estamos diante de um dever positivo. Ao revés, quando a obrigação deriva de dever estabelecido em lei ou na ordem jurídica, a imposição é negativa, qual seja a de não causar dano a ninguém.

No segundo capítulo, concluiu-se que a bioética é a associação das reflexões morais e filosóficas a respeito da vida como um todo e, em particular, das práticas médicas (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 22). Além disso, que o modelo principialista padrão é baseado em princípios *prima facie*, ou seja, em obrigações que devem ser cumpridas desde que não entrem em conflito com outras de cogência pelo menos igual dada a situação real (SCHRAMM; PALÁCIOS; REGO; 2008, p. 366). Isso quer dizer que o debate bioético, assim como a análise e recomendação em cada caso, deve ser guiado pelo princípio da precaução e da estratégia do caso por caso e passo por passo, ou seja, dependeria sempre da observação do caso em concreto (SANTALÓ; CASADO; 2016, p. 30).

Concluiu-se, também, que o biodireito seria a “tecnização estreita das demandas bioéticas, através da normatização de dilemas éticos acerca da vida e da morte decorrentes do avanço da medicina e da biotecnologia” (LEITE, 2013, p. 99). Contudo, apesar de considerar que as demandas bioéticas não se limitam à criação de leis e aplicação da jurisprudência, porquanto a realidade não poderá ser conformada pela norma, foi necessário no presente trabalho utilizar-se de alguns conceitos classificados como do “biodireito” ou do “microssistema do biodireito”.

Contribuiu para as reflexões Kfoury Neto, quando leciona que a falta da comprovação do consentimento acarreta na presunção de que o ato médico se realizou sem o assentimento do paciente, de forma que o profissional poderá responder civilmente, pois os médicos devem aos pacientes uma informação objetiva, veraz, completa e acessível (KFOURY NETO, 2019, p. 277).

Miranda ensinou que não se pode garantir dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma (MIRANDA, 2013, p. 11175). O Estado não pode impor determinado modelo à pessoa de como conduzir sua vida e tão somente possibilitar que a pessoa se desenvolva na busca do que individualmente entende como felicidade. Além disso, o direito ao desenvolvimento da personalidade abrange

uma conduta omissiva, de forma a não intervir na formação da personalidade individual, e outra positiva, consistente no dever de ação estatal, garantindo meios para que o indivíduo desenvolva sua personalidade da forma que lhe aprouver (MIRANDA, 2013, p. 11179).

Chegou-se, então, à afirmação de que o direito ao desenvolvimento da personalidade inclui liberdades relacionadas à condição de pessoa digna. Em seguida, ao questionamento de que se estaria incluída no direito ao desenvolvimento da personalidade a liberdade geral de ação consistente na completa liberdade de reprodução, diretamente relacionada ao direito ao planejamento familiar. Se o direito ao desenvolvimento da personalidade é àquele que confere a liberdade de agir de forma livre, bem como o dever de não interveniência no desenvolver da personalidade, este direito abrange por completo a escolha reprodutiva no direito brasileiro? O Estado pode restringir este direito fundamental?

Na mesma linha de pensamento que Schettini (SCHETTINI, 2019, p. 6), este trabalho entendeu que o direito à liberdade de planejamento familiar é direito fundamental, consoante a leitura sistemática da Constituição de 1988 (artigo 226). No mesmo sentido, Rodrigues Júnior e Almeida (2010) entenderam que não só é direito fundamental, como o direito à constituição é de primeira geração, pois impõe ao Estado uma postura não interventiva, de forma a garantir a liberdade de escolha entre formar ou não a família, bem como o modo com que cada indivíduo deseja fazê-la (RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2010, p. 71). E, além disso, que o livre exercício da sexualidade e da potencialidade reprodutiva humanas, em vistas, ou não, ao objetivo conceutivo, atual ou futuro. Para tanto, fica assegurado o acesso à informação atinente aos recursos disponíveis para a realização da escolha pessoal. (ALMEIDA, 2009, p. 94)

Por estas razões, concluiu-se que a decisão sobre o planejamento familiar é pessoal, cabendo ao Estado apenas orientar os riscos e benefícios de cada escolha, com a fomentação de recursos e esclarecimentos (SCHETTINI, 2019, p. 12). Ao Estado compete o reconhecimento da pluralidade das mais variadas formas de vida, cuja escolha é exclusiva de cada pessoa. Com fundamento nos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, é que deve ser exercido o direito à procriação e a liberdade ao planejamento familiar (SCHETTINI, 2015, p. 35).

Maria Helena Diniz contribuiu para esta conclusão, na medida em que entende que cada ser humano tem o direito de moldar sua vida, seu destino e escolher os meios para atingir sua realização pessoal de forma livre (DINIZ, 2020, p. 184). O serviço de prestar informação de ordem genética é realizado por pessoas treinadas para tanto, de forma que a especialidade é essencial para realização deste trabalho. Por esta razão, entende-se que o aconselhamento

genético é obrigação de resultado, porque o profissional é responsável por este e somente se desobriga da prestação quando a finalidade prometida é alcançada.

Por fim, no capítulo 2, concluiu-se que a doutrina tem considerado que importa em responsabilidade civil pela perda de uma chance no caso da interrupção, por determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, resultado benéfico, e que, em razão da interrupção, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída (GONÇALVES, 2017, p. 302).

A responsabilidade civil, na perda de uma chance, se refere à frustração da oportunidade, que é vista como um dano autônomo – diferente do resultado danoso final e, para o STJ, depende de: (i) uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) uma ação ou omissão do defensor que tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético (STJ, 2018, p. 08).

Chegou-se, então, ao capítulo 3. Realizou-se análise quantitativa e qualitativa dos casos encontrados, de acordo com a metodologia proposta. Concluiu-se que a pesquisa retornou resultados positivos dentro dos critérios estabelecidos para a jurisprudência dos tribunais da Espanha, Irlanda, Itália, Portugal e Reino Unido. Portanto, a análise qualitativa das decisões foi feita através da análise dos julgados de cinco países diferentes e ficou restrita ao continente europeu.

Além disso, a amostra incluiu as decisões compreendidas entre os anos de 2018 (caso mais recente) e 1975 (caso mais antigo), perfazendo um intervalo de quarenta e três anos. Dos dezessete resultados, onze foram para *wrongful birth*, seis para *wrongful conception* e sete para *wrongful life*, de acordo com a palavra-chave pesquisada e não com a classificação proposta pelo marco teórico e, considerando ainda, que o mesmo caso apareceu para mais de um resultado. A análise quantitativa refutou, neste ponto, a hipótese de que os casos de concepção indevida seriam mais comuns (nas instâncias superiores dos países analisados), tendo em vista que o maior número de casos encontrados foi para a busca de nascimento indevido.

Destaca-se, neste ponto, que existe a possibilidade de a pesquisa não ter abrangido a totalidade de casos relacionados à concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida, porque a busca por palavras-chave retornou os resultados para os casos em que as expressões foram utilizadas na própria decisão. Apesar de pouco provável, existe a possibilidade de haver

julgados sobre o tema que, todavia, não contenham as expressões *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.

Em relação à análise qualitativa, sintetizou-se os principais argumentos ventilados nas decisões estudadas no quadro da página 139/140, fazendo a ligação os fundamentos jurídicos existentes no direito brasileiro, concluindo, portanto, que existem fundamentos jurídicos no contexto normativo nacional que subsidiam as conclusões a seguir expostas.

A identificação dos fundamentos jurídicos no contexto brasileiro, elencados na última coluna do quadro das páginas 139/140, não teve como objetivo limitar os argumentos, principalmente os bioéticos, à simples previsão legal. A intenção ao realizar esta correlação foi a de buscar efetividade aos argumentos, a partir de previsões legais positivadas e, portanto, mais facilmente reconhecíveis considerando a cultura jurídica existente – sem deixar de lado o objetivo também de lutar contra esse sistema, por se reconhecer que não atende totalmente aos anseios da bioética.

O que se quer dizer é que a bioética não está limitada nem à lei, nem à jurisprudência, de forma que não se chegou a essa conclusão mesmo após realizar o estudo sistemático de conteúdos legais e jurisprudenciais atinentes à concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida. Ao mesmo tempo, se reconhece que, tanto o estudo legal, quando o jurisprudencial, são ferramentas importantes para análise da resposta do direito para os dilemas bioéticos.

Através da observação e interpretação de casos estrangeiros, especificamente os fundamentos jurídicos que levaram a uma ou outra decisão no caso concreto, levando em consideração a bioética para a construção de processos de reflexão coletiva, plural e democrática (DINIZ, 2004, p. 278), chegou-se, pois, às considerações finais, no sentido de proposições para a jurisprudência nacional na tratativa das teorias da concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida, que se apresentam a seguir.

Para concepção indevida:

1. As demandas por concepção indevida são cabíveis quando estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil e, ainda, quando decorrente de falha médica no procedimento contraceptivo;

2. Os fundamentos bioéticos que podem ser reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilização civil por concepção indevida são: violação à autodeterminação; violação ao consentimento livre e esclarecido; violação ao direito ao planejamento familiar; violação ao direito à reprodução consciente; violação ao princípio da

autonomia; violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade; perda de uma chance da escolha reprodutiva;

3. As demandas por concepção indevida derivam da responsabilidade contratual com obrigação de meio, já que não existe nenhum procedimento que garanta cem por cento de chances de evitar uma gravidez;

4. Nas demandas por concepção indevida, por se tratarem de obrigação de meio, prescindem da prova da culpa para que haja responsabilização;

5. Não se vislumbra a possibilidade de demandar com fundamento na concepção indevida no caso de falha de medicamento, pois esta hipótese se relaciona ao direito do consumidor; nestes casos, pode-se ter como fundamento jurídico o *risco de desenvolvimento* – à semelhança do que ocorreu no caso da talidomida;

Para nascimento indevido e vida indevida:

6. É condição fundamental para responsabilidade civil por nascimento indevido e vida indevida a permissão para realização de abortamento pelo ordenamento jurídico;

7. No Brasil, as hipóteses de abortamento são limitadas, sendo, em regra, crime a sua realização;

8. O Código Penal prevê que o abortamento pode ser realizado somente na hipótese de a gravidez ser decorrente de estupro ou quando importa em risco de vida para a gestante;

9. Atualmente, a hipótese com maior chance de ser reconhecida como válida no ordenamento jurídico nacional que viabilizaria as demandas por nascimento indevido e vida indevida seria a decisão proferida na ADPF 54 e a possibilidade de interrupção da gestação no caso de anencefalia fetal.

Para nascimento indevido:

10. É responsabilidade do médico identificar a anencefalia a partir da décima segunda semana de gestação, nos termos do que dispõe o artigo 2º da Resolução CFM 1.989/2012, da Portaria do Ministério da Saúde n.º 569/2000 (que instituiu o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento no âmbito do Sistema Único de Saúde) e do artigo 7º da Lei n.º 8.069/1990 (ECA);

11. Trata-se de obrigação extracontratual subjetiva e, portanto, a responsabilidade depende da prova da culpa;

12. O profissional de saúde poderá ser considerado culpado quando era possível se chegar a um diagnóstico correto como resultado, mas este não foi alcançado, gerando dano;

13. Considerando as premissas da bioética crítica, conclui-se que também é possível demandar por nascimento indevido em razão de negligência médica consistente na omissão de diagnóstico nas demais possibilidades de inviabilidade fetal;

14. Há outra hipótese de responsabilização médica, fundada, todavia, na relação contratual quando há, especificamente no caso, o procedimento de aconselhamento genético – na hipótese de os pais procurarem o profissional com o fim específico de diagnosticar a anencefalia (ou outra anomalia);

15. Neste caso, por ser a obrigação fundada em contrato e, considerando o atual estágio avançado de diagnóstico por imagens, conclui-se que a obrigação é de resultado;

16. Em sendo a obrigação de resultado, prescinde-se a prova da culpa no caso de erro de diagnóstico com resultado danoso;

17. Resumidamente, no Brasil, é possível a responsabilização por nascimento indevido quando, no caso, o médico deixa, por negligência, de diagnosticar a anencefalia com fundamento jurídico no artigo 2º da Resolução CFM 1.989/2012, ou outra inviabilidade fetal, também com fundamento na Portaria do Ministério da Saúde n.º 569/2000 (que instituiu o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento no âmbito do Sistema Único de Saúde) e no artigo 7º da Lei n.º 8.069/1990 (ECA); ou, ainda, como obrigação imposta contratualmente entre as partes (hipótese em que não é necessária a prova da culpa);

18. Em ambas as hipóteses, todos os elementos da responsabilidade civil devem estar presentes: conduta, dano e nexo causal;

19. Os fundamentos bioéticos que podem ser reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilização civil por nascimento indevido são: violação à autodeterminação; violação ao consentimento livre e esclarecido; violação ao direito ao planejamento familiar; violação ao direito à reprodução consciente; violação ao princípio da autonomia; violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade; perda de uma chance da escolha reprodutiva; violação ao direito à interrupção voluntária da gestação (nos casos permitidos); o dano existencial por falha durante o aconselhamento genético;

20. O dano não é o nascimento, em si, da criança com anencefalia, mas sim da violação ao direito dos pais de optar pela interrupção da gestação.

Para vida indevida:

21. O objetivo geral deste trabalho foi o de responder à questão se é possível, no Brasil, a ação de responsabilidade civil com fundamento na vida indevida (além da concepção indevida e nascimento indevido). As reflexões “a deficiência é um dano em si? É dano à pessoa e/ou à

vida o nascimento com deficiência? A pessoa com deficiência vive uma vida que não vale a pena ser vivida, quando poder-se-ia evitar seu nascimento? Qual o alcance do princípio da dignidade humana nestas situações? ” São questões que surgiram quando da análise de conteúdo proposta a partir do estudo de casos estrangeiros;

22. Assume-se que essas últimas questões são de alta complexidade, envolvendo, inclusive, o debate bioético sobre eugenia. Contudo, as indagações não foram, diretamente, objeto de estudo na presente pesquisa, de forma que a resposta depende de outras análises e observações. Sendo assim, o desfecho para esta polêmica, não vem, nesta dissertação, como uma conclusão propriamente dita, mas como uma hipótese para uma futura pesquisa: não parece *moralmente razoável* considerar a deficiência como um dano em si – o que inviabilizaria a demanda por vida indevida;

23. Por fim, como se assume apenas a possibilidade de realização do abortamento quando da anencefalia fetal e, considerando que nestes casos a criança não tem expectativa de sobrevivência, não haveria polo ativo para nesta ação (considerando as atuais normas vigentes no direito brasileiro sobre a vedação à interrupção voluntária da gestação).

Apesar das conclusões que se chegou em relação ao Brasil, a análise da viabilidade da ação por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida, bem como da possibilidade de indenização, deve ser guiada, como ensinam Santaló e Casado, pelo princípio da precaução e da estratégia do caso por caso e passo por passo, ou seja, depende sempre observação da situação em concreto, realizada em cada etapa do processo que seja objeto de estudo. (SANTALÓ; CASADO, 2016, p. 30).

Os argumentos expostos permitem concluir que a pesquisa atendeu ao seu objetivo geral, qual seja o de responder a seguinte indagação: são possíveis atualmente, no Brasil, as ações de responsabilidade civil com fundamento na concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida? O arcabouço teórico construído pelos estudos bibliográficos dos capítulos um e dois, sobre a responsabilidade civil e os dilemas bioéticos, respectivamente, aliados à pesquisa jurisprudencial do capítulo três, consubstanciada na observação de julgados estrangeiros, permitiram que se chegasse a este resultado.

Todavia, reitera-se que as conclusões foram obtidas a partir, também, da interpretação do panorama jurídico brasileiro, sendo que alterações de ordem legal ou jurisprudencial no sistema normativo podem alterar os resultados. Além disso, as conclusões propostas caminharam no sentido de se permitir afirmar sobre a (im)possibilidade jurídica das demandas – e não sobre a certeza da procedência ou improcedência de seu resultado. Não foi este o

propósito desta dissertação, e nem poderia ser, considerando, ainda, que os temas sequer chegaram às cortes superiores nacionais, o que indica que o tema está longe de ter uma solução certa, única ou vinculante.

Espera-se que as conclusões construídas por esse trabalho sirvam para fomentar o debate sobre a matéria, bem como contribuir para um futuro modelo jurídico-hermenêutico nacional – que ainda depende, para ser alcançado, de outros estudos e observações doutrinárias. De toda forma, como expectativa final, acredita-se humildemente que esta dissertação possa servir como orientação, na medida do possível, para eventuais demandas por concepção indevida, nascimento indevido e vida indevida que possam surgir no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Direito ao planejamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso dos embriões: o caso *Evans versus Reino Unido* sob enfoque a égide do Direito Brasileiro. Separata de Lex Medicinæ. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 6. Número 12. Julho-Dezembro 2009, p. 91-106.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Waldir Edson. **Direito civil: famílias**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, vol. 251, p. 01-26, jan. 2016.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. V. I, parte II. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ASSUMPÇÃO, Jenifer Bacon e; VIEIRA, Tereza Rodrigues. O princípio bioético da autonomia na concretização do direito constitucional à saúde: uma perspectiva a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Ciência e Saberes**, v. Direito, S, p. 1043-1052, 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

BASTIDAS, Goyes; L.G., & Rueda Barrera, E. A. La aceptabilidad de las acciones *wrongful birth* en el marco de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. **Estudios Socio-jurídicos**, p. 145-174, 2019.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press; 2013.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais: estético, biológico e existencial: breves considerações. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORBA, Maria de Neiva; HOSSNE; William Saad. Bioética e Direito: biodireito? Implicações epistemológicas da Bioética no Direito. **Revista Bioethikos**. Centro Universitário São Camilo – 2010; 4(3), p. 285-291.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 7.070, de 20 de dezembro de 1982**. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7070.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm#:~:text=1%C2%BA%20O%20planejamento%20familiar%20%C3%A9,observado%20o%20disposto%20nesta%20Lei.&text=2%C2%BA%20Para%20fins%20desta%20Lei,pelo%20homem%20ou%20pelo%20casal.>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.190, de 13 de janeiro de 2010.** Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei no 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12190.htm#:~:text=Concede%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20dano%20moral,1982%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.> Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 569, de 1º de junho de 2000.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

CAETANO, Rodrigo; GARRAFA, Volnei. Comunicação como ferramenta para divulgar e promover a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. **Revista bioética**. 2014, 22(1), p. 34-44.

CARVALHO FILHA, Francidalma Soares Sousa; SILVA, Emília Assunção Carvalho; LANDO, George André; NASCIMENTO, Elaine Ferreira do; NASCIMENTO, Franc-Lane Sousa Carvalho do; SANTOS, Janderson Castro dos. Direito ao nascimento saudável: concepções de profissionais de saúde. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. Supl. (5), p. 242-248, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio: Responsabilidade civil por danos causados por remédios. **Revista de Direito do Consumidor**. 29, p. 55-62. São Paulo: RT, 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM n.º 1.989 de 14 de maio de 2012**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM n.º 2.217/2018, de 27 de setembro de 2018**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

DIAS, José de Aguiar de. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. revista, atualizada com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Débora. Abortion in Brazilian Bioethics. **CAMBRIDGE QUARTERLY OF HEALTHCARE ETHICS**, v. 13, p. 275-279, 2004.

DINIZ, Débora. Dilemas éticos da vida humana: a trajetória hospitalar de crianças portadoras de paralisia cerebral grave. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 12, p. 345-355, 1996.

DINIZ, Débora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena. **Physis (UERJ. Impresso)**, v. 13, p. 251-272, 2003.

DINIZ, Débora. SELECTIVE ABORTION IN BRAZIL: THE ANENCEPHALY CASE. **Developing World Bioethics**, v. 7, p. 64-67, 2007.

DINIZ, Débora; GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina. Bioética feminista: a emergência da diferença. **ESTUDOS FEMINISTAS**, Rio de Janeiro, v. 6, n.2, p. 255-264, 1999.

DINIZ, Débora; GUEDES, Cristiano. Confidencialidade, aconselhamento genético e saúde pública: um estudo de caso sobre o traço falciforme. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 21, p. 747-755, 2005.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. Bioética feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade. **BIOÉTICA (BRASÍLIA)**, v. 7, p. 181-187, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Proteção Jurídica da existencialidade. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 8, n. 2, 2020, p. 181-191.

EMALDI-CIRIÓN, Aitziber. Aproximación a un estudio jurídico y ético de la medicina genética predictiva. **Revista Iberoamericana de Bioética**, p. 1-9, 2017.

EMALDI-CIRIÓN, Aitziber. A responsabilidade dos profissionais sanitários no marco do assessoramento genético. In: CASABONA. Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 63-127.

ESPANHA. **Constituição da Espanha**: promulgada em 27 de dezembro de 1978. Disponível em:
<<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2020.

ESPANHA. **Supremo Tribunal de Espanha**. Recurso n.º 165/1993. Relator: F. Morales. Disponível em:
<<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e203d2edf22f9ce7/20031203>>
Acesso em: 16 mai. 2020.

ESPANHA. **Supremo Tribunal de Espanha**. Recurso n.º 1044/1996. Relator: Alfonso Villagómez Rodil. Disponível em:
<<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/53a5e3aa91c2b371/20031203>>
Acesso em: 16 mai. 2020.

ESPANHA. **Supremo Tribunal de Espanha**. Recurso n.º 1785/2010. Relator: Francisco Marin Castan. Disponível em:
<<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e492547589c117ef/20130403>>
Acesso em: 16 mai. 2020.

ESPANHA. **Supremo Tribunal de Espanha**. Recurso n.º 2675/2013. Relator: Francisco Marin Castan. Disponível em:
<<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c6dcfc45fc8adc2/20150925>>
Acesso em: 16 mai 2020.

FIUZA, César. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)**. Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 9-15, 2004.

FONTENELLE, Lucia; ARAUJO, Alexandra Prufer de Q. C.; FONTANA, Rosiane S. SÍNDROME DE MOEBIUS. **Arquivos de Neuro Psiquiatria**, vol. 59, n. 3. São Paulo: setembro 2001.

GARRAFA, Volnei. Críticas ao princípalismo em bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, 2016 v. 25, n. 2, p. 442-451.

GRACIA, Diego. Ciencia “pura”, ciência “impura”. **Boletín del Grupo de Bioética de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid**. Dezembro, 2010, p. 01-22.

GREENSTREET, Rebecca. **A pratical guide to wrongful conception, wrongful birth and wrongful life**. Law Brief Publishing: Middletown, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 22ª ed.; tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2014.

IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. Tradução de Dominique Makins. 1ª ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

IRLANDA. **Constituição da Irlanda**: promulgada em 29 de dezembro de 1937. Disponível em: <<https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>> Acesso em 23 jun. 2020.

IRLANDA. **Supreme Court of Ireland**. O'Reilly McCabe v. Minister for Justice Equality and Law Reform & anor. Relator: Denham J. Disponível em: <<http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/FD33DEADBCBB2FCB802575EC002ED551>> Acesso em: 15 jun. 2020.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**: promulgada em 22 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no_vita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf> Acesso em: 23 jun. 2020.

ITÁLIA. **Corte di Cassazione**. Recurso n.º 16754/2010. Relator: Alfonso Amatucci. 2 de outubro de 2012. p. 1-33.

ITÁLIA. **Corte di Cassazione**. Recurso n.º 2167/2014. Relator: Giacomo Travaglino. 5 de fevereiro de 2018. p. 1-7.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2019.

LANDO, Giorge André; QUEIROZ, Alessandro Pelópidas Ferreira de. Dano à saúde do nascituro: o caso da talidomida e a responsabilidade civil do Estado. **Reon, v. Esp**, p. 1002-1010, 2018.

LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. **BIOÉTICA E MODERNIDADE: ENTRE O CATIVEL DA RAZÃO E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca/São Paulo.

LOURES, José Costa. Linhas gerais da organização judiciária na Itália. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais n. 16**. Minas Gerais: UFMG, 1976. Disponível em: <http://wwwx.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1448>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. 1ª ed., São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MARCHETTO, Patricia Borba. A importância da Bioética e do Biodireito na sociedade atual. **Âmbito Jurídico**, n. 69, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/124592>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Os princípios da Bioética. **Revista Âmbito Jurídico n.º 158** – Ano XX, Março/2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-158/os-principios-da-bioetica/>> Acesso em 17 set. 2020

MICROGLOSSIA. In: **MICHAELIS, Dicionário online de português**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=microglossia>> Acesso em: 03 set. 2020.

MICROGNATIA. In: **MICHAELIS, Dicionário online de português**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?palavra=micrognatismo&r=0&f=0&t=0>> Acesso em: 03 set. 2020.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, 2013, n.º 10, p. 11175-11211.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. **Revista Educação**, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ODILLA, Fernanda. Como o Reino Unido conseguiu ficar até 2009 sem uma Suprema Corte. **BBC News Brasil em Londres**, 24 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47623603>> Acesso em: 03 set. 2020.

PATRÍCIO, Samira de Souza; GREGÓRIO, Vitória Regina Petters; PEREIRA, Silvana Maria; COSTA, Roberta. Fetal abnormality with possibility of legal termination: maternal dilemmas. **Rev Bras Enferm**. 2019; 72 (Supl 3) p. 125-31.

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

PESSINI, Leocir. As origens da Bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista Bioética** (impressa). 2013; 21 (1): p. 9-19.

PESSINI, Leocir. **Bioética em tempos de incertezas**. Leocir Pessini, José Eduardo de Siqueira, William Saad Hossne (organizadores). São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010.

PESSINI, Leocir. Bioética na América Latina: algumas questões desafiantes para o presente e futuro. **Bioethikos**: Centro Universitário São Camilo – 2008; 2(1): p. 42-49.

PINA-NETO, João Monteiro de. Aconselhamento genético. **Jornal de Pediatria**. Rio de Janeiro: 2008, p. 20-26.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: promulgada em 25 de abril de 1974. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx> Acesso em 23 jun. 2020.

PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**. Recurso n.º 9434/06. Relatora: Ana Paula Boularot. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebdbf3b80257af7003ca979?OpenDocument&Highlight=0,9434%2F06.6TBMTS.P1.S1> Acesso em: 15 jun. 2020.

PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**. Recurso n.º 1178/10. Relator: Raul Borges. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2bd2127deb84901280257f41005c1e72?OpenDocument&Highlight=0,1178%2F10.0TAFIG.C1.S1%20> Acesso em: 15 jun. 2020.

PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**. Recurso n.º 1212/2008. Relator: Helder Roque. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/DF88ABA1AD4ABD9D80257E0700377278>. Acesso em: 15 jun. 2020.

RAPER, Robert L. & Evans, David M. A survey of kentucky medical malpractice law. **Northern Kentucky Law Review**, 32(4), p. 713-743, 2005.

REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. **Jornal O Estado de São Paulo**, edição de 08/11/2003, p. A2.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Director of public prosecutions v. Morgan and others. Relator: Ryan P. Disponível em: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/cases/IECA/2015/CA50.html&query=\(title:\(+Director+\)\)+AND+\(title:\(+of+\)\)+AND+\(title:\(+public+\)\)+AND+\(title:\(+prosecutions+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Morgan+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/cases/IECA/2015/CA50.html&query=(title:(+Director+))+AND+(title:(+of+))+AND+(title:(+public+))+AND+(title:(+prosecutions+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Morgan+))) Acesso em: 15 jun. 2020.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Herd v. Weardale Steel, Coal and Coke Company, Limited and others. Relator: Viscount Haldane. Disponível em: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1914/2.html&query=\(title:\(+Herd+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Weardale+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1914/2.html&query=(title:(+Herd+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Weardale+))) Acesso em: 15 jun. 2020.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Julius v. Lord Bishop of Oxford and another. Relator: Chancellor. Disponível em: <[https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1880/1.html&query=\(title:\(+Julius+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Lord+\)\)+AND+\(title:\(+Bishop+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1880/1.html&query=(title:(+Julius+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Lord+))+AND+(title:(+Bishop+)))> Acesso em: 15 jun. 2020.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Macfarlane and another v. Tayside Health Board. Relator: Slynn of Hadley. Disponível em: <[https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1999/50.html&query=\(title:\(+Macfarlane+\)\)+AND+\(title:\(+another+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Tayside+\)\)+AND+\(title:\(+Health+\)\)+AND+\(title:\(+Board+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1999/50.html&query=(title:(+Macfarlane+))+AND+(title:(+another+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Tayside+))+AND+(title:(+Health+))+AND+(title:(+Board+)))> Acesso em: 15 jun. 2020.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Oughtred v. Commissioners of Inland Revenue. Relator: Radcliff. Disponível em: <[https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1959/3.html&query=\(title:\(+Oughtred+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Commissioners+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1959/3.html&query=(title:(+Oughtred+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Commissioners+)))> Acesso em: 15 jun. 2020.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust. Relator: Bingham of Cornhill. Disponível em: <[https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2003/52.html&query=\(title:\(+Rees+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Darlington+\)\)+AND+\(title:\(+Memorial+\)\)+AND+\(title:\(+Hospital+\)\)+AND+\(title:\(+NHS+\)\)+AND+\(title:\(+Trust+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2003/52.html&query=(title:(+Rees+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Darlington+))+AND+(title:(+Memorial+))+AND+(title:(+Hospital+))+AND+(title:(+NHS+))+AND+(title:(+Trust+)))> Acesso em: 15 jun. 2020.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Sutradhar v. Natural Environment Research Council. Relator: Nicholls of Bickenhead. Disponível em: <[https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2006/33.html&query=\(title:\(+Sutradhar+\)\)+AND+\(title:\(+v.+\)\)+AND+\(title:\(+Natural+\)\)+AND+\(title:\(+Environment+\)\)+AND+\(title:\(+Research+\)\)+AND+\(title:\(+Council+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2006/33.html&query=(title:(+Sutradhar+))+AND+(title:(+v.+))+AND+(title:(+Natural+))+AND+(title:(+Environment+))+AND+(title:(+Research+))+AND+(title:(+Council+)))> Acesso em: 15 jun. 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas da vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Tradução: Ana Carolina Mesquita. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTALÓ, Josep; CASADO, María. Documento sobre Bioética y edición genómica em humanos. **Observatori de Bioètica i Dret**: Universitat de Barcelona, 2016.

SCHETTINI, Beatriz. **Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa**. 1ª ed., Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

SCHETTINI, Beatriz. **O tratamento jurídico do embrião humano no ordenamento jurídico brasileiro**. Ouro Preto: Livraria & Editora Ouro Preto, 2015.

SCHRAMM, Fermin Roland; PALÁCIOS, Marisa; REGO, Sérgio. O modelo bioético principialista para a análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório? **Ciência & Saúde Coletiva**, 13(2), p. 361-370, 2008.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (*wrongful life*) e o direito à não existência. **RJLB**, Ano 3, nº 2, p. 1-33, 2017.

SIRINGOMIELIA. In: **MICHAELIS, Dicionário online de português**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=siringomielia>> Acesso em: 03 set. 2020.

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 Editores, 2014.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Relator: ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe em 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 17 set. 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública sobre a interrupção voluntária da gravidez**. Brasília, DF, agosto 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupvoluntriadagravidez.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com agravo ARE 1280883/MS**. Relator: ministro Dias Toffoli. Publicado no DJe em 18/08/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1127315/false>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. 288 p.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.662.338 SP 2015/0307558-0**. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Publicado DJe em 02/02/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503075580&dt_publicacao=02/02/2018>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Petição Criminal – Autorização – Aborto não Criminoso n.º 1000589-26.2020.8.26.0114**. Juiz de Direito MM. José Henrique Rodrigues Torres. Publicado DJe em 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=36000LV1T0000&cdForo=114&cdDoc=69805328&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5CAMP&ticket=6eEKypkM8iP%2BTBQipqrIco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvlOBDUyIdYRpLaewIzWR8eJElur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7fIGRkiQ6YRolbKx32WMjwN4d91rpDImLtD0Ex40Hb19lhUytFNhJJvqOeRHWE95mJ1%2BDJJVHu4ZtnVJwWPKkzg%2FVjvpkdao0Ss2k4kw%3D%3D>>. Acesso em: 21 set. 2020.

TOTH, Marina. Caso de anencefalia deveria ser aplicado por analogia a casos similares. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/marina-toth-casos-feto-inviavel-cabem-cessao-gravidez?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 21 set. 2020.

TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n.º 5004595-22.2017.4.04.7110/RS**. Relator: desembargador federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Publicado no DJe em 03 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf-confirma-sentenca-negou.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2020.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: 2004. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 28 ago. 2020.

UNESCO; Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração universal sobre bioética e direitos humanos**. Paris: 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e Biodireito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília/DF, a. 37, n. 145 jan./mar., 2000, p. 197-200.

APÊNDICE

	DESCRIÇÃO E DATA	ASSUNTO
01	Nina Judkins Harvison v. Jennifer Lynn and Pamela E. Nail (Appeal from Cullman Circuit Court: CV-15-900357) 06/03/20	Lei de Prestação de Contas no Alabama e honorários advocatícios
02	G.J., Jr. v. J.Q. and I.S. (Appeal from Elmore Juvenile Court: JU-16-179.03) (Consolidated with 2180942.) 06/03/20	Destituição do poder familiar dos pais pleiteado pela avó dos menores
03	Ex parte L.B. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: C.P. v. L.B.) (Houston Circuit Court: DR-19-900344) 06/03/20	Pedido de proteção contra o pai por alegação de abuso e custódia dos filhos menores
04	Brittony Mays v. Trinity Property Consultants, LLC (Appeal from Shelby Circuit Court: CV-18-99) 06/03/20	Processo de despejo
05	Mary Beasley Schaeffer and Ellise Beasley Long, as personal representative of the estate of Emma Glass Beasley, deceased v. Jan Garrison Thompson (Appeal from Dallas Circuit Court: CV-13-900142) 28/02/2020	Ação de responsabilidade civil por negligência de advogado em processo
06	Shelby Dockery v. City of Jasper (Appeal from Walker Circuit Court: CV-03-706.80) 28/02/2020	Ação trabalhista de um policial contra a cidade de Jasper
07	C.P.P. v. L.J.B. (Appeal from Elmore Juvenile Court: JU-19-45.01) 28/02/2020	Regulamentação de direito de visitas
08	Ex parte Caroline Capps Cate. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Darin Eugene Cate v. Caroline Capps Cate) (Cullman Circuit Court: DR-19-900325) 21/02/2020	Divórcio e custódia dos filhos menores
09	Ex parte J.M.S. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: G.C.S. v. J.M.S and S.T.S.) (Cullman Juvenile Court: JU-19-650.01) 21/02/2020	Destituição do poder familiar da mãe por vício em substâncias entorpecentes
10	Ivan Phillips, Sr. v. Aprises Phillips (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-17-900803) (Consolidated with 2180531.) 14/02/2020	Custódia dos filhos menores, divisão dos bens conjugais e pensão alimentícia
11	A.M. v. M.G.M. (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-18-900075) 14/02/2020	Ação de divórcio
12	Z.W.E. v. L.B. (Appeal from Jackson Juvenile Court: CS-19-2.01) 07/02/2020	Investigação de paternidade
13	J.H. v. N.H. (Appeal from Covington Juvenile Court: CS-03-183.03) 07/02/2020	Guarda de menores e pensão alimentícia
14	S.J.H. v. N.T.S. (Appeal from Jefferson Juvenile Court: CS-18-900208) 07/02/2020	Investigação de paternidade e pensão alimentícia
15	Melanie L. Dickerson v. Joe D. Dickerson (Appeal from Madison Circuit Court: DR-17-900918) 07/02/2020	Divórcio e divisão dos bens conjugais
16	Mark J. Young v. Tracy H. Young (Appeal from Lee Circuit Court: DR-14-900270.02) 07/02/2020	Revisão da pensão alimentícia
17	Roger Wilkinson v. Kelly Cochran, individually and in her official capacity as a member of the Gadsden City Board of Education, et al. (Appeal from Etowah Circuit Court: CV-16-182) 07/02/2020	Responsabilidade civil por postagem em redes sociais

18	Gaylyn M. Horne-Ballard v. William R. Ballard (Appeal from Jefferson Circuit Court: DR-16-901702) 24/01/2020	Ação de divórcio
19	Ex parte Kohler Company, Inc. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Mamie Lee White v. Kohler Company, Inc.) (Madison Circuit Court: CV-18-902073) 17/01/2020	Responsabilidade civil por suposta lesão no pé esquerdo do empregado
20	Betty Wilson et al. v. Marion Martin Merriweather et al. (Appeal from Talladega Circuit Court: CV-16-900287) 10/01/2020	Direito de propriedade
21	S.J. v. A.B. and D.B. (Appeal from Calhoun Juvenile Court: JU-17-383.03) 10/01/2020	Direito de visita dos avós
22	Ex parte Alabama Medicaid Agency. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Carol H. Armstrong v. Alabama Medicaid Agency) (Chilton Circuit Court: CV-19-900120) 10/01/2020	Pedido de trancamento de ação referente à transação imobiliária de lar de idosos
23	Jennifer Robin Thacker v. Orbie Alvin Thacker (Appeal from Calhoun Circuit Court: DR-17-127) 10/01/2020	Divórcio e pacto antenupcial
24	M.L.M. v. Madison County Department of Human Resources (Appeal from Madison Juvenile Court: JU-18-537.02) 10/01/2020	Destituição do poder familiar
25	F.B. v. Madison County Department of Human Resources (Appeal from Madison Juvenile Court: JU-18-537.02) 10/01/2020	Apelação dos pais ante a destituição do poder familiar
26	Renter's Realty v. Ieisha Smith (Appeal from Madison Circuit Court: CV-18-69) 10/01/2020	Direitos do locatário de imóvel
27	B.V. v. J.M. and T.M. (Appeal from Calhoun Probate Court: 18-113) 10/01/2020	Ação rescisória de adoção cumulada com ação de declaração de paternidade biológica
28	Jonathan B. Wikle v. Hilary Boyd (Appeal from Dale Circuit Court: DR-11-636.01) 20/12/19	Contrato de divórcio e divisão de bens
29	Jose Alberto Rivera, Jr. v. Lorena Sanchez (Appeal from Morgan Circuit Court: DR-12-900044.01) 20/12/19	Ação de divórcio
30	Ex parte Yaditxza Vega-Lopez. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Terry Potts v. Yaditxza Vega-Lopez) (DeKalb Circuit Court: CV-19-900182) 20/12/19	Ação de custódia dos filhos menores
31	D.K. v. S.M.S., S.L., and A.L. (Appeal from Houston Juvenile Court: JU-17-494.01) 13/12/19	Ação de guarda dos avós sobre os netos
32	Booker T. Gipson and LaTonya Gipson v. Alabama Department of Environmental Management and Perry County Associates, LLC (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-18-900481) 13/12/19	Ação administrativa do Departamento de Gerenciamento Ambiental do Alabama
33	Jacqueline M. Rothwell and Franklin L. Molitor v. Ronald T. Molitor, Barbara K. Vogelpohl, and Steve Molitor (Appeal from Madison Circuit Court: CV-08-953) 13/12/19	Inventário e testamento
34	Tyler Montana Jul Prescott v. Brenda K. Milne (Appeal from Mobile Circuit Court: CV-18-901458) 13/12/19	Direito de propriedade de imóvel

35	Ex parte John Lester. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Amber Lester v. John Lester) (Lee Circuit Court: DR-10-39.07) 13/12/19	Direito de visita dos filhos menores
36	Ex parte Rebecca Marie Butcher. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Jeremy Allan Butcher v. Rebecca Marie Butcher) (Montgomery Circuit Court: DR-19-900329) 06/12/19	Ação de divórcio e guarda dos filhos menores
37	A.M. v. M.G.M. (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-18-900075) 06/12/19	Ação de divórcio, guarda dos filhos menores e pensão alimentícia
38	Colby Furniture Company, Inc. v. Belinda J. Overton (Appeal from Marion Circuit Court: CV-95-118.02) 06/12/19	Responsabilidade civil por acidente de trabalho
39	Timothy Lloyd Whitworth v. Crestwood Development Corporation, LLC, and Anastasia Agrippa Jordan (Appeal from Jefferson Probate Court: 18-BHM-01128) 06/12/19	Direito de sucessões
4'	N.Z. v. J.C. and E.C. (Appeal from Talladega Juvenile Court: JU-18-100015.03) 15/11/19	Ação de custódia sobre filhos menores
41	Ex parte Sea Coast Disposal, Inc. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Shawn O. Bell v. Sea Coast Disposal, Inc.) (Dallas Circuit Court: CV-18-900185) 15/11/19	Responsabilidade civil por acidente de trabalho
42	Saba Ahmed Taleb v. City of Tuscaloosa (Appeal from Tuscaloosa Circuit Court: CV-18-900925) 15/11/19	Licença para venda de bebidas alcoólicas em estabelecimento
43	P.I.M. v. Jefferson County Department of Human Resources (Appeal from Jefferson Juvenile Court: JU-15-915.02) 15/11/19	Ação de destituição do poder familiar dos pais
44	Emmett Shane Devore Cheshire v. Jenifer Eve Cheshire (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-17-900348) 01/11/19	Pensão alimentícia e divisão dos bens conjugais
45	US Bank Trust, N.A., as trustee for LSF8 Master Trust v. William Trimble (Appeal from Chilton Circuit Court: CV-18-900228) 01/11/19	Direito de propriedade e hipoteca imobiliária
46	Mary Alice Wilson v. State of Alabama (Appeal from Shelby Circuit Court: CV-16-900459) 25/10/19	Transação ilegal com outra moeda
47	D.W. v. Jefferson County Department of Human Resources (Appeal from Jefferson Juvenile Court: JU-17-492.02) 18/10/19	Ação de destituição do poder familiar dos pais
48	Orethaniel Swain v. AIG Claims, Inc., The Insurance Company of the State of Pennsylvania, Sandra Thomas, Coventry Health Care Workers' Compensation, Inc., and Jackie Angeles (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-18-902406) 18/10/19	Direito do trabalho e assédio moral
49	Kevin Forbes and Maria Rosa Forbes v. Glen L. Brawley (Appeal from Shelby Circuit Court: CV-18-900017) 18/10/19	Responsabilidade civil do ortodontista
50	Ronald C. Smith, Latonya Gipson, and William T. Gipson v. Lance R. LeFleur, in his official capacity as Director of the Alabama Department of Environmental Management	Responsabilidade civil ambiental e aterro sanitário

	(Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-17-900021) 11/10/19	
51	Enterprise Leasing Company - South Central, LLC v. Benson Drake (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-16-903224) 11/10/19	Responsabilidade civil por acidente de trabalho
52	Nest Two Ventures, LLC v. Joshua Capps and Rachel Capps (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-16-337) 11/10/19	Direito de propriedade
53	Ex parte S.H. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: K.G. v. S.H.) (Jefferson Circuit Court: CV-17-900409) 11/10/19	Destituição do poder familiar
54	J.C.C. v. Madison County Department of Human Resources (Appeal from Madison Juvenile Court: JU-17-893.02) 11/10/19	Destituição do poder familiar
55	Shawn Odell Bell v. Erwin Deandre Moore (Appeal from Dallas Circuit Court: CV-17-900148) 11/10/19	Responsabilidade civil por conduta negligente de motorista que causou acidente de trânsito
56	Ex parte Yaditxza Vega-Lopez. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Terry Potts v. Yaditxza Vega-Lopez) (DeKalb Circuit Court: CV-19-900182) 11/10/19	Direito de guarda dos filhos menores
57	Princess Hawkins v. Jimmy Simmons and Worry Free Comfort System, Inc., d/b/a Freedom Heating & Cooling (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-16-900854) 11/10/19	Direito do trabalho
58	B.V. v. J.M. and T.M. (Appeal from Calhoun Probate Court: 18-113) 11/10/19	Ação de adoção
59	AMEC Foster Wheeler Kamtech 11/10/19	Direito do trabalho
60	Leisha Smith v. Renter's Realty (Appeal from Madison Circuit Court: CV-18-69) 11/10/19	Direito processual civil
61	Lillie Billingsley v. City of Gadsden (Appeal from Etowah Circuit Court: CV-10-900283) 27/09/19	Direito do trabalho
62	Ex parte Michele Cherie Culverhouse. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Corey Lee Culverhouse v. Michele Cherie Culverhouse) (Geneva Circuit Court: DR-19-900077) 20/09/19	Ação de divórcio
63	S.D.B. v. B.R.B. (Appeal from Clay Circuit Court: DR-09-14.02) 20/09/19	Ação de custódia dos filhos menores
64	City of Montgomery v. D&L Enterprises, Inc., d/b/a Larry's Trading (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-18-901629) 13/09/19	Direito administrativo
65	L.T.J., Jr. v. S.S., on behalf of C.S., a minor child (Appeal from Dale Circuit Court: DR-18-186) 13/09/19	Ação de medida de proteção contra pai para filho menor
66	S.J. v. Jackson County Department of Human Resources (Appeal from Jackson Juvenile Court: JU-09-274.05) 13/09/19	Ação de guarda de menores
67	Ex parte Montgomery County Department of Human Resources. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: In the matter of Av.M., minor child) (Montgomery Juvenile Court: JU-19-277.01) 13/09/19	Ação de destituição de poder familiar

68	Ex parte L.L.H. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: L.L.H. v. M.L.L. and R.D.L.) (Choctaw Juvenile Court: JU-16-29.02) 06/09/19	Ação de guarda de menores
69	Ex parte Warrior Met Coal, Inc. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Steve Barnes v. Alabama Workmen's Compensation Self-Insurer's Guaranty Association, Inc., and Warrior Met Coal, Inc.) (Tuscaloosa Circuit Court: CV-17-900913) 06/09/19	Direito do trabalho
70	E.C.B. v. Madison County Department of Human Resources (Appeal from Madison Juvenile Court: JU-13-277.02) 06/09/19	Ação de destituição de poder familiar
71	H.A.S. v. S.F. (Appeal from Madison Juvenile Court: JU-18-406.01) 06/09/19	Ação de emancipação
72	Hadi Store, LLC v. City of Tuscaloosa (Appeal from Tuscaloosa Circuit Court: CV-18-900722) 30/08/19	Direito administrativo – licença para venda de bebida alcoólica
73	Trista Lynn Rogers v. Robert Rogers III (Appeal from Franklin Circuit Court: DR-14-900007.01) 30/08/19	Ação de custódia
74	A.A., Sr. v. Jefferson County Department of Human Resources (Appeal from Jefferson Juvenile Court: DR-17-65) 30/08/19	Ação de guarda dos filhos menores
75	Charles Stroud Bittick v. Emily Major Bittick (Appeal from Jefferson Circuit Court: DR-16-901169) 30/08/19	Direito de visitas dos filhos
76	Ex parte Barton J. Weeks and Weeks Engineering Construction and Consulting, LLC. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Rustic Mountain Restoration, LLC v. Barton J. Weeks and Weeks Engineering Construction and Consulting, LLC) (Shelby Circuit Court: CV-18-900066) 30/08/19	Direito do trabalho
77	Sherri Lynn Pittman and John David Pittman, Jr. v. Hangout in Gulf Shores, LLC (Appeal from Baldwin Circuit Court: CV-17-900638) 23/08/19	Responsabilidade civil por negligência do empregador em acidente de trabalho
78	Dorothy McDonald v. Robert Keahey and Foster Wrecker Service, Inc. (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-17-901042) 23/08/19	Direito administrativo
79	Bo.S. and L.P. v. Be.S. (Appeal from Chambers Juvenile Court: JU-16-124.02) 23/08/19	Ação de custódia de menores
80	Brandee Marie Barnes v. Christopher Scott Barnes (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-15-72.02) 16/08/19	Ação de divórcio
81	Ex parte K.W. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: A.J.D. v. K.A.W.) (Jefferson Juvenile Court: CS-06-1957.04 and CS-06-1957.06) 16/08/19	Ação de guarda de menores
82	Rodney Keith Rippey v. Heidi Mae Rippey (Appeal from Madison Circuit Court: DR-05-1067.01) 16/08/19	Pensão alimentícia

83	James Darrell McDaniel v. State of Alabama ex rel. Brian C.T. Jones, District Attorney, 39th Judicial Circuit (Appeal from Limestone Circuit Court: CV-17-900054) 09/08/19	Apreensão de automóveis
84	L.C. and B.C. v. Shelby County Department of Human Resources and Alabama Department of Human Resources (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-17-901751) 09/08/19	Ação de destituição do poder familiar
85	A.P. v. Covington County Department of Human Resources (Appeal from Covington Juvenile Court: JU-15-118.05) 09/08/19	Direito de visitas
86	Todd Ayers v. John Robert Mays (Appeal from Randolph Circuit Court: CV-14-900098) 09/08/19	Nota promissória
87	Juan Manuel Martinez-Camacho v. State of Alabama (Appeal from Greene Circuit Court: CV-17-900029) 02/08/19	Direito administrativo
88	Jean C. May v. Stephanie Azar, as commissioner of the Alabama Medicaid Agency (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-18-900178) 02/08/19	Plano de saúde
89	Complete Cash Holdings, LLC v. Patricia Diana Fryer (Appeal from Dale Circuit Court: CV-18-15) 02/08/19	Empréstimos de automóveis
90	Alabama Department of Labor v. Eddie L. Griggs (Appeal from Houston Circuit Court: CV-18-134) 26/07/19	Direito do trabalho
91	Ex parte T.A.W. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: T.W. v. T.A.W.) (Dallas Circuit Court: DR-18-51) 26/07/19	Ação de custódia de menor
92	T.D. v. S.R., R.R., and A.M. (Appeal from Jefferson Juvenile Court: JU-15-1658.02) 26/07/19	Destituição do poder familiar e guarda
93	T.N. n/k/a T.N.G. v. Covington County Department of Human Resources (Appeal from Covington Juvenile Court: JU-13-185.02) 26/07/19	Ação de destituição do poder familiar
94	Alabama State Board of Pharmacy v. Demetrius Yvonne Parks et al. (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-16-901576) 26/07/19	Violação por farmácias do “Alabama Pharmacy Practice Act”
95	C.M.L. v. C.A.L. (Appeal from Lauderdale Circuit Court: DR-04-605.03) 26/07/19	Ação de divórcio
96	Jeisha Smith v. Renter's Realty (Appeal from Madison Circuit Court: CV-18-69) 12/07/19	Direito do trabalho
97	George Donald Clark, Jr. v. Rebecca Rutland Clark (Appeal from Montgomery Circuit Court: DR-16-900095.01) 12/07/19	Ação de divórcio e custódia dos filhos
98	Deron E. Slay v. Stephanie C. Slay (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-16-901654) 28/06/19	Ação de divórcio
99	K.J. v. S.B. (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-17-330) 28/06/19	Direito de visita dos avós
100	Betty Hopson v. State of Alabama (Appeal from Lee Circuit Court: CV-15-900526) 21/06/16	Venda irregular de medicamentos

101	English H. Gonzalez v. Carlos A. Gonzalez (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-16-900025) 14/06/19	Ação de divórcio
102	M.D. v. E.F. (Appeal from Jefferson Juvenile Court: CS-14-900450.01) 14/06/19	Alteração em ação de custódia
103	Christopher E. Rose v. Penn & Seaborn, LLC; Cervera, Ralph, Reeves, Baker & Hastings, LLC; and Joel Gregg (Appeal from Pike Circuit Court: CV-13-900051) 07/06/19	Direito administrativo – vazamento de combustível
104	S.F. v. R.L. and A.L. (Appeal from Geneva Juvenile Court: JU-11-378.02) 07/06/19	Alteração em ação de custódia
105	J. Gregory Kennedy v. Georgene Gause Conner (Appeal from Baldwin Circuit Court: CV-18-900531) 07/06/19	Direito de propriedade
106	Alva Jean Johns v. Joseph Carroll Johns (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-90-501758) 24/05/19	Ação de divórcio
107	Jessica Lynn Coburn Boyd v. John W. Boyd (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-16-901200.01) 24/05/19	Ação de guarda de menor
108	K.L.H. v. J.R.C. (Appeal from Madison Juvenile Court: CS-14-900566.01) 17/05/19	Ação de custódia
109	Lorenzo Reese v. Leon Bolling, Angela Miree, and Antoinette Johnson (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-18-303) 10/05/19	Direito administrativo
110	C.M.L. v. C.A.L. (Appeal from Lauderdale Circuit Court: DR-04-605.03) 10/05/19	Ação de divórcio
111	Ex parte Avondale Gardens, LP, d/b/a Avondale Gardens Apartments. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Avondale Gardens, LP. v. Essex Parker et al.) (Jefferson Circuit Court: CV-18-904887) 07/05/19	Direito processual civil
112	Deborah M. Ramer v. Matthew C. Ramer (Appeal from Covington Circuit Court: DR-13-101.02) 03/05/19	Ação de guarda dos filhos
113	Elton T. Adcock v. Gretchen L. Fronk (Appeal from Madison Circuit Court: DR-11-900145.01) 03/05/19	Ação de guarda dos filhos
114	Heaven's Gate Ministries International, Inc. v. Jewelton B. Burnett, Burnett Investment Group, Inc., and Remlap Properties, LLC (Appeal from Madison Circuit Court: CV-18-900380) 19/04/19	Direito empresarial
115	Arlene Durham v. Louis Cohen (Appeal from Elmore Circuit Court: CV-17-57) 12/04/19	Direito de propriedade
116	Kandi Smith v. Heath Smith (Appeal from Bibb Circuit Court: DR-17-900011) 12/04/19	Ação de divórcio
117	Lester Beeman v. ACCC Insurance Company (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-17-901212) 12/04/19	Responsabilidade civil por negligência em acidente de trânsito
118	Todd Ayers v. John Robert Mays (Appeal from Randolph Circuit Court: CV-14-900098) 05/04/19	Nota promissória
119	M.K.F. v. K.D.K. (Appeal from Madison District Court: CS-09-30.03) 29/03/19	Pensão alimentícia

120	Mario J. Espinosa v. Tamarie Espinosa Hernandez (Appeal from Madison Circuit Court: DR-04-803.01) 29/03/19	Pensão alimentícia
121	S.L. and D.L. v. J.L.C. and R.C. (Appeal from Coffee Juvenile Court: JU-15-85.02) 29/03/19	Direito de visita dos avós
122	Carl Michael Seibert v. Lorri Fields (Appeal from Madison Circuit Court: DR-13-900006.02) 22/03/19	Pensão alimentícia
123	Philip Leyton McCarn v. Jaclyn McCarn Langan (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-18-6.01) 15/03/19	Pensão alimentícia
124	E.L. v. C.P. (Appeal from Houston Circuit Court: DR-17-233.00) 15/03/19	Investigação de paternidade e direito de visitas
125	Matthew Kyle Casey v. Jeni Corley Casey (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-14-900777.01) 15/03/19	Ação de divórcio
126	Kenneth W. Poore v. Molly B. Poore (Appeal from Madison Circuit Court: DR-08-106) 08/03/19	Ação de custódia
127	Allison Rowland v. Richard Tucker, Mike Gunnells, Henry Scheuer, Mark Wise, and William Kruse, as trustees of the Beasley Spring Acres Neighborhood Improvement Trust (Appeal from Madison Circuit Court: CV-06-2131) 08/03/19	Direito empresarial
128	Brittony Mays v. Trinity Property Consultants, LLC (Appeal from Shelby Circuit Court: CV-18-99) 08/03/19	Direito de propriedade
129	Thomas C. Donald v. James P. Kimberley and Carol J. Kimberley (Appeal from DeKalb Circuit Court: CV-17-900198) 08/03/19	Direito de propriedade
130	Jessica Lynn Coburn Boyd v. John W. Boyd (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-16-901200.01) 01/03/19	Direito de custódia
131	Rex Alan Littleton and Lyle Neal Littleton v. Alan S. Wells and Sharee B. Wells (Appeal from Chilton Circuit Court: CV-16-900001) 22/02/19	Direito de propriedade
132	Maria C. Camacho v. Juan M. Camacho (Appeal from Montgomery Circuit Court: DR-10-900253.04) 15/02/19	Direito de custódia
133	Christopher J. LaFontaine v. Yvonne D. LaFontaine (Appeal from Lee Circuit Court: DR-16-900104) 15/02/19	Ação de divórcio
134	Helen Kelton v. Bonnie V. Caldwell (Appeal from Dallas Circuit Court: CV-14-900037) 15/02/19	Direito de propriedade
135	Georgia Pacific Consumer Products LP v. Sheryl D. Gamble (Appeal from Choctaw Circuit Court: CV-15-900061) 15/02/19	Direito do trabalho
136	Rebecca M. Fazzino v. Carl D. Orange and Keim TS, Inc. (Appeal from Madison Circuit Court: CV-15-902019) 08/02/19	Responsabilidade civil por negligência em acidente de trânsito
137	Eduardo Enrique Rel v. Carolina Rel (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-16-900532) 11/01/19	Ação de divórcio

138	Juan R. Pace, Sr. v. Rosanna Smith (Appeal from Madison Circuit Court: DR-11-77.01) 11/01/19	Direito de custódia e pensão alimentícia
139	Brittony Mays v. Trinity Property Consultants, LLC (Appeal from Shelby Circuit Court: CV-18-99) 11/01/19	Direito de propriedade
140	J.S.S. v. D.P.S. (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-11-900581.01) 11/01/19	Ação de custódia
141	Heather Rene Fann v. Russell Williams (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-17-902114) 11/01/19	Direito processual civil
142	Napoleon Harris v. Capell & Howard, P.C. (Appeal from Lee Circuit Court: CV-14-900387) 11/01/19	Direito empresarial
143	Thomas C. Donald v. James P. Kimberley and Carol J. Kimberley (Appeal from DeKalb Circuit Court: CV-17-900198) 11/01/19	Direito de propriedade
144	Brenda Holloway v. Justin Watson (Appeal from Baldwin Circuit Court: DR-17-901526) 04/01/19	Direito de visitas dos avós
145	Russell Alan Thomas v. Angel Mount Thomas (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-16-900711) 04/01/19	Ação de divórcio
146	Enterprise Leasing Company-South Central, LLC v. Benson Drake (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-16-903224) 04/01/19	Direito do trabalho
147	Melissa K. Marler v. Julie Lambrianakos (Appeal from Madison Circuit Court: DR-17-504) 04/01/19	Direito processual civil
148	GEICO General Insurance Company v. Gainer Curtis (Appeal from Mobile Circuit Court: CV-18-900352) 21/12/18	Direito empresarial
149	Zachariah Cowart v. Misty Cowart (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-15-900031) 30/11/18	Ação de divórcio
150	Leonard Irving Cottom, Jr. v. Kasey Leann Cottom (Appeal from Baldwin Circuit Court: DR-11-901612) 30/11/18	Ação de divórcio
151	Ex parte Tyler Blake Pruitt. PETITION FOR WRIT OF MANDAMUS (In re: Tyler Blake Pruitt v. Ashley Parkins Pruitt) (Blount Circuit Court: DR-15-900053) 14/11/18	Ação de divórcio
152	Helen Elizabeth Sylvester v. Gregory Joseph Cartee (Appeal from Madison Circuit Court: DR-06-1729.01) 07/11/18	Ação de pensão alimentícia
153	Harry Robert Hummer, Jr. v. Virginia Loftis (Appeal from Choctaw Circuit Court: DR-10-025.01) 02/11/18	Direito de visita de menor pelo pai
154	Willie James Jones, Jr. v. Barbara Joann Jones (Appeal from Dallas Circuit Court: DR-13-900003.01) 26/10/18	Ação de divórcio
155	Susanna Mendia v. Edward Encarnacion (Appeal from Dale Circuit Court: DR-15-900013) 26/10/18	Ação de divórcio
156	Ronald Earl Mays v. John A. Yung IV (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-14-900385) 26/10/18	Direito de propriedade

157	Thomas Chandler and Rebecca E. Chandler v. Branch Banking & Trust Company (Appeal from Shelby Circuit Court: CV-15-900027) 19/10/18	Direito de propriedade
158	V.L. v. A.W. and W.W. (Appeal from Montgomery Juvenile Court: JU-14-146.09) 19/10/18	Direito de visitas do tio-avô
159	International Management Group, Inc., and Michael Carter v. Bryant Bank (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-17-901725) 12/10/18	Direito empresarial
160	J.T. v. J.S. (Appeal from Jefferson Probate Court: 2013-219474) 12/10/18	Ação de adoção
161	H.C. v. S.L. (Appeal from Bessemer Juvenile Court: JU-15-741.01) 05/10/18	Ação de custódia de filhos menores
162	Melissa K. Marler v. Julie Lambrianakos (Appeal from Madison Circuit Court: DR-17-504) 28/09/18	Ação de custódia
163	Clarence Matthew Thornbury v. Madison County Commission (Appeal from Madison Circuit Court: CV-16-901267) 28/09/18	Direito do trabalho
164	Ameena Baig v. Ala-Tune (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-18-87) 28/09/18	Direito do trabalho
165	Kathryn Leann Shinnick v. Brian Joseph Shinnick (Appeal from Jackson Circuit Court: DR-17-900081) 21/09/18	Ação de divórcio
166	C.Z. and J.Z. v. B.G. (Appeal from Elmore Probate Court: A2017-40) 21/09/18	Ação de adoção
167	D.W. v. M.M. (Appeal from Montgomery Juvenile Court: JU-15-546.01) 21/09/18	Ação de custódia
168	M.R. v. C.A. and T.J. (Appeal from Houston Circuit Court: JU-15-293.03) 21/09/18	Ação de custódia
169	K.J. v. Pike County Department of Human Resources (Appeal from Pike Juvenile Court: JU-00-153.04) 14/09/18	Destituição do poder familiar
170	Charity M. (Wallace) Justice v. Timothy A. Wallace (Appeal from Winston Circuit Court: DR-13-900044.01) 14/09/18	Ação de custódia
171	Turner Brock v. Jimmy Morris (Appeal from Henry Circuit Court: CV-17-900049) 07/09/18	Contratos
172	Jerry Todd Shivers v. Paula Kimberly Shivers (Appeal from Shelby Circuit Court: DR-10-900208.03) 31/08/18	Ação de divórcio e custódia
173	William R. Higgs v. Marilyn E. Higgs (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-90-501752.03) 24/08/18	Ação de divórcio
174	Bobby McCrary, as trustee of the Bobby McCrary Revocable Trust dated June 18, 2001, and Patricia L. McCrary, as trustee of the Patricia L. McCrary Revocable Trust dated June 18, 2001 v. Michael Wayne Cole and Pamela W. Cole et al. (Appeal from Autauga Circuit Court: CV-16-17) 17/08/18	Direito de propriedade
175	Michelle Nelson v. Cortney Antwan Maddox (Appeal from Lee Circuit Court: DR-12-900056.02) 17/08/18	Ação de divórcio

176	Lee Carroll Richards v. Ana Franklin, Sheriff of Morgan County (Appeal from Morgan Circuit Court: CV-18-900117) 17/08/18	Direito de visita
177	TaMarkus J. King v. Kimberly Tillman-Gilbert (Appeal from Elmore Circuit Court: DR-15-7) 10/08/18	Direito de visita
178	R.D.F. v. R.J.F. (Appeal from Morgan Circuit Court: DR-10-709.03) 10/08/18	Direito de visita e pensão alimentícia
179	Shahin Shawn Esfahani v. Steelwood Property Owners' Association, Inc. (Appeal from Baldwin Circuit Court: CV-14-901248) 10/08/18	Direito de propriedade
180	GASP v. Jefferson County Board of Health et al. (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-17-901677) 10/08/18	Direito administrativo
181	Colleen Hoag v. David Stinson (Appeal from Elmore Circuit Court: DR-11-11.04) 03/08/18	Direito de visitas
182	Matthew Gallant v. Rebecca Gallant (Appeal from Elmore Circuit Court: DR-09-900071.04) 03/08/18	Direito de visitas
183	Frances Mack v. Alan Arber (Appeal from Etowah Circuit Court: CV-17-900044) 03/08/18	Responsabilidade civil por negligência que causou acidente de trânsito
184	Regina Moates Rigby v. Christopher Lee Rigby (Appeal from Elmore Circuit Court: DR-16-900059) 03/08/18	Ação de custódia dos quatro filhos
185	Alabama Medicaid Agency v. Southcrest Bank et al. (Appeal from Chilton Circuit Court: CV-17-900020) 03/08/18	Direito de propriedade
186	Michael J. Bedard v. Sharon Bedard (Appeal from Madison Circuit Court: DR-15-900028) 27/07/18	Ação de divórcio
187	Larry Carter v. Daniel Keith Haynes (Appeal from Bessemer Circuit Court: CV-16-900052) 27/07/18	Direito processual civil
188	Lauren Bosarge v. Richard Gerald Bosarge II (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-15-900007.01) 27/07/18	Ação de divórcio
189	Shiela Von Alvensleben v. Michael Von Cassiner Dubuisson (Appeal from Baldwin Circuit Court: CV-17-901321) 27/07/18	Direito de propriedade
190	Angela Taylor v. Hibbett Sporting Goods, Inc. (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-17-900795) 27/07/18	Direito do trabalho
191	Kathryn Drey f/k/a Kathryn Petersen v. Bendt W. Petersen (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-04-500711) 27/07/18	Ação de divórcio
192	Boyd J. Landry v. Angela O. Landry (Appeal from Autauga Circuit Court: DR-06-65.07) 20/07/18	Ação de divórcio
193	S.M. v. C.A. and M.A. (Appeal from Cullman Juvenile Court: JU-17-479.01) 20/07/18	Ação de visitas
194	Sandra Vincent and Orderick Vincent v. Kondaur Capital Corporation (Appeal from Dallas Circuit Court: CV-14-900077) 13/07/18	Direito de propriedade

195	Thomas Wojtala v. Felicia Wojtala (Appeal from Henry Circuit Court: DR-14-900049) 13/07/18	Pensão alimentícia
196	W.L. v. D.B. and R.B. (Appeal from Escambia Juvenile Court: JU-16-106.02) 13/07/18	Ação de custódia
197	J.S. v. S.S. (Appeal from Coffee Circuit Court: DR-15-900113) 29/06/18	Ação de divórcio
198	Michael James Maxwell v. Maria Adela Maxwell (Appeal from Dale Circuit Court: DR-11-355.04) 29/06/18	Ação de custódia
199	Norfolk Southern Railway Company v. Nashanta L. Williams (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-14-901707) 29/06/18	Direito administrativo
200	Joel Newman and Brenda Newman v. Skypark Properties, LLC (Appeal from Lauderdale Circuit Court: CV-14-900463) 29/06/18	Direito administrativo
201	L.S. v. A.S. (Appeal from Morgan Juvenile Court: CS-16-900051.01) 08/06/18	Ação de custódia
202	James Mitchell Walters v. Nancy T. Walters (Appeal from Tallapoosa Circuit Court: DR-04-76.01) 08/06/18	Ação de divórcio
203	Antonio Nichols v. George Adams and Leon Bolling (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-17-123) 08/06/18	Direito administrativo
204	Alabama Medicaid Agency v. Southcrest Bank et al. (Appeal from Chilton Circuit Court: CV-17-900020) 01/06/18	Direito de propriedade
205	Robert Joseph Rohling v. Lylie Alexandra Rohling (Appeal from Lauderdale Circuit Court: DR-15-900115) 01/06/18	Ação de divórcio
206	Ida Le Blanc Swift v. David Dauphin Swift, Sr. (Appeal from Baldwin Circuit Court: DR-14-900216) 25/05/18	Ação de divórcio
207	G.L.C. v. C.E.C. III (Appeal from Baldwin Juvenile Court: JU-17-164.01) 25/05/18	Ação de destituição do poder familiar
208	Vanessa Genise Wise v. Bruce Edward Wise, Jr. (Appeal from Dale Circuit Court: DR-17-900120) 18/05/18	Ação de divórcio
209	Jarrod Joel White v. Kimberly Henderson White (Appeal from Mobile Circuit Court: DR-12-901095) 18/05/18	Ação de custódia
210	Deronyo Tolbert v. Francesca G. Ervin (Appeal from Baldwin Circuit Court: CV-17-900323) 18/05/18	Ação de propriedade
211	Nathian Hossley v. Sarah Hossley (Appeal from Baldwin Circuit Court: DR-15-900431.02) 18/05/18	Ação de divórcio
212	Connie Joe Green v. Stephen Kerry Green (Appeal from Bessemer Circuit Court: DR-08-708.02) 18/05/18	Ação de custódia
213	Calvin Casey v. Pam Bingham and Chris Bingham (Appeal from Marshall Circuit Court: CV-16-37) 11/05/18	Direito de propriedade
214	Edward Crosby and Valerie Crosby v. Seminole Landing Property Owners	Direito dos contratos (propriedade)

	Association, Inc. (Appeal from Baldwin Circuit Court: CV-17-900883) 04/05/18	
215	M.B. v. B.B. and A.B. (Appeal from Lee Juvenile Court: JU-15-303.01) 04/05/18	Ação de custódia
216	S.B.H. v. R.P. and D.P. (Appeal from Etowah Juvenile Court: JU-17-6.01) 20/04/18	Ação de custódia
217	L.R.B. v. J.C. (Appeal from DeKalb Juvenile Court: JU-12-188.01) 20/04/18	Ação de custódia
218	Richard E. Weith v. Lydia Dianne Weith (Appeal from Baldwin Circuit Court: DR-15-900491) 13/04/18	Ação de divórcio
219	Maria Vasa v. Vasundhara Vasa (Appeal from Jefferson Circuit Court: DR-04-547.02 13/04/18	Ação de divórcio
220	Michael Keith Bardolf v. Lynnette Bosse Bardolf (Appeal from Coffee Circuit Court: DR-12-900020.03) 06/04/18	Ação de custódia
221	Joshua Ted Kelly v. Chesley Bedwell Kelly (Appeal from Wilcox Circuit Court: DR-16-900005) 06/04/18	Ação de divórcio
222	Michael L. Brown v. Sinead M. Brown (Appeal from Madison Circuit Court: DR-09-1610.01) 30/03/18	Ação de divórcio
223	Safeway Insurance Company of Alabama, Inc. v. Martez Thomas (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-16-900950) 30/03/18	Responsabilidade civil por acidente de trânsito
224	Frank W. Autery and Janice P. Autery v. K. Todd Pope (Appeal from Tallapoosa Circuit Court: CV-15-900070) 30/03/18	Direito de propriedade
225	G.R.B. v. L.J.B. (Appeal from Clay Circuit Court: DR-17-900004) 30/03/18	Ação de divórcio
226	Cornelius Henderson v. Henry J. Seamon (Appeal from Elmore Circuit Court: CV-16-900164) 23/03/18	Direito de propriedade
227	C.B.W.N. v. K.P.R. (Appeal from Shelby Probate Court: PR-16-760) 23/03/18	Ação de adoção
228	Rosalyn M. Caplan v. Patty Benator and Linda Fleet (Appeal from Montgomery Circuit Court: CV-15-378) 16/03/18	Ação de execução
229	D.I. v. I.G. and R.D. (Appeal from Walker Circuit Court: JU-14-89.02) 09/03/18	Investigação de paternidade
230	Dawn Kelly Strong v. Clay Slate, Jr. (Appeal from Clay Circuit Court: CV-11-11) 02/03/18	Direito de propriedade
231	G.S. v. D.K. (Appeal from Madison Juvenile Court: JU-16-282.01) 23/02/18	Ação de custódia
232	Altamont School v. Andrew Laird, Charles Cleveland, and Dr. Peter Hendricks (Appeal from Jefferson Circuit Court: CV-16-904242) 23/02/18	Direito administrativo
233	James L. Hubbard v. James E. Cason, Austin Cason, Emitte P. Caldwell, and William Lee Morrow (Appeal from Talladega Circuit Court: CV-14-900152) 02/02/18	Direito de propriedade
234	Kevin Moore v. Aisha J. Griffin (Appeal from Montgomery Circuit Court: DR-15-901022) 26/01/18	Ação de custódia

235	Michael C. Skipper v. Tiffany L. Skipper (Appeal from Houston Circuit Court: DR-14-900125.01) 12/01/18	Ação de custódia
-----	---	------------------